



Roj: **STSJ CAT 5123/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:5123**

Id Cendoj: **08019340012014103592**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2014**

Nº de Recurso: **695/2014**

Nº de Resolución: **3548/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE QUETCUTI MIGUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8031183

AF

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

En Barcelona a 15 de mayo de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 3548/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Clece, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 17 de septiembre de 2013 dictada en el procedimiento nº 679/2013 y siendo recurridos Fondo de Garantía Salarial, Dª Julia y Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de junio de 2013 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 17 de septiembre de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimar íntegrament la demanda interposada per Julia contra CLECE, SA en demanda en impugnació d'EXTINCIÓ PER CIRCUMSTÀNCIES OBJECTIVES, declarar la nul.litat de l'extinció feta efectiva el 12.6.13, pel seu caràcter discriminatori, i condemnar la demandada a la immediata readmissió de la demandant i a l'abonament dels salaris de tramitació fins a la notificació de la sentència."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1.- La demandant fou contractada per l'empresa GENTILIS GRUP,SL en data 20.9.07, en la categoria professional de "treballadora familiar", per prestar serveis al SAD Sant Vicenç dels Horts, a jornada completa, de 37 hores setmanals (foli 131).



2.- En data 1.1.12, com la resta de treballadors adscrits a l'esmentat centre de treball, rebé comunicació de la demandada CLECE,SA que, com a nova adjudicatària del SAD Sant Vicenç dels Horts, l'informava de la subrogació en la seva relació laboral, amb respecte de totes les seves condicions laborals (foli 132). La retribució mensual actual és de 1.237,66 euros al mes.

3.- En el moment d'aquesta subrogació la demandant informà a la demandada que patia migranya crònica. Aquesta malaltia, sota el diagnòstic de "migraña con aura episódica pero incapacitante", diagnosticada l'any 2003, li és tractada al servei de neurologia de l'Hospital de Sant Joan de Deu, que en data 24.8.12 informava que en aquell moment "presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante", amb la següent descripció(folis 133-135):

"Malaltia actual: Seguida en NRL desde abr/2009 a abr/10 en ccee de NRL por migrañas desde aprox 2003. Duraban 2-3 días y presentaba 2-3 epis/mes. Buena respuesta a Triptanes (Almignur, almotriptan). TAC normal. Se inició solgol en sept/09 con buena respuesta pero reaparición del dolor al iniciar el descenso tras 4 meses de tto a dosis plenas. Se voivio a subir la dosis pero se perdieron las visitas de control. Durante este tiempo ha estado tomando solglo a temporadas, con buena respuesta pero explica hipotensión como efecto secundario. Ahora presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante. Refiere parestesias en ESD antes de la migraña pero también sin ella (patología cervical."

4.- En data 28.5.13, i amb efectes de 12.6.13, li fou notificat l'acomiadament per causes objectives, amb invocació de l' art. 52.d) ET , en base als següents fets:

"Desde el 29 de marzo de 2013 hasta el día 27 de Mayo de 2013 acumula usted un total de 15 días de ausencia, correspondientes a las siguientes faltas de asistencia al trabajo, tanto justificas como sin justificar:

Día Tiempo de ausencia Motivo ausencia

08/04/2013 1 días Baja enfermedad común

18/04/2013 a 26/04/2013 7 días Baja enfermedad común

29/04/2013 1 día Indisposición

03/005/2013 1 día Baja enfermedad común

07/05/2013 a 10/05/2013 4 días Baja enfermedad común

21/05/2013 1 día Baja enfermedad común

Dichas ausencias suponen un 38,46% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos , ya que desde el 29 de Marzo de 2013 hasta el 27 de mayo de 2013 usted tenía planificadas un total de 288,6 horas de trabajo, correspondientes a 39 días de trabajo. Así mismo, las ausencias de los últimos doce meses, a computar desde el 28 de Mayo de 2012 hasta el 27 de Mayo de 2013, corresponden a un 14,67% de las jornadas hábiles, ya que usted tenía plnificadas 1665 horas de trabajo, correspondientes a 225 días de trabajo.

Tal y como usted conoce perfectamente, el sistema de trabajo establecido en el servicio se basa en una planificación de los servicios en la que se estipulan previamente los horarios en que los usuarios serán atendidos según sus necesidades. Cualquier ausencia en la prestación del servicio puede causar un cambio en el nivel de atención recibido por parte del usuario e incluso significar una alteración o perturbación en sus rutinas."

