



Roj: **ATS 5071/2022 - ECLI:ES:TS:2022:5071A**

Id Cendoj: **28079140012022201143**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2022**

Nº de Recurso: **2210/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Fecha del auto: 30/03/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2210/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: DRV / V

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2210/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.ª María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 30 de marzo de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social Nº 1 de los de Málaga se dictó sentencia en fecha 26 de noviembre de 2020, en el procedimiento nº 322/20 seguido a instancia de D.ª Concepción contra el Excmo. Ayuntamiento



de Torremolinos y el Ministerio Fiscal, sobre despido, que estimaba la demanda y declaraba improcedente el despido.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en fecha 5 de mayo de 2021, que estimaba en parte el recurso interpuesto y, en consecuencia, revocaba parcialmente la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 4 de junio de 2021 se formalizó por el letrado D. Antonio Callejón Eickelmann en nombre y representación de D.^a Concepción, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta Sala, por providencia de 3 de marzo de 2022, acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma **situación**, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

Esta exigencia no se cumple en el presente recurso. En efecto, es objeto del actual recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) de 5 de mayo de 2021, en la que, con parcial estimación del recurso deducido por la trabajadora recurrente, se mantiene la declarada improcedencia del despido, y se condena al Ayuntamiento de Torremolinos a pagar a la demandante por diferencias en la indemnización por despido la cantidad de 4.435,15 euros.

En el caso, la demandante ha venido prestando servicios para el Consorcio Gestión del Palacio de Congresos, siendo subrogada por el Ayuntamiento de Torremolinos el 31-3-2017, tras haber sido disuelta y liquidada la anterior. Mediante carta de 11-3-2010 se le comunica el despido con objetivo. En la misma fecha fue despedido el Director Comercial por los mismos hechos. La actora estuvo de baja en los siguientes períodos: - 20-9-18. al 29-3-19.: en el parte constaba que el proceso era largo - 29-7-19. al 1-8-19. - 26-8-19. al 25-8-20: en el parte constaba que el proceso era largo. La actora ha tenido un cáncer de mama derecha diagnosticado el 30-7-18. Fue intervenida quirúrgicamente el 21-9-18. Posteriormente se sometió a radioterapia del 21-11-18. al 12-12-18. El 26-8-19 fue intervenida para mastectomía mama derecha.

Ante la Sala de suplicación la trabajadora recurrente insistió en la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, al sostener que fue **despedida** por la **situación** de **IT** y **discapacidad**, lo que aboca en la existencia de un despido discriminatorio y que viola derechos fundamentales como represalia ante una **situación** legítima de salvaguardada de la salud. Pero tal parecer no es compartido por la sentencia recurrida que hace suyas las argumentaciones del Juez a quo, y con apoyo en diversas sentencias del TJUE y del TS, declara que en este caso la enfermedad de la actora, indudablemente grave e incapacitante durante un largo



periodo de tiempo, no consta haya dado lugar a una limitación permanente sino que fue alta en la **IT** para reincorporarse a su trabajo habitual. Por tanto no cabe en este caso equiparar enfermedad y **discapacidad**. Tampoco concurre conexión temporal alguna, porque la baja por su enfermedad fue el 29-9-18., constando en el parte que el proceso era largo, y el despido fue el 11-3-20. Y aun dando por válido tal indicio, lo cierto es que en la misma fecha se despidió al Director, quedando sin trabajadores el Departamento Comercial.

Disconforme la demandante con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado se alza ahora en casación para la unificación de doctrina reiterando la vulneración de derechos fundamentales y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala homónima de Castilla - La Mancha de 9 de noviembre de 2018 (rec 1371/18).

