BASE DE DATOS DE Norma CEF.-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA
Sentencia 1461/2018, de 9 de noviembre de 2018
Sala de lo Social
Rec. n.º 1371/2018

SUMARIO:

Despido objetivo por causas económicas y organizativas. Trabajadora que sufre cáncer de mama y ha estado largos periodos en situación de incapacidad temporal, aunque no en el momento del cese. Consideración de la enfermedad asimilada a discapacidad como causa de discriminación de los trabajadores. Si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. En el presente caso, consta acreditado que a la trabajadora se le detectó en 2009 un cáncer de mama que ha motivado diversas y sucesivas situaciones de incapacidad temporal para su tratamiento y diversas secuelas derivadas del mismo. Esta situación encaja en el concepto de discapacidad, tal como se ha entendido por la doctrina emanada tanto del TJUE como del TS, en aquellos supuestos en que una enfermedad produce importantes afectaciones tanto de carácter físico como psíquico, que ha requerido de un largo tratamiento con resultado incierto y que ha impedido la participación de la trabajadora en el decurso ordinario de su quehacer profesional y laboral en las mismas condiciones que el resto de sus compañeros de trabajo. Procede la declaración de nulidad del despido y el abono de una indemnización de 6.251,00 euros por vulneración de los derechos fundamentales, al no desvirtuar la empresa los indicios aportados por la trabajadora de estar siendo tratada desfavorablemente por razón de su larga enfermedad.

PRECEPTOS:

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 96.1 y 181.2.
RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 4.2 c) y 53.4.

PONENTE:

Don José Montiel González.

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

Iltmo. Sr. D. JOSE MONTIEL GONZALEZ
Iltma. Sra. Dª.Petra García Márquez
Iltma. Sra. Dª.Luisa Mª Gómez Garrido

En Albacete, a nueve de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistas las presentes actuaciones por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S. M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

en el RECURSO DE SUPLICACION número 1371/18, sobre Derechos Fundamentales , formalizado por la representación de Dña. Lucía, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca, de fecha 29-5-2018, en los autos número 298/18 siendo recurrido Fiesta Foods S.L. y en el que ha actuado como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE MONTIEL GONZALEZ , deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: ESTIMO en su petición principal la demanda formulada por Dª. Lucía, por DESPIDO con VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, contra la empresa FIESTA FOODS, S.L., siendo parte el MINISTERIO FISCAL, y en su consecuencia procede declarar la NULIDAD del despido de la actora, condenando a la empresa FIESTA FOODS, S.L. a la readmisión inmediata de la actora en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones de trabajo que tenía con anterioridad al despido de fecha 24 de Febrero de 2.018, con abono de los salarios dejados de percibir desde dicha fecha y hasta su reingreso efectivo a razón de 53,42 €/día, pudiendo ser minorada la cantidad económica resultante de lo ya abonado por la demandada por despido efectuado.

Asimismo, condeno a la empresa FIESTA FOODS, S.L. a que abone a la actora la cantidad de 6.251,00 € como indemnización por vulneración de sus derechos fundamentales.

No hay pronunciamiento en materia de costas procesales.

Segundo.

Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

PRIMERO.- Que el actora, Dª. Lucía, con D.N.I. nº NUM000, ha venido prestando sus servicios profesionales por cuenta y orden de la mercantil demandada "FIESTA FOODS, S.L.", desde el 18 de Octubre de 1.991, en los distintos centros de trabajo que la empresa tiene en Cuenca, con la categoría profesional de "Dependienta", mediante un contrato de trabajo indefinido a jornada parcial del 36 horas semanales (el 90% respecto de la ordinaria de 40 horas) y percibiendo un salario diario de 53,42 €, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Que con fecha 24 de Febrero de 2.018 la empresa le hizo entrega a la actora de su carta de despido -que se da por reproducida en su integridad- con el siguiente contenido:

" En Cuenca, a 24 de febrero de 2.018

Estimado/a Lucía:

Por medio de la presente te comunico que la Dirección de la Empresa lamenta tener que proceder a tu despido por causas objetivas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores , y con fecha de efectos 24 de febrero de 2.018.