5.- En el moment d'intentar notificar-li la comunicació escrita a la demandant, en data 28.5.13, la demandada posà a la seva disposició el xec amb l'import de la indemnització referida a la mateixa, per import de 4.729,10 euros, que finalment no li fou lliurat atès que la demandant no volgué signar l'acusament de rebut de la mateixa. Notificada la comunicació per burofax en data 3.6.13, la demandant cobrà posteriorment la indemnització, ingressada en el seu compte corrent en data 13.6.13 (folis 38-45).

6.- Totes les baixes mèdiques especificades a la comunicació extintiva responen al diagnòstic de "migranya", tret la del 7 al 10.5.13, que fou per "faringitis aguda" (folis 165-167).

7.- El dilluns dia 29.4.13, computat a la comunicació extintiva com de manca d'assistència, la demandant sí acudí al seu lloc de treball després de ser-li lliurada l'alta mèdica el divendres 26.4.13, però se li indicà per part del seu superior que no s'incorporés atès que el seu servei ja havia estat cobert.

8.- En data 17.6.13 la demandant formulà papereta de conciliació, havent estat convocada l'intent de conciliació pel dia 9.10.13.



TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada CLECE, S.A. , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora D^a Julia impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que como primer motivo del recurso y bajo correcto amparo procesal en la letra b) del art. 193 de la LRJS se solicita por el recurrente la revisión del histórico en dos extremos, en el primero de ellos se interesa la modificación del ordinal sexto para que sea sustituido por el texto propuesto y ello basado en los mismos documentos que han servido al juzgador para confeccionarla.

Cierto es que la Sala ha venido señalando en concordia con la doctrina de suplicación que no puede variarse el relato de hechos probados si el recurrente pretende ampararse en los mismos documentos en los que se basó el Magistrado para formar su convicción, pero tal doctrina tiene unos límites como cuando la conclusión obtenida sea ilógica, absurda o contraria a lo que el documento contiene.

Pues bien, en el caso de autos, el hecho sexto se dice obtenido del contenido de los documentos aportados por el trabajador y obrantes a folios 165 a 167, y si se examinan tales documentos, se evidencia que no puede sustentarse la afirmación contenida en el hecho cuestionado, pues:

- .- el folio 165 se refiere a la baja de 18 a 22 de abril de 2013 consta como debida a migraña.
- .- el folio 166 se refiere a la baja de 8 de abril de 2013 consta debida a migraña.
- .- el folio 166 se refiere a la baja de 7 a 10 de mayo de 2013 consta debida a faringitis aguda, inespecífica.
- .- el folio 167 se refiere a la baja de 21 de mayo de 2013 no consta dolencia alguna.
- .- el folio 167 se refiere a la baja de 3 de mayo de 2013 consta debida a migraña.

Así pues debe estimarse la modificación solicitada y el hecho sexto debe quedar como sigue:

Sexto.- De las seis ausencias tenidas en cuenta en la carta de despido, tres eran debidas a migraña y tres a otros aspectos, (faringitis o no especificadas).

Del total de días de baja tenidos en cuenta, 9 eran debidos a migraña y 6 a faringitis y no especificados.

Concretamente no fueron como consecuencia de migraña los siguientes períodos:

- .- 29-4-2013.
- .- 7-5-2013 al 10-5-2013
- .- 21-5-2013

Que en cuanto a la petición de adicionar un nuevo hecho probado, el noveno, no puede estimarse ya que no cita documento o pericia en la que se basa.

SEGUNDO.- Que como segundo motivo se formula el propio de la censura jurídica que autoriza la letra c) del art. 193 de la LRJS , denuncia la hermenéutica que se ha seguido en la instancia para entender que el art. 52 d) del ET al entender que es inconstitucional en relación con el art. 14 , 15 , 38 , 41 y 43 de la CE , arts. 5 y 6 del Convenio 158 de la OIT, Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 y las sentencias del TJCE de 11-7-06, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los TTSSJJ que se citan.

Que la primera de las cuestiones que plantea el recurrente es la relativa a la inconstitucionalidad del precepto, ahora bien, dado que el juzgador "a quo" no acoge la solicitud contenida en la demanda de formular cuestión de inconstitucionalidad, deviene inútil debatir sobre ella.

