

**SENTENCIA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANTABRIA**

PRESIDENTA

lima. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

limo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias

lima. Sra. D^a. M^a. Jesús Fernández García

SENTENCIA nº 000045/2019

En Santander, a 18 de enero del 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por D^a XXX, siendo demandada la empresa YYY, S.L., y compareciendo el FOGASA, sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 24 de septiembre de 2018, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes: 1º.- La demandante comenzó a prestar servicios para la demandada el 13-4-17 con categoría de camarera y salario bruto diario de 38, 16 euros.

2º.- El 6-5-18 la actora ingresó en Urgencias como consecuencia de pérdidas reiteradas en zona uterina. Tras la consiguiente biopsia se le diagnosticó carcinoma epidermoide infiltrante. Ese mismo día la actora comunicó esta circunstancia a la empresaria. La actora permaneció ingresada hasta el 8 de mayo.

El 10 de mayo la trabajadora acudió a la empresa y entregó a la empleadora el parte de baja (inició baja el 6 de mayo, permanece en la actualidad de baja (la baja tenía una duración prevista de 68 días)). La empresa le dijo a la actora que lamentaba mucho su situación, pero que no podía sostener su baja (temporada alta y pocas trabajadoras).

3º.- La empresa cursó la baja en la S. Social de la actora el 11 de mayo. El 14 se comunica a la TGSS que la fecha correcta habría de ser el 15.

4º.- La empresa despidió a la demandante con efectos al 15 de mayo en base a esta comunicación:

"Muy Sra., nuestro:

Por medio de la presente le comunicamos que, la Dirección de esta empresa ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo, en base a las facultades que se fijan en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. Este despido tendrá sus efectos el día 15 de Mayo de 2018.

El motivo que fundamenta ésta decisión es la disminución continuada de su actividad laboral y el consiguiente incumplimiento de las funciones propias de su puesto de trabajo, lo que influye de forma negativa en el funcionamiento integral de la actividad y en la organización de la empresa. Siendo esto así nos vemos en la necesidad, no por imperiosa menos lamentable, de proceder a la extinción de su contrato de trabajo.

Le adjuntamos propuesta detallada de liquidación y finiquito y le advertimos que Usted puede solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores al firmar el presente recibo de finiquito, en el cual, haga o no uso de su derecho, se hará constar expresamente, conforme lo establece el artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Por último indicarle que se le hace entrega del importe de su liquidación en este mismo momento".

5º El 13-5-18 la trabajadora remitió a la empresa este mail:

"Buenas tardes

Me pongo en contacto con usted para informarle del diagnóstico de mis informes médicos, lamentablemente me han confirmado lo que ya le había dicho; tengo cáncer uterino

En los próximos días le llegará por escrito el informe de mi diagnóstico . Un saludo

Dª. XXX"

TERCERO.- En dicha sentencia se dictó el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la petición subsidiaria de la demanda interpuesta por doña XXX contra YYY S.L. y el MINISTERIO FISCAL, siendo parte el FOGASA, declaro improcedente el despido de la demandante del 15-5-2018 y, en consecuencia, condeno a la empresa demandada a que, a su elección, readmita a la demandante en las mismas condiciones anteriores al despido o le indemnice con la cantidad de 1.469, 16 euros sin derecho a salarios de tramitación en caso de readmisión".

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos a la ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del pleito la demandante, que presta sus servicios como camarera para la empresa "YYY, S.L.", interesó que su despido de 15 de mayo de 2018, fuese declarado nulo o, subsidiariamente, improcedente.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, de fecha 24 de septiembre de 2018, tras desestimar la nulidad de la decisión extintiva, califica el despido de improcedente con las consecuencias legales inherentes.

Disconforme con dicha resolución judicial recurren en suplicación la trabajadora, por medio de dos motivos, con correcto encaje procesal en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, con la finalidad última de que se declare la nulidad del despido.

TERCERO.- Calificación del despido.

1.- Con invocación del art. 55.5 ET, los arts. 108.2 y 183 LRJS, arts. 10, 14, 24, 31 y 43 CE; art. 6 del Convenio 158 de la OIT; art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78 y art. 6.1 de la Carta Social Europea, interesa la parte recurrente la nulidad del despido.