Las razones o causas que motivan la decisión empresarial son de índole económica y organizativa.

La actividad de FIESTA FOODS, S.L. se circunscribe en su totalidad a la comercialización de productos de alimentación en general, ello por medio de varios supermercados de tamaño medio o pequeño, sitos en la ciudad de Cuenca.

[...]

Los ingresos del conjunto de la empresa han descendido de forma persistente durante cuatro trimestres consecutivos, según se constata con los datos correspondientes a los ejercicios 2.016 y 2.017 que seguidamente se detallan:

[...]

TOTAL:

- 2016:.....9.318.360,65 €
- 2017:.....8.986.026,63 €

Este descenso persistente del nivel de ingresos ha determinado que el ejercicio 2.017 concluya con unas pérdidas que alcanzan los 126.973 €.

El descenso de los ingresos, ocasionado por la baja de las ventas en los diferentes establecimientos de la empresa, afecta en mayor medida a algunas de las tiendas. En particular, a los establecimientos más pequeños, lo que ya determinó -en fecha 23.11.17- el cierre del supermercado situado en la CALLE000, cuyo volumen de ventas era el más bajo de todos y había experimentado un fuerte descenso en el año 2.017. Otro tanto ocurre con otro supermercado, también de pequeño tamaño, sito en la CALLE001, cuyo cierre también se ha llevado a efecto.

La situación económica descrita y el cierre de dos supermercados (los de menor volumen de ventas) exige reestructurar la plantilla, adaptándola a las necesidades existentes, con la consiguiente e imprescindible reducción de los costes empresariales. Lógicamente, el cierre de dos tiendas determina la amortización de varios de los puestos de trabajo existentes en las mismas, que se tornan innecesarios. Por ello, la dirección de la empresa ha tomado la decisión de amortizar cuatro puestos de trabajo: 1 puesto de encargado/a, 1 puesto de pescadero/a, 1 puesto de frutero/a y 1 puesto de cajero/a-dependiente. Para la determinación de los concretos trabajadores que han de verse afectados por esta dedición, resultando extinguidas sus relaciones laborales, la dirección de la empresa a seguido criterios de coste empresarial y rendimiento laboral.

En consecuencia, se procede a su despido objetivo por las causas y razones expuestas y se pone a su disposición la indemnización de veinte días por año de servicio con un tope de doce mensualidades, que según el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores le corresponde y que asciende a la cantidad de dieciocho mil seiscientos euros con doce céntimos (18.600,12 euros), que se le abona simultáneamente a la entrega de la presente mediante transferencia bancaria a su favor a la cuenta en la que habitualmente se le hace el pago de la nómina.

Asimismo se le informa de que la empresa, al incumplir el período de preaviso legalmente establecido, le indemniza en la cantidad de quince días de salario (preaviso omitido) que asciende a 775 euros, ello igualmente mediante transferencia bancaria a su favor.

La empresa procederá también al pago de la liquidación de haberes correspondiente en la fecha de extinción de la relación laboral, ello por el medio habitual de pago (transferencia bancaria).

Por último, significarle el sincero agradecimiento por los servicios prestados a esta empresa, que lamenta verse obligada a adoptar esta medida.

Fdo.- Pablo

Legal Rpte. FIESTA FOODS, S.L.".