Que la segunda de las cuestiones que plantea la sentencia y de la que hace derivar las consecuencias que más tarde se examinarán, es la inaplicabilidad del art. 52 d) del ET a la luz de la sentencia del TJUE de 11-4-2013 , entendiendo que dicha sentencia supone una modificación ampliatoria del criterio sustentado por la precedente sentencia del mismo Tribunal y de fecha 11-7-06 , caso Florian , incluyendo las enfermedades de larga duración que comporten limitaciones y excluyendo solamente las enfermedades que no comporten tal limitación.

Que para examinar tal aserto, que a juicio de la Sala no se corresponde con el contenido de ambas sentencias, es preciso examinarlas en profundidad para determinar si realmente la segunda aporta doctrina novedosa y modificaciones substanciales respecto de la primera. La Sala procederá a recoger al final de cada afirmación y entre paréntesis el punto de la sentencia al que se refiere para una mejor comprensión y búsqueda.



Que la sentencia de 11-7-06 parte de un hecho, cual es que la Sra. Florian fue declarada en IT derivada de enfermedad y fue despedida por el único motivo de encontrarse de baja (27), debiendo señalarse que no existe indicación alguna de la naturaleza y eventual evolución de la enfermedad (28), ello comportó un primer problema al Tribunal dada la inconcreción señalada y que motivó que se discutiera incluso su admisibilidad (26).

El Tribunal señala que se le plantean dos cuestiones, una principal y relativa a la interpretación del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 y dependiendo de la interpretación que se haga, el Juez nacional podrá examinar, si Don. Florian en el momento del despido era una persona discapacitada, y otra subsidiaria y relativa a la pregunta que el juez nacional le formulaba de si la enfermedad era "una señal identitaria" y debe referirse a todo tipo de enfermedad.

Pues bien, la respuesta del Tribunal es 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 psíquicas 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).

Así pues, es de señalar que el TJUE sólo puede decir lo que dice ya que la cuestión que planteó el juez nacional "adolesce de falta de precisión" pues no indicaba la naturaleza y evolución de la enfermedad y a Juicio de la Sala, esta sentencia, además, al partir de la definición de discapacidad recogida en el punto 40, ya englobaba las enfermedades, pero sólo aquellas que fueran capaces de producir una discapacidad en la persona.

.- Sobre la cuestión subsidiaria, la de si cabe considerar a la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78 y frente a la que se prohíbe toda discriminación, el TJUE señala:

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

2º.- que la enfermedad "*en cuanto tal*" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de la 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.

Por lo tanto el concepto de discapacidad al que alude la Directiva comprende no sólo a las discapacidades de nacimiento o las habidas por accidente, sino también las derivadas de enfermedad, tal como se evidencia del concepto o definición de discapacidad entendida como *limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, siempre que la limitación de que se trate, incluya la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración*

TERCERO.- Que una vez fijados los extremos antecedentes, procede examinar el contenido de la sentencia del TJUE de fecha 11-4-2013, asuntos C-335 y 337 de 2011, conocido por asunto Ring (aunque son dos asuntos



examinados a la vez), para determinar si se ha producido una mutación o variación expansiva del concepto de discapacidad que permite entenderlo como un punto de inflexión que desautoriza el mantener la misma hermenéutica que se ha venido siguiendo en atención a la doctrina de la antecedente sentencia examinada.

Que en cuanto al concepto de discapacidad, la sentencia toma en consideración los asertos que ya se contenían en el sentencia del caso Florian y por ello sigue manifestando que no está definida en la Directiva 2000/78 y que fue el TJUE quien en el punto 43 de aquella sentencia estableció que dicho concepto se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona que los padece participe en la vida profesional (36).

Que con posterioridad a que el TJUE dictara la sentencia Florian, la Unión Europea, mediante la Decisión de 26-11-09 ratificó la Convención de la ONU por lo que a partir de tal fecha la Directiva debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención (37).

Que dicha Convención señala que: "La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras que impiden su participación plena en la Sociedad" y en su art. 1 párrafo 2º señala que son personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás (37).

Que como consecuencia de lo anterior:

.- el concepto de discapacidad no difiere del recogido en la sentencia Florian, ver definición en apartado 38.

.- que la precisión que realiza el Convenio de la ONU, no es otro que para que tenga tal calificación es preciso que sea a largo plazo (39).