En la misma, se plantea si el despido por causas objetivas, económicas-productivas, de la actora debe calificarse como nulo por discriminación por razón de su enfermedad y si esta es equiparable a la **situación de discapacidad**. La demandante padece cáncer y ha estado en **situación de IT** durante largas temporadas. Por el Juzgado de lo Social se estima la demanda y se declara el despido nulo pues entiende que la actora ha sufrido una discriminación entendiéndose que es un supuesto asimilable a la **discapacidad** y condenando a la empresa a abone a la actora una indemnización por daños. Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por la empresa entendiéndose que no es equiparable la **discapacidad** a la enfermedad y en consecuencia no procedería declarar la nulidad del despido. La Sala de lo Social desestima el recurso, considera que la **situación** de larga enfermedad de la actora es equiparable a una **situación de discapacidad** y que por esta se han aportado indicios suficientes para considerar que ha venido sufriendo una discriminación operando con ello la inversión en carga de la prueba y sin que la empresa hubiera probado que el despido de la actora no tiene relación con su enfermedad.

Ciertamente concurren entre las sentencias enfrentadas dentro del recurso algunos elementos de identidad, debiendo señalarse que ambas se apoyan en la reiterada doctrina del TJUE y de esta Sala Cuarta sobre la prohibición de discriminación por motivo de **discapacidad**, llegando a soluciones dispares atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto y, lo que es más decisivo, la actividad probatoria desplegada por la parte demandada. Así las cosas, en la sentencia recurrida estando acreditados los episodios de **IT** padecidos por la trabajadora recurrente, los últimos anudados a un cáncer de mama diagnosticado el 30-7-2018, tras el alta médica, no le constaban a la empresa limitaciones funcionales de la trabajadora de tipo alguno, de tal suerte que tras la misma se incorpora a su puesto de trabajo habitual, acaeciendo el despido objetivo tiempo después, el 11-3-2020, despido que alcanzó asimismo al Director, al cerrarse el departamento comercial. En definitiva, sostiene la sentencia que no nos encontramos ante una nulidad automática del art. 55. del ET, ni es dable sostener que en el caso la **situación** de enfermedad sea asimilable a la **discapacidad**, habiendo quedado acreditado el cierre del departamento comercial.

Circunstancias que no constan en la sentencia de contraste, en la que, a la demandante también con un dilatado historial de **IT**, se le detecta un cáncer de mama en 2009 que motivó diversas y sucesivas **situaciones de IT** para su tratamiento y secuelas, siendo **despedida** unos días después de su última alta médica (12-2-2018). A lo anterior se anuda, que la selección de la demandante, cuyo centro de trabajo no se cerró, no se ajustó a criterios de coste empresarial, y rendimiento laboral para determinar los trabajadores afectados, al quedar acreditado que la demandante había recibido durante el último año un plus variable por incentivo de ventas, debido a que su sección presentaba los mejores resultados económicos de todos los centros de trabajo de la empresa, y dicha orfandad probatoria lleva al ánimo de la Sala que su despido obedeció a un trato desfavorable por razón de su larga enfermedad.

SEGUNDO. - No son atendibles las alegaciones evacuadas por la parte recurrente tras la precedente providencia que abrió el trámite de inadmisión, al no desvirtuar lo que aquí ha quedado expuesto de manera razonada y sin que aporten extremo alguno no examinado por la Sala a la hora de abordar el juicio positivo de contraste, pues tal y como se refiere en el ordinal primero, la proximidad de las **situaciones** no determina la existencia de la divergencia doctrinal en la que insiste la parte, porque las respuestas alcanzadas en cada caso encuentran justificación en las concretas circunstancias concurrentes. Por lo tanto, procede declarar la inadmisión del recurso de acuerdo con el artículo 225 LRJS, sin que proceda la imposición de costas.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Antonio Callejón Eickelmann, en nombre y representación de D.^a Concepción contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de fecha 5 de mayo de 2021, en el recurso de suplicación número 609/21, interpuesto por D.^a Concepción, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Málaga de fecha 26 de noviembre de



2020, en el procedimiento nº 322/20 seguido a instancia de D.ª Concepción contra el Excmo. Ayuntamiento de Torremolinos y el Ministerio Fiscal, sobre despido.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