Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª)
Sentencia de 13 abril 2021

JUR\2021\121953

POLÍTICA COMUNITARIA DE TRABAJO: Derechos laborales. Principio de igualdad. Concepto de discriminación. Definiciones.

ECLI:ECLI:ES:TSJGAL:2021:975
Jurisdicción: Social
Recurso de Suplicación 160/2020
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Fernando Lousada Arochena

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO-M

PLAZA DE GALICIA S/N 15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939 **Fax:** 881-881133/981184853

NIG: 32054 44 4 2020 0002000 Equipo/usuario: MR Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000160 /2021-M

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000500 /2020 Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Juan Francisco **ABOGADO/A:** ESTHER ROJO MARTINEZ **PROCURADOR:GRADUADO/A SOCIAL:**

RECURRIDO/S D/ña: AGUASORENSE SL **ABOGADO/A: PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:**

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS FERNANDO LOUSADA AROCHENA JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ JORGE HAY ALBA

En A CORUÑA, a trece de abril de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REYY POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIEREEL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION 0000160 /2021, formalizado por la letrada Dª María Esther Rojo Martínez, en nombre y representación de D. Juan Francisco, contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000500 /2020, seguidos a instancia de D. Juan Francisco frente a la empresa AGUASORENSE S.L, con intervención del Ministerio

Fiscal, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.

D. Juan Francisco presentó demanda contra la empresa AGUASORENSE SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha treinta de octubre de dos mil veinte.

SEGUNDO.

En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- El actor D. Juan Francisco, vino prestando servicios para la empresa AGUASORENSE, S.L., desde el 6 de julio de 2020, con la categoría profesional de Conductor-repartidor y con un salario de 1.108Ž33 euros incluida prorrata de pagas extras.- SEGUNDO.- El actor en fecha 20 de julio de 2020, cuando se encontraba realizando su trabajo, al cruzar un paso de peatones para regresar a la furgoneta de reparto, en la calle Ramón Puga, fue atropellado por un vehículo que lo lanzó contra la calzada, habiendo sido llevado con urgencia al Complexo Hospitalario Universitario de Ourense.- TERCERO.- Dicha circunstancia fue conocida por el empresario demandado el mismo día del accidente, al haber sido avisada la empresa del suceso

por medio de la Policía Local. El empresario demandado, incluso acudió al Complexo Hospitalario citado, a interesarse por la salud del trabajador.- CUARTO.- El empresario demandado procedió a dar de baja en la Seguridad Social al actor el fecha 20 de julio de 2020.- QUINTO.- A consecuencia del accidente el actor estuvo ingresado 5 días en el hospital siendo diagnosticado al alta por padecer las siguientes dolencias: politraumatismo por atropello en vía pública. HSD Leve. Contusión pulmonar leve. Fractura de huesos propios nasales.- SEXTO.- En fecha 17 de agosto de 2020 se celebró acto de conciliación ante el u.m.a.c., con resultado "sin efecto", presentando demanda el actor en el Decanato en fecha 31 de agosto de 2020.".

TERCERO.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la demanda formulada por D. Juan Francisco contra la empresa AGUASORENSE, S.L., debo declarar y declaro que el cese del actor el día 20 de julio de 2020, llevado a cabo por la empresa demandada constituye un despido que debe ser declarado improcedente, condenando a la citada empresa a que plazo de cinco días opte entre readmitirlo en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido y le abone los salarios de tramitación o le abone una indemnización de 100Ž18 euros. Se hace constar que la opción deberá de ser presentada en este juzgado por medio de escrito o bien en una comparecencia.".

CUARTO.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Juan Francisco formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 18/01/2021.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

Declarada la improcedencia del despido en la sentencia de instancia, el trabajador demandante, con la pretensión de nulidad, anuncia recurso de suplicación y lo

interpone después solicitando, con carácter previo, la unión de determinados documentos relacionados con la evolución médica de las secuelas del accidente de trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 233 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) , al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. No hay impugnación de adverso.

Con el mismo carácter previo con el cual se ha solicitado en el escrito de interposición del recurso de suplicación, se analizará la solicitud de unión a los autos de los siguientes documentos: un volante de 27/11/2020 en el que se solicita la realización de pruebas diagnóstico por el servicio de otorrinolaringología; una hoja de tratamiento prescrito por tal servicio, de 27/11/2020; y una cita con el médico de atención primaria de fecha 3/12/2020. Se trata de documentos relativos a hechos posteriores a la celebración del acto de juicio oral, e incluso posteriores a la fecha de la sentencia de instancia, y que son relevantes a la hora de conformar el relato fáctico de manera completa y posibilitar un motivado análisis jurídico, con lo cual se admite su unión a los autos según el artículo 233 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Aunque esta norma procesal laboral establece que, "de admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos", la circunstancia de que la parte proponente ya ha tomado en consideración esos documentos en la redacción de su escrito de interposición del recurso de suplicación, y que la parte contraria ya ha tenido la posibilidad de impugnarlo, permiten prescindir de un trámite que sería dilatorio.