TERCERO.- Que la actora, durante la relación laboral mantenida con la demandada, ha sufrido las siguientes bajas laborales, por los siguientes períodos y motivos médicos:

- Del 4 al 10 de octubre de 2.004 por "Cervicalgia".
- Del 16 de enero al 18 de febrero de 2.006 por "Infección intestinal".
- Del 24 de febrero al 9 de abril de 2.007 por "Lipoma".
- Del 28 de diciembre de 2.007 al 24 de marzo de 2.008 por "Neoplastia benigna de mama".
- Del 26 al 29 de mayo de 2.008 por "Faringitis aguda".
- Del 10 al 15 de junio de 2.009 por "Contractura muscular".
- Del 27 de noviembre de 2.009 al 6 de septiembre de 2.010 por "Carcinoma de mama".
- Del 24 de noviembre de 2.010 al 31 de enero de 2.011 por "Salpingitis".
- Del 2 de mayo al 16 de junio de 2.011 por "Linfedema".
- Del 26 de marzo al 24 de abril de 2.012 por "Neoplastia maligna parótida".

- Del 23 de julio al 3 de septiembre de 2.013 por "Implante de prótesis mamaria".
- Del 7 al 18 de mayo de 2.016 por "Histiocitoma de mama bilateral".
- Del 29 de noviembre al 19 de diciembre de 2.016 por "Prótesis de mama bilateral".
- Del 17 al 23 de mayo de 2.017 por "Miopía".
- Y del 20 de diciembre de 2.017 al 12 de febrero de 2.018 por "Ansiedad".

CUARTO.- Que la empresa cerró los centros de trabajo sitos en las CALLE000" y " CALLE001", en los cuales estaban prestando sus servicios profesionales un total de 11 trabajadores, 8 de los cuales fueron despedidos -alegando el cierre de los centros de trabajo- y los otros 3 fueron reubicados en otros centros de trabajo, ocupando los puestos de otros tantos trabajadores, entre ellos el de la actora. Los otros 2 trabajadores despedidos por la empresa que estaban prestando servicios en centros que seguían abiertos al público a la fecha de sus despidos eran trabajadores que se encontraban en situación de Incapacidad Temporal de larga duración.

QUINTO.- Que la trabajadora a la fecha de su despido se encontraba prestando sus servicios en la sección de frutería de otro centro de trabajo que sigue abierto al público, siendo cubierto el mismo por otra trabajadora de uno de los centros de trabajo cerrados.

SEXTO.- La actora el último año ha percibido en todos los meses un plus variable de "incentivo" por ventas en las siguientes cuantías, siendo la sección de frutería donde prestaba sus servicios la actora la que mejores resultados tenía de todos los centros de trabajo de Cuenca:

- Febrero/17:..... 285,97 € (35% sobre el salario base)
- Marzo/17:.....143,74 € (18% sobre el salario base)
- Abril/17:.....168,00 € (21% sobre el salario base)
- Mayo/17 (1 semana I.T.):..217,10 € (23% sobre el salario base)
- Junio/17:.....80,88 € (11% sobre el salario base)
- Julio/17:.....157,73 € (20% sobre el salario base)
- Agosto/17:.....142,47 € (18% sobre el salario base)
- Septiembre/17:.....134,77 € (17% sobre el salario base)
- Octubre/17:.....[No consta percibo alguno]
- Noviembre 2017:.....46,96 € (9% sobre el salario base)
- Diciembre/17 (desde día 20 en I.T.):.....80,00 € (10% sobre el salario base)
- Enero/18:.....De baja por I.T.
- Febrero/18:.....De baja por I.T.

SÉPTIMO.- Que la empresa ha reconocido expresamente en el acto de juicio oral que hubo un error en el cálculo de la indemnización por despido objetivo de la actora, no siendo el correcto el que se expuso en la carta de despido de 18.600,12 €, sino que debería de haber sido el de 19.498,30 €, sin que a fecha de celebración del acto de juicio aún no se hubiera puesto a disposición de la actora la diferencia económica.

OCTAVO.- Que días previos a su despido, la actora comunicó al encargado del centro de trabajo donde prestaba sus servicios profesionales que "notaba unos bultos en los pechos".

