



Roj: **STSJ CAT 10998/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:10998**

Id Cendoj: **08019340012017107472**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2017**

Nº de Recurso: **6324/2017**

Nº de Resolución: **7508/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIQUEL ANGEL FALGUERA BARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 34 - 4 - 2017 - 0016502**

JCCS

**Recurs de Suplicació: 6324/2017**

IL LM. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

IL LM. SR. AMADOR GARCIA ROS

IL LM. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Barcelona, 5 de desembre de 2017

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

**EN NOM DEL REI**

ha dictat la següent

**SENTÈNCIA NÚM. 7508/2017**

En el recurs de suplicació interposat per Hernan a la sentència del Jutjat del Social nº 3 dels de Barcelona de data 23 de juny de 2017 dictada en el procediment núm. 397/2016, en el qual s'ha recorregut contra la part Gastroborn BCN 09, S.U.L., Fondo de Garantía Salarial i Ministerio Fiscal, ha actuat com a ponent Il lm. Sr. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ.

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En data 9 de juny de 2016 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre acomiadament en general, la qual l'actor al lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 23 de juny de 2017 , que contenia la decisió següent:

«Que estimando la demanda promovida por D. Hernan , frente a la empresa GASTROBORN BCN 09 S.L.U., debo declarar como así declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el trabajador demandante y condeno a la demandada a que a su libre opción proceda a la readmisión en su puesto de trabajo o alternativamente el abono al mismo de la cantidad de 1839,34 €, en concepto de indemnización derivada de la extinción contractual, opción que deberá ejercitar la demandada en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado, con la advertencia que, de no optar expresamente dentro de ese plazo, se entenderá que procede obligatoriamente la readmisión, con abono



en este caso de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, con reintegro de la indemnización percibida por el demandante una vez firme la sentencia, sin perjuicio de que la demandada pueda también compensar con cargo a la indemnización ya abonada las obligaciones económicas que le deriven de este proceso».

**Segon.** En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

« 1º.- El actor D. Hernan , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa GASTROBORN BCN 09 S.L.U. con una antigüedad que data de 1 de mayo de 2015 en virtud de contrato de trabajo temporal, eventual por circunstancias de la producción, cuya causa es " la necesidad de cubrir la necesidad de clientes al aumentar el transitar de ciutat/vella durante la época primavera/estival" y a jornada completa, ostentando la categoría profesional de camarero y percibiendo salario mensual de 1.700 euros al mes.

*El mencionado contrato de trabajo finalizó el día 31 de julio de 2015. Y el día 1 de agosto de 2015 las partes acordaron la prórroga del contrato hasta el 30 de abril de 2016. (Hecho no controvertido)*

2º.- En fecha 31 de marzo de 2016, la empresa Gastroborn Bcn 09 S.L.U. comunicó a Hernan por medio de carta, cuyo contenido se da por reproducido, que "ante la imposibilidad de renovar el vínculo laboral causará baja en la empresa el día 30 de abril de 2016, como consecuencia de la finalización del contrato".

3º.- El demandante se encontraba en situación de baja médica por incapacidad temporal en el momento del despido, figurando como fecha de dicha baja el 9 de enero de 2016.

4º.- El demandante no ostenta, ni había ostentado en el año anterior al despido, la condición de representante unitario o sindical de los trabajadores.

5º.- Se presentó papeleta de conciliación que finalizó sin avenencia » .

**Tercer.** Contra aquesta sentència la part actora va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària i no consta la presentació d'escrit d'impugnació.

Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

## FONAMENTS DE DRET

**ÚNIC.-** A través d'un sol motiu de suplicació, articulat per la via de la lletra c) de l'article 193 LRJS , denuncia la part actora la infracció de l' article 53.4 ET , en relació als articles 24 i 14 CE .