Sostiene, en síntesis, que el despido de la trabajadora accionante debe ser declarado nulo porque responde a un factor discriminatorio, su discapacidad; alude en el extenso motivo formulado a su condición de mujer y a una "enfermedad posiblemente grave y duradera que es propia de género". Considera que se trata de un despido sin causa. A su entender todos los indicios llevan a la calificación de nulidad del despido, aduciendo la falta de causa de la extinción laboral en el periodo de baja.

A ello se opone la empresa en su escrito de impugnación al apreciar que no es posible equiparar la situación de la trabajadora a la discapacidad.

2.- El despido de un trabajador por razón de su discapacidad es cuestión distinta al despido por razón de enfermedad, por lo que conviene distinguir bien ambos conceptos -enfermedad y discapacidad-, pues el marco jurídico protector es distinto. En cuanto a la prohibición de discriminación, las personas con discapacidad, como grupo vulnerable, han sido y son objeto de discriminación y de trato desigual. Por esa razón, la discapacidad, como motivo específico de discriminación, puede apreciarse en diversos instrumentos internacionales y supranacionales, aunque sólo se cite en los más recientes de forma expresa.

3.- Normativa nacional: El despido de un trabajador/a por razón de su situación de enfermedad puede afectar a diversos derechos y principios constitucionales. Destacan: el art.14 CE (prohibición de discriminación), el art.15 CE (derecho a la integridad física); y el art. 43 CE (principio rector de protección de la salud).

Pese a dicha protección, la salud no goza de la condición de derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la misma está vinculada en ciertos supuestos a la integridad física del art.15 CE.

Así es, en base a la STC 62/2007, de 27 de marzo; y STC 160/2007, de 2 de julio; el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal "queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", y precisa dicha doctrina que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y así se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta".

En este sentido, la STS 31 enero 2011 (rec. 1532/2011), ha admitido que la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo le ha sido prescrito, constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física.

El ROL 1/2013, de 29 de noviembre, en su art. 35 establece las garantías del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, fundamentalmente los principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación, directa o indirecta, así como también del acoso.

El art.17 ET contempla la nulidad de los actos del empresario, entre ellos el despido, que sean discriminatorios por motivo de discapacidad.

4.- Normativa comunitaria: Dentro del Derecho originario el art. 26 de la CDFUE, reconoce el derecho a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. Y el art.19 TFUE dota de competencia a la UE para, dentro de los límites de las competencias que tiene atribuidas, adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad.

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, por la que la UE se adhiere a la Convención de la ONU sobre Personas con Discapacidad (CDPD).

5.- Doctrina comunitaria. Conviene recordar también la doctrina comunitaria sobre la cuestión y la evolución de la misma, en las SST JUE 11 junio 2006 (C 13/05, asunto Chacón Navas), 13 abril 2013 (asuntos acumulados C 335/11 y 337/11, Ring); 1 diciembre 2016 (C 345/15, asunto Daouidi); y 18 enero 2018 (C-270/16, asunto Ruiz Conejero).

Como nos recuerda la STS 24 septiembre 2017 (rec. 782/2016) seguida por la de 15 marzo 2018 (rec. 2766/2016), 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 T JUE responde [en el asunto Chacón Navas]:

«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 la STJUE de 1 diciembre 2016 (C 345/15, asunto Daouidi), se

afirma que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que:

- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

- Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales".

Dicha doctrina ha sido confirmada en la ST JUE 18 enero 2018 (C-270/16, asunto Ruiz Conejero), en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. En ella se concluye:

"El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente".

6.- Jurisprudencia española: La sentencia del TS de 3 mayo 2016 (rec. 3348/2014), desestimó la alegación de que concurría un despido discriminatorio por causa de enfermedad en un supuesto en el que la trabajadora había sufrido un accidente de tráfico el 1-3-2013 que le provocó un "latigazo cervical", iniciando un proceso de incapacidad temporal en dicha fecha, siendo despedida el 11-3-2013, cuando aún se encontraba en situación de incapacidad temporal, habiéndose despedido ese mismo día otras cuatro trabajadoras, de un total de nueve adscritas al mismo servicio de la actora, que también se encontraban en incapacidad temporal, a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio. El Alto Tribunal argumentó: "No nos encontramos en et

supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato sino, al contrario, la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de IT no eran aptas para desarrollar su trabajo, por lo que procedió a despedirlas, a fin de que pudieran ser sustituidas por otras personas y garantizar así la

productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio".

