



Roj: **STSJ CAT 5711/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:5711**

Id Cendoj: **08019340012017103587**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2017**

Nº de Recurso: **2595/2017**

Nº de Resolución: **4288/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE QUETCUTI MIGUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8012613

AF

Recurso de Suplicación: 2595/2017

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. JUANA VERA MARTINEZ

En Barcelona a 30 de junio de 2017

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 4288/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Carlos Antonio frente a la Sentencia del Juzgado Social 24 Barcelona de fecha 9 de enero de 2017 dictada en el procedimiento nº 263/2016 y siendo recurrido Applus Iteuve Technology,S.L. y Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de abril de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, 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 9 de enero de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"Desestimando la demanda interpuesta por D. Carlos Antonio frente a la empresa Applus Iteuve Technology S.L., en reclamación por despido, debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión planteada frente a ella."

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



PRIMERO. El actor, D. Carlos Antonio , con DNI nº NUM000 , venía prestando servicios para la empresa Applus Iteuve Technology S.L. desde el día 1-3-00, con la categoría profesional de Tec. Aut. Nivel 2 y un salario diario bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 69,68 euros.

SEGUNDO. La empresa se dedica a la inspección técnica de vehículos; el actor prestaba sus servicios en el centro de la calle Diputación de Barcelona (B14). En fecha 14-1-15 solicitó a la empresa un cambio de puesto de trabajo, que le fue denegado por el motivo de no existir una vacante en el centro de trabajo de Badalona; en fecha 26-2-16 también solicitó su traslado al centro de Sant Just, "por motivos personales y médicos", lo que también le fue denegado por el mismo motivo (docs. 8 a 11 y 18 de la parte actora, docs. 13 y 14 de la demandada e interrogatorio de la empresa).

TERCERO. La empresa ha contratado personal para prestar servicios en el centro de Sant Just; la movilidad de personal entre los distintos centros de la empresa es continua. En ese centro acuden vehículos pesados que no acuden a otros centros, como en el que prestaba servicios el actor (testifical practicada a instancia de la parte actora, del delegado de prevención y presidente del comité de seguridad y salud de la empresa).

CUARTO. Los delegados de prevención habían comunicado en varias ocasiones a la empresa que en el centro de la calle Diputación de Barcelona, en el que venía prestando servicios el actor, habían factores de riesgo psicosocial, solicitando que se efectuara una evaluación específica de riesgos psicosociales en ese centro y en su puesto de trabajo, sin que la empresa adoptara ninguna medida al respecto. El actor tenía problemas con sus compañeros de trabajo, básicamente en cuanto al reparto de la carga de trabajo del centro. En la reunión de 2-10-15 celebrada entre los delegados de prevención y la representación empresarial, los primeros solicitaron a la empresa que a la vista del resultado obtenido en el informe de evaluación de riesgos psicosociales, en un plazo no superior a un mes, se efectuara un estudio específico en los centros B21, B14 y B08. En la reunión de fecha 13- 10-15 se trató también el tema de la evaluación de riesgos psicosociales, alegando la representación de los trabajadores que "El proceso se debe llevar a cabo en los 3 centros, independientemente del conflicto actual con el código ético en B08" y que "En cuanto a los centros de B21 y B14 se considera muy elevado el período que se propone para resolver el problema". También se trató el tema en la reunión de fecha 4-3-16 (docs. 48 a 52 y 58 a 61 de la parte actora y testifical del delegado de prevención).

QUINTO. El día 16-4-13 los Delegados de Prevención de la empresa interpusieron una denuncia ante la Inspección de Trabajo alegando que la empresa no había contemplado todos los factores de riesgo en la evaluación de riesgos de todos los centros de trabajo, entre ellos, la evaluación de riesgos psicosociales, a consecuencia de lo cual en fecha 8-1-14 la Inspección requirió a la empresa para que antes del 30-6-15 procediera a realizar una evaluación de riesgos psicosociales en todos los centros de trabajo de la provincia de Barcelona. La empresa cumplimentó dicho requerimiento transcurrido en exceso el plazo requerido y la evaluación se realizó por un servicio de prevención externo, a la vista de lo cual la Inspección de Trabajo consideró que dicha actuación era constitutiva de una infracción administrativa grave, por lo que acordó iniciar el correspondiente procedimiento sancionador contra la empresa (docs. 44 a 47 y 53 a 55 de la parte actora y primer testigo que declaró a instancia de la demandada, responsable de prevención).

SEXTO. El actor estuvo en situación de baja médica por enfermedad común el día 9-10-14; del 19-6-15 al 28-8-15, el 4-9-15, del 7-9-15 al 28-10-15, el 2-11-15, del 29-12-15 al 30-12- 15, el 8-1-16, del 11-1-16 al 13-1-16, del 18-1-16 al 4-2-16, el 9-2-16 y del 29-2-16 al 1-3-16 (docs. 12 a 40 de la parte actora y docs 4 a 10 de la demandada).

