

Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) Sentencia num. 248/2017 de 8 marzo

AS\2017\1184



DESPIDO NULO: se ha producido una discriminación directa al quedar probado que la causa de la extinción del contrato lo ha sido la discapacidad que padece: limitación duradera.

ECLI:ECLI:ES:TSJM:2017:2480

Jurisdicción:Social

Recurso de Suplicación 1172/2016

Ponente:Ilmo. Sr. D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, de fecha 27-9-2016, en autos promovidos sobre despido, que es revocada.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0004002

Procedimiento Recurso de Suplicación 1172/2016-M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid Despidos / Ceses en general 113/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 248/2017

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a ocho de marzo de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el [artículo 117.1](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#),

EN NOMBRE DE S.M. EL REY**Y POR LA AUTORIDAD QUE [LE \(RCL 2000, 72 y 209\)](#) CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 1172/2016, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MARIA DEL CARMEN GOMEZ DIAZ en nombre y representación de D./Dña. Fermina , contra la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 113/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Fermina frente a FUNDACIÓN ADECCO PARA LA INTEGRACIÓN LABORAL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados: " *PRIMERO.- Dña. Fermina ha prestado servicios para FUNDACIÓN ADECCO PARA LA INTEGRACIÓN LABORAL desde el 28-10-2011 con categoría de oficial 1º*

administrativo y funciones de gerente de proyectos, siendo su salario mensual con prorrata de pagas de 1.739,40 euros.

SEGUNDO.- La demandante que previamente en la empresa había sufrido diversos episodios de vómitos y diarreas, razón por la que no acudió a trabajar en diversas ocasiones aisladas, es dada de baja por IT el 2-6-2014 con diagnóstico de fiebre y otros trastornos fisiológicos de origen desconocido.

La demandante ha sido atendida por el SERMAS (Hematología y Medicina Interna de La Paz) que ha emitido diagnósticos probables de trombocitosis esencial, celiacía y colitis linfocitaria

TERCERO.- Con ocasión de la remisión al empresario de los sucesivos partes de baja la actora comunicaba las diversas pruebas médicas a las que era sometida y las opiniones que sobre su enfermedad realizaban los facultativos

CUARTO.- Por resolución del INSS de 2-6-2015 se acuerda la prórroga de la IT transcurridos los 365 días de la misma.

El 20-11-2015 se procede a emitir alta médica.

QUINTO.- El lunes 23-11-2015 se incorpora al trabajo y en su puesto carece de ordenador que funcione.

Los días 24 y 25-11-2015 no acude al trabajo por razones de salud.

Toma vacaciones del 27-11 al 14-12-2015.

Ese mismo día mantiene con Macarena coordinadora regional la conversación que consta transcrita a los folios 37 a 50 de autos y se da por reproducida.

SEXTO.- El 15-12-2015 es despedida mediante carta que obra al folio 11 de autos y se da por reproducida.

SÉPTIMO.- Solicitó la demandante que le fuera reconocido grado de discapacidad por la CAM.

El 26-2-2016 se le comunica que se le reconoce una discapacidad del 48% apreciándose para ello que presenta:

1º ENFERMEDAD DE APARATO DIGESTIVO por ENTERITIS REGIONAL de Etiología INMUNOLOGICA.

2º ENFERMEDAD DE APARATO DIGESTIVO por ABSORCIÓN INTESTINAL DEFECTUOSA de Etiología IDIOPATICA.

3º ENFERM. DEL SISTEMA ENDOCRINO-METABOLICO por TRASTORNO DEL METABOLISMO DE HDC.

4º TRASTORNO DE LA AFECTIVIDAD por TRASTORNO ADAPTATIVO de Etiología PSICOGENA.

5º LIMITACIÓN FUNCIONAL DE COLUMNA por TRASTORNO DEL DISCO INTERVERTEBRAL

OCTAVO.- Consta celebrado acto de conciliación ante el SMAC "

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " *Estimo parcialmente la demanda formulada por Dña. Fermina , declaro la improcedencia del despido acordado por la mercantil FUNDACIÓN ADECCO PARA LA INTEGRACIÓN LABORAL el 15-12-2015 y la condeno a que la readmita en su puesto con abono de los salarios de tramitación devengados a no ser que en los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, opte por indemnizarla con 8.249,04 euros ."*

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Fermina , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 08 de marzo de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de esta ciudad en autos núm. 113/2016, ha interpuesto recurso de suplicación la Letrada de la demandante al amparo del artículo 193 b) y c) de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) alegando tres motivos de recurrir en el primero "propone como texto alternativo para el Hecho Probado Séptimo, el siguiente:

"Solicitó la demandante que le fuera reconocido grado de discapacidad por la CAM.