Por su parte la STS de 15 marzo 2018 (rec. 2766/2016), rechazó la nulidad del despido en un supuesto en el que la trabajadora había estado en situación de incapacidad temporal desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2015, fecha en que agotó el plazo máximo de incapacidad, con diagnóstico de trastorno depresivo grave EPI recurrente. Cuando llevaba más de nueve meses de baja, el 31 de julio de 2015, fue despedida disciplinariamente alegando un rendimiento laboral inferior al pactado dado que en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2014 y el 31 de julio de 2015 estuvo de alta en la empresa 453 días de los cuales solo prestó servicios en forma efectiva durante 164 días. El TS explica que la falta de justificación del despido disciplinario es evidente porque no cabe imputar ninguna responsabilidad por incumplimiento a la trabajadora cuando su ausencia se halla amparada por una incapacidad temporal.

El Alto Tribunal insiste en la distinción entre "la enfermedad en cuanto tal" y la discapacidad. La segunda supone una limitación en la participación plena y efectiva en la vida profesional. La primera es una simple baja por enfermedad.

El TS deniega la nulidad del despido porque 1) en la fecha del despido no se había agotado el periodo máximo de incapacidad temporal, y 2) no existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro. Por ello, no debe identificarse con la noción de " discapacidad", que es distinta de "la enfermedad en cuanto tal".

8.- Resolución del caso: De los antecedentes fácticos expuestos se deduce -siguiendo la doctrina del T JUE-, varios indicios para entender que no estamos ante una mera enfermedad sino ante una discapacidad.

El carcinoma epidermoide infiltrante (cáncer de útero) ocasiona una limitación duradera, al tratarse de un proceso morbooso que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo; muy al contrario, es muy posible que su tratamiento conlleve cirugía, radiación o tratamiento con quimioterapia, opciones terapéuticas que se prolongarán en el tiempo e impedirá la participación plena y efectiva de la actora en la vida profesional "en igualdad de condiciones con los demás trabajadores".

Por lo que debemos concluir que la demandante se encontraba en el momento del despido, en una situación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE del Consejo.

Por otro lado, no podemos obviar que estamos ante una patología netamente femenina, lo que impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género, como también se apunta en el recurso.

Los indicios aportados por la trabajadora de estar siendo tratada desfavorablemente por razón de una enfermedad de larga duración, como es el cáncer, no han sido desvirtuados por la empresa, tal como exige el precepto y la abundante doctrina interpretativa del mismo (por todas, SSTC 87/2004, de 10 de mayo, 138/2006, de 8 de mayo y 74/2008, de 23 de julio; y SSTS de 5 julio 2013 [rec. 1374/2012] y 7 julio 2015 [rec. 2598/2014], donde se resume la doctrina jurisprudencia! sobre el particular).

Debido a ello, su despido sin causa objetiva que lo justifique debe declararse discriminatorio y, por ende, nulo.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. XXX, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, con fecha 24 de septiembre de 2018, en el Proc. 342/2018 en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, que revocamos en el sentido de declarar la nulidad del despido de la actora de 15 de mayo de 2018, y condenamos a la empresa YYY, S.L., a readmitir inmediatamente a la trabajadora en iguales condiciones laborales a las que tenía con anterioridad al despido, con abono de los salario de tramitación hasta la efectiva readmisión, a razón de 38, 16 euros diarios, con exoneración de los periodos coincidentes con la situación de incapacidad temporal.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el limo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- La pongo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica en la oficina judicial a las partes que comparecen, y telemáticamente al **Ldo. D. Juan Manuel Ruiz Castanedo**, al Ldo. ZZZ , al Ldo. del FOGASA y al Ministerio Fiscal, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Doy fe.