SEGUNDO.

Respecto a la revisión de los hechos probados, la parte recurrente pretende la adición, en el hecho probado quinto, de los siguientes incisos: "Asimismo en el informe de alta hospitalaria se le indica que debe solicitar cita para ser valorado en el centro de especialidades de otorrinolaringología para valoración de una posible fractura observada en el TAC. En fecha 26/08/2020 es solicitada por su médico de atención primaria la realización de pruebas de diagnóstico al servicio de radiología por fracturas costales y dolor. A su vez es diagnosticado y tratado de trastorno adaptativo siendo derivado al servicio de psicología y pediatría. También en fecha 30/07/2020 su valoración por el servicio de otorrinolaringología, desde el que le solicitan la realización de más pruebas de diagnóstico el 27/11/2020 y prescriben tratamiento. Actualmente, tiene pendientes citas para valoración médica en el servicio

de psiquiatría y psicología (22/05/2021), radiología (10/03/2021) y neumología (10/03/2021)". Se sustenta esta adición en todas las pruebas médicas obrantes en las actuaciones, y las unidas en fase de recurso. Dado este sustento probatorio auténtico y literosufiente a los efectos pretendidos, se estima la pretensión de revisión fáctica con la finalidad de conformar el relato fáctico de manera completa, y posibilitar un motivado análisis jurídico.

TERCERO.

Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y del artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) , en relación con sentencias, que se citan, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, argumentando, con la expresada pretensión de nulidad del despido, que, dicho en apretada esencia, la duración indeterminada del proceso curativo y la evolución tórpida de las secuelas del accidente de trabajo, acreditadas a través de la totalidad de las pruebas médicas obrantes en actuaciones, vienen a demostrar la existencia de una situación de discapacidad duradera que conduce a considerar que el despido fue discriminatorio por razón de la discapacidad. Mientras que la sentencia de instancia negó la existencia de discapacidad porque "el único informe médico que se ha presentado por parte del actor es el informe de alta emitido en fecha 24 de julio de 2020 por el servicio de neumología del Complexo Hospitalario Universitario de Ourense, en el que se constata que padeció un politraumatismo por atropello en vía pública, pero con el resultado de lesiones leves ... no habiendo presentado el actor ningún otro informe con posterioridad a este sobre la patología que padece en la actualidad".

Hemos de partir en la resolución de esta denuncia jurídica de las normas y jurisprudencia según las cuales las personas con discapacidad incluyen a 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 (artículo 1 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, 2006), sin que el hecho de encontrarse una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal, de duración incierta, signifique, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera a los efectos de apreciar la existencia de discapacidad, aunque sí es un indicio de tal carácter duradero, en particular, el que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad de la persona interesada no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha discapacidad pueda prolongarse significativamente antes

del restablecimiento de esa persona, debiendo el órgano judicial basarse, en orden a comprobar ese carácter duradero, en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular en documentos y certificados relativos a esa persona, resultado de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales (STJUE 11/04/2013, Caso Ring y Skouboe Werge, C-335/11 y C- 337/11; STJUE 18/12/2017, Caso FAO, C-354/13; STJUE 01/12/2016, Caso Daoudi, C-395/15).

A pesar de que las normas y jurisprudencia aplicables recién expuestas coinciden sustancialmente con las invocadas en la sentencia de instancia, y se aceptan sin cuestión por el trabajador demandante en su recurso, la valoración de los hechos de la sentencia de instancia, así como la pretendida en el recurso de suplicación, adolecen de un trascendental error de planteamiento, y es el de que toman en consideración la situación existente con posterioridad a la fecha del despido (la sentencia de instancia atiende a la fecha del alta hospitalaria; el recurrente va más allá, pretendiendo alcance hasta el momento actual), cuando es que, conforme a dichas normas y jurisprudencia aplicables, se debe estar a la situación existente "en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio" (literalmente, STJUE 01/12/2016, Caso Daoudi, C-395/15), pues realizar un análisis ex post facto distorsiona los elementos objetivos a tomar en consideración en el momento decisivo del hecho presuntamente discriminatorio.