Volem recordar que la qüestió relativa a si l'acomiadament d'un treballador malalt és susceptible de ser considerat una conducta discriminatòria ha estat objecte d'un llarg debat en diferents seus judicials. Per bé que aquesta sala considerarà en varis pronunciaments que si directament o indirecta es considerava que la causa real de l'acomiadament era la situació de baixa es queia la qualificació extintiva com a nul·la, en aplicació d'allò disposat a l' article 6.1 del Conveni 158 OIT i en relació a l' article 15 CE , la doctrina cassacional negà aquesta possibilitat en apreciar que, tot i la il·legalitat de la descrita conducta empresarial l'acomiadament havia de ser declarat improcedent (entre d'altres: SSTS UD 29.01.2001 -Rec. -1566/2000 -, 23.05.2005 -Rec.2639.2004 -, 12.07.2004 -Rec. 4646.2002 -, 23.09.2003 -Rec. 449.2002-, etc.). En la dita jurisprudència, però, es feia esment a una possible situació discriminatòria en relació a supòsits de "segregació". Aquesta hermenèutica fou convalidada per la STC 62/2008, de 26 de febrer, en la qual es feia esment a la possible nul·litat per segregació. Aquesta mateixa lògica s'ha aplicat en aquells supòsits en els quals la baixa deriva d'un accident de treball ( STS UD 12/07/2012, Rec. 2789/2011 , amb vot particular) o quan la causa de l'acomiadament és el baix rendiment ( STS UD 3/05/2016, Rec. 3348/2015 ). La única excepció la trobarem a la STS UD 31/01/2011 (Rec. 1532/2010 ) en la qual es declara la nul·litat en el cas d'una persona malalta que havia estat amenaçada d'acomiadament si incorria en noves baixes.

L'aprovació de les Lleis 51/2003 i 62/2003 comporta un nou debat: la possibilitat d'equiparar malaltia amb discapacitat (que sí està contemplada com supòsit antidiscriminatori). La resposta del TS, a partir de la STS UD 11/12/2007 (rec. 4355/2006 ) fou també negativa.

D'altra banda, aquest darrer aspecte fou també abordat per la doctrina del TJUE, pel que fa a la Directiva 2000/43. Així, la STJUE 11.07.2016 ( C-13/05 , Chacón Navas, en relació a la qüestió prejudicial del JS 33 de Madrid) declarà que la malaltia no és equiparable a la discapacitat, pel que no regeix la directiva anti-discriminatòria. Però un canvi fonamental es produeix a la STJUE 11.04.2013 (assumptes acumulats C-335/11 i 337/11, Ring o HK DANMARK), en considerar que la subscripció per la Unió Europea de la Convenció de la ONU sobre drets de les persones amb discapacitat comporta que s'equiparin a discapacitat les malalties de llarga durada, bé sigui congènita, per malaltia o accident, curable o incurable; en conseqüència, es considera



discriminatori un acomiadament que tingui com causa les baixes derivades de la dita malaltia. Posteriorment la STJUE 18.12.2014 ( C- 354/13 , Kaltoft) analitza un supòsit d'obesitat mórbida, arribant a la conclusió que per bé que l'obesitat no està contemplada com a supòsit antidiscriminatori, sí pot ser considerat en determinats casos una discapacitat.

Finalment, escau fer esment a la STJUE 01.12.2016 (assumpte C-395/15 , **Daouidi**) La gran novetat és que s'intenten fixar criteris de concreció de malaltia de llarga durada en base als següents paràmetres: a) la malaltia per si mateixa no constitueix per sí mateixa element valorable en relació a una possible discriminació; b) caldrà valorar en cada cas els indicis, com són que en el moment de l'acte discriminatori ni existeixin indicis suficients per determinar-ne la durada o que es pugui arribar a la conclusió que la limitació serà de llarga durada; c) en aquesta valoració el jutge nacional ha de tenir present els informes mèdics i els coneixements mèdics i científics actualitzats.

Per aquest motiu la sentència d'aquesta sala de 12.06.2017, Rec. 2310/2017 , considerà -en relació al supòsit que donà lloc a la darrerament citada sentència TJUE- que una patologia de la què inicialment no es tingui certesa d'una llarga durada o en la que l'acomiadament no es produeixi després d'un llarg procés d'incapacitat temporal no és constitutiva de nul litat.

En conseqüència, després de la revisió de pronunciaments judicials que acaben de fer, és del tot evident que un acomiadament en situació de malaltia només pot tenir una base discriminatòria en tres supòsits: a) quan concorre una malaltia que, inicialment o amb posterioritat, es pugui considerar de llarga evolució i, per tant, assimilable a discapacitat; b) quan l'acomiadament obeeixi a causes segregadores o de segregació; i c) quan s'acrediti que existeixen pressions empresarials per tal que les persones assalariades no agafin la baixa o en els què concorre un clima indiciari de prèvies advertències empresarials.