El 26-2-2016 se le comunica que se le reconoce una discapacidad del 48%, con fecha de efectos del 10 de junio de 2015, apreciándose para ello que presenta:

1º ENFERMEDAD DE APARATO DIGESTIVO por ENTERITIS REGIONAL de etiología INMUNOLÓGICA.

2º ENFERMEDAD DE APARATO DIGESTIVO por ABSORCIÓN INTESTINAL DEFECTUOSA de etiología IDIOPÁTICA.

3º ENFERM. DEL SISTEMA ENDOCRINO-METABÓLICO por TRASTORNO DEL METABOLISMO DE HDC.

4º TRASTORNO DE LA AFECTIVIDAD por TRASTORNO ADAPTATIVO de etiología PSICÓGENA.

5º LIMITACIÓN FUNCIONAL DE COLUMNA por TRASTORNO DEL DISCO INTERVERTEBRAL. "

En el segundo propone " la inclusión de un nuevo hecho probado con el siguiente tenor literal:

"Con fecha 25 de agosto de 2016 se emite informe por el Director Médico del Hospital de la Paz, a requerimiento del juzgado, en el que consta que la actora fue diagnosticada de Trombocitosis esencial, patología que es de carácter crónico y requiere un seguimiento en consultas presenciales, así como analíticas y pruebas complementarias.

Igualmente, y según informa el Jefe de Servicio de Medicina Interna del Hospital de la Paz, la actora fue diagnosticada de posible enfermedad celíaca, colitis linfocitaria y sobrecrecimiento bacteriano. Según el citado informe, se trata de un proceso crónico, con posibles recaídas y remisiones. Por lo tanto, aunque es improbable, podría repercutir en su actividad laboral en el caso de que presentara una reagudización de su proceso ."

En el tercero alega la infracción del artículo 55.5 del E.T . y del [artículo 14 de la Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) así como de la doctrina jurisprudencial y constitucional que cita en su escrito de suplicación.

Este recurso ha sido impugnado por la Letrada de la de la Fundación ADDECCO para la integración laboral en base a los MOTIVOS que alega en su escrito de fecha 01.12.2016 que se dan por reproducidos íntegramente.

SEGUNDO

En su primer motivo de recurrir interesa la demandante que se añada al contenido del hecho probado séptimo la fecha del 10.06.2015 como la de efectos de la discapacidad que en porcentaje del 28% le fue reconocida por la CAM y le fue notificada el 26.02.2016. Esta fecha de efectos de la discapacidad que le fue reconocida consta en la misma y única Resolución administrativa obrante en autos a los folios 215 a 217, por lo que debe ser estimada la pretensión porque de otro modo se rompería la continencia de la causa. Por coherencia si se acredita parte del contenido de una Resolución esta acreditación se extiende a su total contenido; sin que pueda anticiparse en este momento si la estimación de este hecho, si la adición de la fecha de efectos del grado de discapacidad que le fue reconocido es susceptible o no de trascender al fallo del litigio porque supondría un prejuicio o valoración anticipada de los hechos probados que debe hacerse en su momento procesal oportuno.

TERCERO

En su segundo motivo de recurrir interesa la inclusión de un nuevo hecho probado en el relato fáctico de la sentencia de la instancia basándose en el Informe emitido por el Director Médico del Hospital de la Paz el día 25.08.2016, " *a requerimiento del Juzgado*" pues lo acordó la Juzgadora " *a quo* " como Diligencia final y con suspensión del plazo para dictar sentencia. Una vez recibidos esos Informes el 29.08.2016, fueron incorporados a los autos, por lo que pueden ser alegados en fase de suplicación para acreditar los hechos que la parte recurrente interesa que se añadan a la sentencia. Pretensión que debe ser estimada porque está debidamente acreditada por la prueba pericial obrante en autos y su transcendencia para el fallo del litigio se desprende de la propia decisión judicial de acordar la susodicha Diligencia final que viene a demostrar que con las pruebas practicadas en el juicio oral seguían desconociéndose, como manifestó el Ministerio Fiscal, las causas que habían ocasionado el despido de la actora. Lo que lleva a su estimación.