NOVENO.- Que según Informe pericial realizado por D. Severino (obrante como documento nº 1º del ramo de prueba de la demandada, que ha sido ratificado a presencia judicial y que se tiene por reproducido en su integridad), a modo de conclusión, expone que:

" ...Este conjunto de medidas adoptadas por la empresa representa una adecuada e importante contribución a la reducción de los costes de personal, que necesariamente debe llevar a cabo la empresa dada su negativa situación económica. El importe total de reducción de costes de personal asciende a 172.956 €, de los cuales 98.700 € corresponden a coste anual de los cinco trabajadores despedidos el 23.11.17 y los 74.256 € restantes a coste anual de los trabajadores despedidos el 24.02.17...".

DÉCIMO.- Que la empresa no ha aportado prueba alguna sobre los siguientes elementos fácticos:

- "Coste económico" de los otros trabajadores que prestan sus servicios en la sección de frutería de los distintos centros de trabajo en Cuenca.

- "Rendimiento laboral" de los otros trabajadores que prestan sus servicios en la sección de frutería de los distintos centros de trabajo en Cuenca.
- Facturación de los centros de trabajo que se han cerrado y de los que han permanecido abiertos.

UNDÉCIMO.- Que la actora no ostenta la condición de representante legal de los trabajadores en la empresa.

DUODÉCIMO.- Que en fecha 23 de marzo de 2.018 la actora presentó papeleta de conciliación ante la Dirección Provincial de Cuenca de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, celebrándose el acto de conciliación laboral extrajudicial en fecha 12 de Abril de 2.018, con el resultado en la conciliación de "Sin Avenencia".

Tercero.

Que, en tiempo y forma, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Por Dª. Lucía se formuló demanda frente a la entidad FIESTA FOODS S.L. postulando que su cese se declarase despido nulo por violación de derechos fundamentales, con las consecuencias derivadas de tal declaración y condenando a la empresa a que le abone una indemnización de 6.251,00 € por daños morales o, subsidiariamente, improcedente.

La demanda se tramitó mediante proceso 298/2018 del Juzgado de lo Social de Cuenca y concluyó por sentencia de 29 de mayo de 2018 que estima la demanda y declara nulo por violación de derechos fundamentales el despido de la demandante, condenando a la empresa a la readmision inmediata de la actora en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones de trabajo que tenia con anterioridad al despido de fecha 24/02/2.018, con abono de los salarios dejados de percibir desde dicha fecha y hasta su reingreso efectivo a razon de 53,42 €/dia, pudiendo ser minorada la cantidad economica resultante de lo ya abonado por la demandada por despido efectuado y a que la indemnice con 6.251,00 € por vulneración de sus derechos fundamentales.

Contra la citada sentencia se interpone recurso por la entidad demanda instrumentado en dos motivos de recurso, el primero para postular la nulidad de la sentencia y el segundo para la censura jurídica de la resolución. El recurso ha sido impugnado de contrario.

Segundo.

En el primer motivo de recurso, amparado en el art. 193 b) de la LRJS, se postula la revisión de los hechos probados cuarto y quinto de la resolución de instancia.

Como norma general, la doctrina jurisprudencial (por todas, sentencias del Tribunal supremo de 1 de diciembre de 2015, rec. 60/15, y las que en ella se citan de 13 julio 2010, rec. 17/2009; 21 octubre 2010, rec. 198/2009; 5 de junio de 2011, rec. 158/2010 y 23 septiembre 2014,rec. 66/2014 y otras muchas), ha señalado que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a

las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

Se solicita en primer lugar la modificación del hecho probado cuarto de conformidad con la versión alternativa que se propone con la finalidad de establecer que el número de trabajadores despedidos en 23/11/2017 con ocasión del cierre del supermercado de la CALLE000 fueron cinco, mientras que los despedidos en 24/02/2017 con ocasión del cierre del supermercado de la CALLE001 fueron tres; esto es, el total de despedidos fueron ocho trabajadores. En dichos centros trabajaban un total de once trabajadores (5 en el primero y 6 en el segundo), de los cuales a tres se les recolocó en otros centros, desplazando a otros trabajadores que se encontraban en situación de incapacidad temporal de larga duración, entre ellos la demandante.