De fet el recurs es basa essencialment en aquest darrer aspecte, en considerar que el contingut del fonament jurídic tercer de la sentència del primer grau, arriba a la conclusió que la demandada pressionava als treballadors per tal que no agafessin la baixa mèdica. Però ocorre que una lectura del dit fonament jurídic no palesa aquesta conclusió, atès que en ell s'afirma textualment "*No se considera suficiente a efectos de poder apreciar una posible nulidad del despido practicado la declaración testifical prestada en el acto del juicio por la Sra. Esmeralda , ex trabajadora de la empresa demandada y antigua compañera de trabajo del demandante quien aseguró que por parte de la empresa demandada se presionaba a los trabajadores con la finalidad de que éstos no solicitasen la baja médica en caso de padecer alguna enfermedad o sufrir algún accidente. Aunque lo depuesto por la testigo en el acto del juicio se ajuste a la realidad, ello no constituye por sí solo indicio alguno de que el hoy demandante fuera despedido por razón de encontrarse en situación de incapacidad temporal al coincidir la extinción de la relación laboral con la fecha de finalización del contrato en cuestión*". Per tant, la sentència no afirma que aquesta fos la pràctica de l'empresa, sinó que encara que així fos el fet cert és que no concorre un indici antidiscriminatori, atès que la causa de l'extinció era la finalització del contracte, amb coincidència temporal.

I és aquesta darrera una tesi que la sala ha de compartir. En efecte, com hem vist la malaltia o la incapacitat temporal no és per si mateixa discriminatòria en el supòsit present , atès que no transcorre un termini temporal suficient per tal de poder arribar a la conclusió que concorre una malaltia de llarga durada. I per bé que és cert que un clima laboral advers a les baixes podria ser discriminatori, no ho és menys que, com afirma el jutjador del primer grau, no concorre cap element indiciari que la comunicació extintiva tenia un element discriminatori, atès que coincidia en el temps amb la finalització del contracte temporal pactada. I als dits efectes és, per obvis motius, del tot irrellevant que el termini temporal sigui fraudulent i, per tant, l'acomiadament improcedent. Una altra cosa seria si, per exemple, s'hagués acreditat que la pràctica de l'empresa era la de conversió dels contractes temporals en indefinits, essent la situació del demandant una excepció. Però cap element fàctic ens pot dur a la dita conclusió.

D'aquí que la qualificació de l'acomiadament no pugui ser una altra que la improcedència, amb la conseqüència de la desestimació del motiu i, amb ell, del recurs en la seva integritat.

Atesos els preceptes legals citats, els concordants amb els mateixos i les demés disposicions de general i pertinent aplicació

## DECIDIM

Que hem de desestimar i desestimem el recurs de suplicació interposat per Hernan contra la sentència dictada pel jutjat del social número 3 dels de Barcelona en data 23 de juny de 20173, recaiguda en les actuacions 397/20016, en virtut de demanda deduïda per la dita part actora contra GASTROBORN 09, S.U.L. i el FONDO DE



GARANTÍA SALARIAL, amb presència del Ministeri Fiscal en reclamació per acomiadament i, en conseqüència, hem de confirmar i confirmem íntegrament la dita resolució.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoni atge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Un cop sigui ferma la sentència caldrà remetre al Jutjat d'instància les seves actuacions ja que és l'òrgan judicial competent per executar-la.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social .

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , consignarà com a dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER, n° 0965 0000 66, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , quan així procedeixi, cal acreditar-la al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria i s'efectuarà en el compte de la Sala, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

També és possible substituir la consignació en metàl·lic per l'assegurament de la condemna mitjançant un aval bancari emès per una entitat de crèdit. El document haurà de ser de duració indefinida i a pagar a primer requeriment.

Si el dipòsit o la consignació no és fan de forma presencial sinó mitjançant transferència bancària o per procediments telemàtics, a les dites operacions hauran de constar les següents dades:

El compte bancari al que es remetrà la quantitat és IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. A la dada de "ordenant" caldrà indicar el nom de la persona física o jurídica que fa l'ingrés i el seu NIF o CIF. Com a "beneficiari" ha de constar la Sala Social del TSJ de Catalunya. Finalment, a "observacions o concepte de la transferència" cal introduir els 16 dígits que consten en els paràgrafs precedents respecte al dipòsit i la consignació fets de forma presencial.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

**PUBLICACIÓ.** Avui, el Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.