CUARTO

Entrando ahora en la determinación y valoración jurídica de las causas que pudieron ocasionar el despido de la demandante procede empezar por traer a consideración la respuesta que dio el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea a la cuestión prejudicial planteada por el Titular del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en relación con la posible declaración de nulidad de los despidos de los trabajadores que están de baja médica que hasta entonces venían siendo calificados de improcedente por la doctrina jurisprudencial. Esta " *respuesta del tribunal europeo llegó el 1 de diciembre de 2016, con una interpretación flexible de la directiva europea que regula estas situaciones, que apuntaba a que una "persona con*

discapacidad" debe padecer dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan una limitación "duradera" para que el trabajador pueda desempeñar un trabajo en condiciones de igualdad con los demás trabajadores.

Para la declaración de nulidad del despido en estas circunstancias, deberá comprobarse si la limitación de dicha capacidad del trabajador tiene carácter duradero. Esto es, que la incapacidad del trabajador no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente."

En resumen, el TJUE admite la posibilidad de que los despidos de trabajadores que están de baja médica sean considerados nulos en lugar de improcedentes "en el caso de que la incapacidad temporal pueda ser considerada de carácter "duradero", por lo que sí podría considerarse como "una discapacidad" y entrar en el terreno de la discriminación.

Es más, para el TJUE corresponde al juez de cada caso en cuestión evaluar si la perspectiva de la baja está o no bien delimitada en orden a calificar del despido de improcedente o nulo por discriminación por discapacidad."

QUINTO

En el presente caso, a la vista de los hechos declarados probados, concurre la circunstancia de una limitación duradera de la capacidad funcional de la demandada por causa de enfermedad común no ya calificable sino calificada de discapacidad con el porcentaje del 48%. Lo que viene a hacer prácticamente no posible su reincorporación al puesto de trabajo como puede deducirse de sus numerosas altas y siguientes bajas por enfermedad que desde luego le impiden realizarlo en condiciones normales de eficacia, rendimiento y continuidad que exige el mercado de trabajo.

Sobre la causa real del despido, el propio Ministerio Fiscal manifestó en el periodo de conclusiones del juicio oral " *que no parece acreditado que fuera la enfermedad la causa determinante del despido pero admite que se desconocen las causas que lo han ocasionado."*

Esta consideración del Ministerio Fiscal puede y debe ser acompañada de las siguientes circunstancias a valorar:

1º) Que a la actora no se le han imputado ninguna de las infracciones laborales previstas en el artículo 54, 1 y 2 del E.T. para ser despedida por incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones laborales. Por eso ha sido declarado improcedente su despido pues en otro caso hubiera sido procedente por justificado.

2º) Junto a esta ausencia de incumplimiento de sus obligaciones laborales concurren, por el contrario, las numerosas y reiteradas bajas médicas por enfermedad común por las que ha estado en situación de incapacidad temporal en las ocasiones y periodos que se detalla en los hechos probados cuarto y quinto de la sentencia de la instancia. Y

3º) Le ha sido reconocido un porcentaje de discapacidad del 48% con efectos desde el día 10.06.2015 cuando estaba de baja médica que tras haber agotado los 365 días en la que venía estando el día 02.06.2015, le fue prorrogada por Resolución del INSS hasta el 20.11.2015 que le fue dada el alta médica aunque no pudo hacer su trabajo una vez que se había reincorporado (hecho probado quinto).

De estas circunstancias acabadas de mencionar se deduce que en este caso concreto concurre la limitación duradera calificada de discapacidad del 48 %; que no se ha producido el despido por incumplimiento de sus obligaciones laborales por la actora. Y que su despido le ha supuesto una barrera al impedir su recuperación y, con ello, la participación plena y efectiva de la demandante en el mundo del trabajo en igualdad de condiciones con los demás trabajadores por razón de discapacidad o de incapacidad temporal duradera por causa de enfermedad. Dicho de otro modo, por causa de su salud cuya recuperación y tratamiento es un derecho fundamental que no puede ser indirectamente no reconocido despidiéndola de su trabajo. Lo que viene a ser motivo de calificar como nulo ese despido con las consecuencias y efectos jurídicos establecidos en el artículo 55 del E.T .

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada de la demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de esta ciudad en autos 113/2016, debemos revocar y revocamos dejando sin efecto la resolución impugnada y, en su lugar, estimando la demanda formula por Dña. Fermina , debemos declarar y declaramos la nulidad del despido de que fue objeto la actora el día 15.12.2015 por parte de la Entidad demandada a la que debemos condenar y condenamos a que la readmita en el puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes del despido y a abonarle los salarios dejados de percibir desde entonces.

Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al [artículo 229](#) de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-1172-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-1172-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

-

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.