La revisión fáctica no puede tener favorable acogida, pues, para que ello tenga lugar es preciso, entre otros requisitos que no vienen al caso, que la revisión pretendida sea trascendente para la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2010, 18 de enero de 2011, 20 de marzo y 21 de mayo de 2012, 14 de mayo y 16 y 19 de diciembre de 2013, 10 y 18 de febrero, 16 de septiembre de 2014 y 25 de mayo y 10 de junio de 2015 y las que en ellas se citan) y en el presente caso, resulta irrelevante para la adecuada resolución del caso, pues la modificación se reduce exclusivamente a consignar la fecha concreta en que se produjeron los despido objetivos de los trabajadores que prestaban servicios en los supermercados cerrados y al número total de ellos. La modificación ninguna influencia puede tener con la pretensión de despido nulo por violación de derechos fundamentales; pero tampoco con la subsidiaria de despido improcedente, en la que se cuestiona que los criterios seguidos para determinar la elección de los trabajadores afectados (coste empresarial y rendimiento laboral) se hayan aplicado efectivamente.

En segundo lugar, se pretende la modificación del hecho probado quinto a fin de hacer constar que la trabajadora que cubrió el puesto de la demandante es Dª Visitacion, con una antigüedad de 03/09/1997, un salario diario de 37,76 € y en situación de reducción de jornada (66,25%) por cuidado de hijo menor.

La modificación solicitada ha de correr la misma suerte desestimatoria que la anterior y por las mismas causas (irrelevancia para la resolución del caso, pues lo decisivo es determinar los criterios seguidos por la empresa en orden a determinar la decisión extintiva.

Tercero.

En el segundo motivo de recuso, amparado en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia infracción de los arts. 14 de la constitución, 96.1 y 181.2 de la LRJS, e indebida aplicación de los arts. 4.2 c) y 53.4 del ET y 122.2 a) de la LRJS, y doctrina jurisprudencial que se cita, al considerar la entidad recurrente que la situación que presenta la trabajadora demandante, que ha estado repetidas veces en situación de incapacidad temporal por padecer cáncer de mama o secuelas derivadas de su tratamiento quirúrgico y farmacológico, no es equiparable al concepto de discapacidad a que se refiere la doctrina del TJUE y del TS a efectos de valorar como discriminatorio y nulo el despido de la misma.

La cuestión relativa a la consideración de la discapacidad como causa de discriminación de los trabajadores, que pudiera conducir a la declaración de nulidad su despido, cuando existan elementos de juicio que conducen a asumir que dicha circunstancia fue determinante para la adopción de tal decisión extintiva, ha sido abordada de modo extenso, con cita de la doctrina jurisprudencial y la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las sentencias del Tribunal Supremo núm. 366/2016 de 3 mayo, rec. 3348/2014; núm. 700/2017 de 21 septiembre, rec. 782/2016 y núm. 306/2018 de 15 marzo, rec. 2766/2016, a las que nos remitimos, que vienen a extractarla del siguiente modo:

" En cuanto a la primera resolución del TJUE dictada sobre el particular, sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), en la que el supuesto de controversia era un despido acordado hallándose la trabajadora en IT la respuesta dada sobre el concepto de discapacidad fue la siguiente:

" .- Sobre la cuestión principal y dado que el juez nacional solicita se dilucide si la Directiva 2000/78 en cuanto elemento de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su protección al trabajador despedido exclusivamente a causa de una enfermedad, se señala que debe iniciarse interpretando el concepto de discapacidad a efectos de la mencionada directiva y al respecto se realizan una serie de afirmaciones:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psiquícas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (40)".

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad (44).

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51)."