.- que ni de la Directiva 2000/78 ni de la sentencia Florian puede afirmarse que la Directiva sólo recogiera las discapacidades de nacimiento o derivadas de accidentes, excluyendo las derivadas de enfermedad (40), al contrario, que cuando las limitaciones deriven de enfermedad ya sea curable o incurable, impidan la participación plena y sea la limitación de larga evolución, tal enfermedad debe incluirse en el concepto de discapacidad (41).

.- que la sentencia del caso Ring, mantiene la doctrina contenida en la sentencia del caso Florian, en cuanto entiende que 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 (42).

En conclusión, podemos afirmar que no ha variado la doctrina respecto del concepto de discapacidad, (misma conclusión se recoge en la sentencia del TSJ de Galicia de fecha 11-2-2014) salvo la referencia a la exigencia recogida en la Convención de la ONU relativa a que la enfermedad sea curable o incurable, que en nada altera la definición de discapacidad ya señalada pues la antecedente sentencia no establecía limitación alguna y lo de que la limitación derivada de ella sea a largo plazo ya se contenía en el punto 45 de la sentencia de 2006, así es de ver en la definición recogida en el punto 47 del caso Ring, cuando señala que *El concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad 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.*

Que sentado lo antecedente, es preciso señalar que la sentencia del TJUE al responder a la tercera de las cuestiones, la de si la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a las que se refiere el art. 5 de la Directiva y hacerlo de forma afirmativa, señala también un postulado general cual es el de señalar que corresponde al juez nacional apreciar si la medidas de ajuste suponen o no una carga excesiva para el empleador (48 a 64).

Que la cuarta cuestión planteada en su letra b) permite igualmente determinar que la Directiva se opone a una disposición nacional que establece que puede despedirse a un trabajador discapacitado cuando la baja médica haya sido consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar los ajustes razonables a los que se refiere el art. 5 de dicha Directiva (65 a 68).

Por último señalar que al resolver la cuarta cuestión en su letra a) el TJUE parte del concreto supuesto del contenido del art. 5 apartado 2 de la Ley danesa que establece que, el empresario puede extinguir el contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad (69), y acude al punto 48 de la sentencia Florian, que declaró que el tratamiento desfavorable por motivos de discapacidad sólo choca con la Directiva 2000/78 en la medida que



constituye una discriminación, o sea que el trabajador discapacitado al que se aplica la Directiva debe estar protegido contra cualquier discriminación respecto a un trabajador que no lo es (71 de la Ring).

Ello nos permite entrar a determinar que siguiendo la doctrina ya sentada en la antecedente sentencia Florian que hace suya la sentencia del caso Ring, no se produce discriminación directa cuando se extingue la relación del trabajador exclusivamente por causa de una enfermedad "como tal", pues esa situación no está incluida en el marco general establecido en la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, tal como se recoge en el punto 78, por lo tanto la ley danesa (art. 5.2) no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad en la medida que se basa en un criterio que no está indisolublemente ligado a la discapacidad. Así lo entiende igualmente el Juzgador "a quo", en la resolución que estamos examinando.

Sí en cambio, entiende que se da un supuesto de discriminación indirecta.

Al respecto señalar que la sentencia del caso Ring afirma en sus puntos 75 y 76 que incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad, en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar de forma indebida, una enfermedad ligada a discapacidad al concepto general de enfermedad, proscripción que ya señaló la sentencia Florian en su punto 44.

Que igualmente señala el TJUE que el trabajador discapacitado está expuesto a un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y por tanto a alcanzar el límite de los 120 días de la ley danesa, por ello dicha regla puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y de este modo supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 en su art. 2.2 .

Que sentado lo antecedente, es preciso determinar si esa diferencia de trato puede justificarse con una finalidad legítima, para ello la sentencia del caso Ring parte de:

a.- los estados miembros tienen un amplio margen de apreciación respecto de la opción de proteger un objetivo determinado en materia de política social y empleo, así como determinar las medidas idóneas para alcanzarlo, por ello la regla de los 120 días no es irrazonable para alcanzarlos (81 y 82).

b.- que la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de política social o de empleo de los Estados miembros y el favorecimiento de la flexibilidad del mercado de trabajo puede considerarse como una medida comprendida dentro de la política de empleo, por lo tanto una medida que comporte una diferencia de trato basada en la discapacidad puede estar justificada dentro del marco del derecho nacional.

c.- que como colofón a lo señalado, la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado, si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración...cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para conseguirlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional nacional.