SEXTO. El actor presenta lumbociatalgia y un trastorno de ansiedad importante de base, que se agrava ante situaciones estresantes. En fecha 24-4-15 MC Prevención le calificó como "Apto para su tarea" (doc. 6 de la parte actora y doc. 15 de la demandada).

SÉPTIMO. Por carta de fecha 7-3-16 la empresa le comunicó su despido por causas objetivas, con efectos de esa misma fecha, por haber faltado al trabajo durante 23 días en el período de 8-1-16 al 7-3-16 y por haber faltado al trabajo durante 25 días en el último año, computado desde el día 8-3-15 al 7-3-16 (documento adjunto a la demanda y doc. 1 de la parte actora y doc. 3 de la demandada).

OCTAVO. En el año 2015 el actor disfrutó de un día de libre disposición, el 23 de marzo, y de 23 días de vacaciones, en las siguientes fechas (doc. 10 de la demandada):

- Enero: el día 5
- Marzo: los días 5, 6, 9, 10, 11, 13, 16, 24, 25, 26, 27, 28, 30 y 31
- Abril: los días 1, 2, 23, 24, 27, 28, 29 y 30.



NOVENO. En enero de 2016 el actor tenía fijados como días a trabajar los sábados días 16, 23 y 30 y era festivo el día 1; en febrero debía trabajar el sábado 27 y era festivo el viernes 12; en marzo debía trabajar el sábado 5 y tenía señalados como festivos el viernes 25 y el lunes 28 (doc. 11 de la demandada).

DÉCIMO. El actor no ostentaba ni había ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores.

UNDÉCIMO. En fecha 22-4-16 se celebró el correspondiente acto de conciliación previa, con el resultado de sin avenencia.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, D. Carlos Antonio que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la codemandada APPLUS ITEUVE TECHNOLOGY, S.L., impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que contra la sentencia de instancia que desestimó la pretensión contenida en la demanda y relativa a la declaración del despido como nulo o subsidiariamente improcedente, se alza el demandante formulando el presente recurso de suplicación por un único motivo, cual es el de la censura jurídica que autoriza la letra c) del art. 193 de la LRJS y que se articula en dos apartados.

SEGUNDO.- En el primero de los apartados de censura jurídica se denuncia por el recurrente la supuesta infracción del art. 52.d) del ET en relación con el art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales .

Que el art. 52 d) determina que el contrato de trabajo podrá extinguirse por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

Que se señala igualmente a los efectos del presente recurso que no computarán como faltas de asistencia, las ausencias debidas a accidente de trabajo, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Que el propio recurrente manifiesta su conformidad con las faltas de asistencia que se han producido en el presente caso, tampoco combate que sea su situación subsumible dentro del dictado del art, 52 d) del ET , ahora bien, entiende que se ha infringido el art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales que estipula que el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Que lo primero que debe señalarse es que del relato de hechos probados se evidencia que las bajas del actor lo fueron por etiología común y no de accidente de trabajo ni de enfermedad profesional , es igualmente referenciado en la sentencia que las dolencias que presenta el actor son la lumbociatalgia y un trastorno de ansiedad importante de base, que se agrava ante situaciones estresantes, por otra parte el informe de prevención de riesgos laborales lo calificó de apto para su tarea y por último que entre la primera baja y la última no ha pasado siquiera un período de un año y medio.

Que se da por probado también que la empresa, aunque con retraso, cumplimento el requerimiento de la Inspección de Trabajo y realizó la evaluación de riesgos laborales en todos y cada uno de los centros de trabajo, sin que se sepa su resultado ni se haya siguiera pretendido por el recurrente su objetivación, por lo que cualquier censura jurídica derivada de tal evaluación no podrá estimarse ante la omisión de sus resultados.

Que conforme al contenido de la declaración fáctica contenida en la sentencia no se puede evidenciar relación de causalidad alguna entre las bajas del actor y los posibles incumplimientos de la ley de prevención de riesgos laborales que por cierto tampoco se concretan ni explicitan, salvo la genérica referencia contenida en el art. 22 .

Que el recurrente fundamenta su censura en la Directiva 2000/78/CE del Consejo de Europa, de 27 de noviembre y también en la sentencia del TJUE de 11-4-13 .

Pues bien, al respecto señalar que una cosa es la enfermedad y otra distinta la discapacidad y que la citada sentencia no hace sino ratificar otra antecedente de fecha 11-7-06 , sentencias ya examinadas por la Sala en las propias de 15-5-14 y 1-7-14 a cuyo extenso contenido nos remitimos, no sin señalar que :

"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 la Sra. Encarnacion 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. "

Esta doctrina es ratificada por la sentencia del TJUE de 14-4-13, sin que varíe su contenido hermenéutico, tal como hemos recogido en nuestra sentencia de 1-7-14.

Todo ello comporta que no pueda estimarse el motivo formulado.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Carlos Antonio contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de los de



Barcelona , dimanante de autos 263/16 seguidos a instancia del recurrente contra la empresa APPLUS ITEUVE TECHNOLOGY SL y siendo parte EL MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

Sin costas.

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.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 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 artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará 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, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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.