En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJUE responde:

"1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).

21.- que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva."

En las sentencias posteriores, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva, 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención reconoce en su considerando e) que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas "que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que "el concepto de "discapacidad" debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Prosigue afirmando que: "41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78.

42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57)."

Al historial del análisis de la Directiva 2000/78 se añade la STJUE de 1-12-2016 (395/15), (Daouidi) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 2000/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias".

En el presente caso, consta acreditado (hecho probado tercero) que a la trabajadora se le detectó en 2009 un cáncer de mama que ha motivado diversas y sucesivas situaciones de incapacidad temporal para su tratamiento y el de las secuelas derivadas del mismo. Así resultan los siguiente periodos de baja médica por dicha causa: del 27 de noviembre de 2.009 al 6 de septiembre de 2.010 por "Carcinoma de mama"; del 2 de mayo al 16 de junio de 2.011 por "Linfedema"; del 26 de marzo al 24 de abril de 2.012 por "Neoplastia maligna parotida"; del 23 de julio al 3 de septiembre de 2.013 por "Implante de protesis mamaria"; del 7 al 18 de mayo de 2.016 por "Histiocitoma de mama bilateral"; del 29 de noviembre al 19 de diciembre de 2.016 por "Protesis de mama bilateral", y del 20 de diciembre de 2.017 al 12 de febrero de 2.018 por "Ansiedad".

No ofrece duda de que la situación que afecta a la trabajadora encaja en el concepto de discapacidad, tal como se ha entendido por la doctrina emanada tanto del TJUE como del TS, en aquellos supuestos en que una enfermedad produce importantes afectaciones tanto de carácter físico como psíquico, que ha requerido de un largo tratamiento con resultado incierto y que ha impedido la participación de la trabajadora en el decurso ordinario de su quehacer profesional y laboral en las mismas condiciones que el resto de sus compañeros de trabajo.

Ello exige la aplicación de las previsiones del art. 96.1 de la LRJS., que establece que: "En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

Sin embargo, los indicios aportados por la trabajadora de estar siendo tratada desfavorablemente por razón de su larga enfermedad no han sido desvirtuados por la empresa, tal como exige el precepto y la abundante doctrina interpretativa del mismo (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 87/2004, de 10 de mayo, 138/2006, de 8 de mayo y 74/2008, de 23 de julio, y del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013, rec. 1374/2012. En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015, rec. 2598/2014, donde se resume la doctrina jurisprudencial sobre el particular).

Antes al contrario, se da la circunstancia de que, fundándose la empresa en criterios de coste empresarial y rendimiento laboral para determinar los trabajadores afectados por el despido objetivo, consta acreditado que la trabajadora demandante ha percibido durante todos los meses en el último año un plus variable de "incentivo" por ventas, debido a que la sección de frutería en la que prestaba servicios es la que mejores resultados económicos arroja de todos los centros de trabajo de la empresa en Cuenca (hecho probado sexto).

En consecuencia, debe desestimarse el recurso interpuesto y confirmarse la sentencia de instancia por ser conforme a derecho, condenando en costas a la entidad recurrente.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la entidad FIESTA FOODS S.L. contra sentencia de 29 de mayo de 2018, dictada en el proceso 298/2018 del Juzgado de lo Social de Cuenca, sobre violación de derechos fundamentales y despido, siendo recurrida Dª. Lucía; debemos confirmar y confirmamos la citada sentencia, condenando en costas a la empresa recurrente, así como a la pérdida del depósito y consignación o aseguramiento efectuado para recurrir, y a que abone al letrado de la parte impugnante sus honorarios, que prudencialmente se establecen en 500 €.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los DIEZ DIAS siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La consignación del importe de la condena, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número ES55 00493569 9200 0500 1274 que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando: 1) Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL; y

3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 1371 18, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de SEISCIENTOS EUROS (600,00 €), conforme al artículo 229 de citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.