Si en el caso de autos nos atenemos a la fecha del despido (que acaeció el mismo día del accidente de tráfico), la situación objetiva a considerar viene debidamente reflejada en los hechos declarados probados (sin necesidad siquiera de revisiones fácticas): "el actor en fecha 20 de julio de 2020, cuando se encontraba realizando su trabajo, al cruzar un paso de peatones para regresar a la furgoneta de reparto, en la Calle Ramón Puga, fue atropellado por un vehículo que lo lanzó contra la calzada, habiendo sido llevado con urgencia al Complexo Hospitalario Universitario de Ourense" (hecho probado segundo), y "dicha circunstancia fue conocida por el empresario demandado el mismo día del accidente, al haber sido avisada la empresa del suceso por medio de la Policía Local (y) el empresario demandado, incluso acudió al Complexo Hospitalario a interesarse por la salud del trabajador" (hecho probado tercero).

Tales hechos objetivos (atropello del trabajador por un vehículo que lo lanzó contra la calzada, habiendo sido llevado con urgencia al Complexo Hospitalario Universitario de Ourense) configuran una apariencia razonable de incapacidad duradera en la persona del trabajador, en el sentido (expresado en las normas y jurisprudencia citadas) de que sus dolencias no presentaban una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha discapacidad podía prolongarse

significativamente antes del restablecimiento de esa persona (usando de nuevo las palabras literales de la STJUE 01/12/2016, Caso Daoudi, C-395/15). O, dicho más sencillamente, una apariencia razonable de discapacidad que el empresario pudo apreciar de propia mano al acudir al hospital a interesarse por la salud del trabajador el mismo día del accidente.

Una apariencia objetiva de incapacidad duradera a la que se debe asociar un elemento subjetivo en la actuación del empresario apreciable si constatamos la conexión temporal tan fuerte existente entre el accidente de tráfico, y la consiguiente apariencia de discapacidad, con la baja en la Seguridad Social, acaecida también ese mismo día (hechos probados segundo y cuarto). Una conexión temporal tan fuerte que no cabe ninguna otra conclusión más que asociar causalmente la apariencia de discapacidad con el despido, ítem más si consideramos la ausencia de hechos que pudiesen acreditar una falta de diligencia previa en la prestación de servicios (de hecho, la empresa no compareció al acto del juicio oral, ni tampoco impugnó el recurso de suplicación: su única actuación procesal fue optar a favor de la indemnización).

Nos encontramos, en suma, con una discriminación por apariencia por motivo de discapacidad perfectamente subsumible en el concepto de discriminación directa por discapacidad contemplado en el artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383) 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: "existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1" (entre ellos, la discapacidad). Hemos de precisar que, a diferencia del defectuoso concepto de discriminación directa por razón de discapacidad contemplado en nuestro derecho interno (artículo 2.c del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (RCL 2013, 1746) , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), no se exige en la definición comunitaria (que prevalece) que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto sea discriminado por razón de discapacidad (este matiz ya ha sido destacado en la jurisprudencia comunitaria para admitir la discriminación por asociación: STJUE de 17.7.2008, Caso Coleman, C-303/06). En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad.

CUARTO.

Por todo lo antes expuesto, el recurso de suplicación será totalmente estimado y,

con revocación de la sentencia de instancia, se estimará la calificación de nulidad solicitada en la demanda rectora de estas actuaciones, sin que, sin embargo, se pueda aquí añadir una "indemnización por daños producidos incluidos los honorarios de letrado" (como se pide en el suplico de la demanda rectora de actuaciones) pues en la demanda rectora de actuaciones no se han cuantificado en ningún momento, ni menos aún justificado (además de que, según es jurisprudencia, los honorarios de letrado no entran dentro de los daños indemnizables por discriminación o vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas), y tampoco existe un motivo de denuncia jurídica referido a la cuantificación y justificación de la indemnización adicional.

F A L L A M O S

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por Don Juan Francisco contra la Sentencia de 30 de octubre de 2020 del Juzgado de lo Social número 1 de Ourense, dictada en juicio seguido a instancia del recurrente contra la Entidad Mercantil AguasOrense Sociedad Limitada, con intervención del Ministerio Fiscal, la Sala la revoca y, con estimación de las pretensiones de la demanda rectora de actuaciones, calificamos el despido como nulo por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, y condenamos a la empresa demandada a la inmediata readmisión del trabajador demandante, con el abono de los salarios dejados de percibir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80**

ó 37 **** ++).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.