Vemos pues que en todos los supuestos analizados por el Tribunal, tanto en cuanto a los supuestos de protección frente a la discriminación, como respecto de la discriminación directa e indirecta, se parte siempre de una precisión previa, cual es que la enfermedad que debe examinarse no es la enfermedad pura y simple, o en palabras del Tribunal Europeo "en cuanto tal", que no está comprendida en la protección contra la discriminación de la Directiva 2000/78 , sino que la única que comprende tal protección es la enfermedad que produce una discapacidad.

Ello implica que sea previo a todo el desarrollo argumental relativo a si el despido objetivo cuestionado constituye un objetivo legítimo de política social y si aún siendo así excede o no de lo necesario para conseguirlo.

Sentado lo antecedente, la Sala debe realizar una precisión ya recogida en nuestra antecedente sentencia de 9-4-2013 , que no es otra que la de señalar que la causa del despido de la actora no es la de estar enferma, sino la reiteración en el número de bajas de corta duración por IT que ha tenido en un determinado período de tiempo, no se castiga pues la ausencia temporal sino la reiteración en ausencias cortas. Una vez señalado esto, debemos acudir a la declaración de hechos probados en la redacción modificada en cuanto a la estimación parcial de la revisión del histórico solicitada por la empresa recurrente y así es de ver, que a diferencia de la afirmación que se vierte en la sentencia de instancia, según la cual todas las bajas médicas lo fueron por migraña, excepto una que lo fue por faringitis, ordinal sexto, lo cierto es que de los documentos de baja aportados por la propia parte actora se evidencia lo que se ha modificado, o sea, que sólo tres de las seis bajas puede afirmarse que lo fueron por migraña. Ello ya es de importancia pues no permite afirmar que el despido de la actora se fundamentó en unas bajas por la dolencia de migraña y por ende no sería preciso siquiera



entrar a examinar si tal dolencia puede calificarse de enfermedad que produce discapacidad. Obsérvese que los supuestos recogidos por la sentencia del TJUE de 11-4-2013 se examina únicamente la cuestión de una baja o bajas médicas por una única dolencia, pero no el supuesto presente en el que las bajas tomadas en consideración por la empresa no son debidas a una sola causa, no se cumple el requisito de que la baja lo sea por enfermedad ligada a discapacidad y consecuentemente habrá ya de desestimarse la pretensión actora.

Que al margen de lo precedentemente señalado y que como ya hemos señalado, conduce a la estimación del motivo, y sólo a meros efectos dialécticos, tampoco del estudio de la dolencia que se recoge en el ordinal tercero, la dolencia es la de "migraña con aura episódica pero incapacitante", lo incapacitante no es la migraña, sino la exacerbación episódica o crisis que se produce con una frecuencia mensual y por lo tanto mal puede entenderse que la discapacidad que produce lo sea a largo plazo.

Que tampoco puede desconocerse que en el ordinal señalado y bajo el epígrafe de "Malaltia actual", se reconoce que tiene buena respuesta al tratamiento y que se perdieron las visitas de control.

Por último señalar que en cuanto a la finalidad legítima en la diferencia de trato, esta Sala en su sentencia de 9-4-13 ha señalado como finalidad la de penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos o la de combatir el absentismo y tampoco puede a juicio de la Sala entenderse que los medios arbitrados por el legislador al conformar el art. 52 d) del ET no sean adecuados y necesarios, pues los limita sólo a supuestos de bajas cortas, ya que las de más de 20 días no se computan a efectos de justificar el despido ni tampoco cuando, con independencia de su duración obedezca a llevar a cabo un tratamiento médico de cáncer o cualquier otra enfermedad grave.

Todo ello comporta la necesaria estimación del recurso.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa CLECE SA contra la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de los de Barcelona, dimanante de autos 679/13 seguidos a instancia de D^a. Julia contra la recurrente, el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y siendo parte EL MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debemos revocar y revocamos dicha resolución y declaramos el despido objetivo como PROCEDENTE con la obligación de abono de la indemnización legal que se dice en la sentencia de instancia, ya percibida por la trabajadora y condenamos a la empresa a estar y pasar por tal declaración.

Devuélvase los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir, una vez sea firme esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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



Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