



Roj: **STSJ CAT 2830/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:2830**

Id Cendoj: **08019340012018101856**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2018**

Nº de Recurso: **11/2018**

Nº de Resolución: **1915/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08121 - 44 - 4 - 2017 - 8000074

EL

Recurso de Suplicación: 11/2018

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 23 de marzo de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, 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. 1915/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Estructuras Hilsan, S.L. y Encofrados Castell, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Mataró de fecha 30 de junio de 2017, dictada en el procedimiento Demandas nº 273/2017 y siendo recurrido/a Evelio, Fondo de Garantía Salarial y Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de abril de 2017, 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 30 de junio de 2017, que contenía el siguiente Fallo:

" **ESTIMAR** la demanda interposada pel treballadora demandant, Evelio contra les empreses "" **ESTRUCTURAS HILSAN SL** " i "**ENCOFRADOS CASTELL SL** " Y **DECLARO NULITAT de la referida extinció**, condemnant a la empresa demandada, "Estructuras Hilsan SL" a estar i passar per aqueta declaració i a que readmita al treballador demandant en les mateixes condicions que regien amb anterioritat a la extinció, tenint en compte el salari fixat en la present resolució, amb l'abonament en el seu cas per part de la empresa dels salaris deixats de percebre per l'actor, un cop sigui ferma la sentència, sent un total de 8.196,15 euros, sense perjudici dels



descomptes que s'hagin d'aplicar per les retribucions rebudes pel treballador per la prestació de serveis per terceres persones o per la percepció de prestacions, i tenint en compte que conforme l' art. 123.2 de LRJS dels salaris de tramitació no es podran deduir els corresponents al període de preavís. Y LA CONDEMNNA de les empreses demandades a abonar de forma solidaria a l'actora la quantitat de 8.459,66 euros en concepte de deutes salarials, mes el 10% d'interessos que s'hauran d'aplicar en la forma prevista en la present sentència.

Respecte el FOGASA, procedeix la seva absolució, sense perjudici de les responsabilitats legals que en el seu cas li puguin correspondre"

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

" **PRIMER.-** El demandant Evelio amb DNI NUM000 , va iniciar prestació de serveis per compte i sota la dependència de l'empresa "ESTRUCTURAS HILSAN SL" amb CIF B66161878 amb domicili a C/San Pere nº9 08184 Palau Solita i Plegamans, constituint la seva activitat la construcció i rehabilitació, treballant en exclusiva per la contractista principal, "ENCOFRADOS CASTELL SL" amb CIF B61274395 i domicili en Polígon Industrial Carrer de la Manya nº 13 de Granollers, amb data 26.04.2016, ostentant una categoria professional de "PEÓN ESPECIALISTA", amb un salari diari de euros, sent la seva jornada laboral de dilluns a divendres de 8 a 13 hores i de 14 a 19 hores.

SEGON.- En data 1.02.2017 l'actor va patir un accident laboral quan es trobava prestant serveis en la obra sita en C/Corsega nº 344 de Barcelona, sent la contractista principal Encofrados Castell SA, causant baixa per incapacitat temporal derivada de accident de treball en data 1.02.2017 i sent donat d'alta en data 10.02.2017, causant novament en data 13.02.2017 baixa per IT derivada de contingència comú.

La referida empresa tenia coberta els períodes de IT amb la mútua FREMAP.

TERCER.- En data 21.03.2017 la empresa demandada, Estructuras Hilsan SL li va comunicar al treballador demandant el seu acomiadament per motius disciplinaris amb efectes del mateix dia. Carta d'acomiadament que consta adjuntada com a document nº1 amb la demanda contingut de la qual es dona totalment per reproduït, sense perjudici de ressaltar que en ella la empresa indica que: " que aquesta part considera que per part seva s'ha produït un descens continuat i voluntari en el seu rendiment de treball, des dels primers dies de treball. Aquest descens continuat i voluntari s'ha manifestat tant en la rapidesa a l'hora de realitzar les seves tasques, como en la qualitat de les mateixes, motiu pel qual la direcció de la societat ha rebut diferents queixes i avisos per part dels seus clients. Es per això, que davant la manca de justificació del descens del rendiment de treball i els perjudicis causats a la mercantil, es procedeix a extingir el seu contracte amb efectes del dia 21 de març de 2017..."

QUART.- La empresa demandada deu al treballador demandant la quantitat de 8.459,66 euros.

CINQUE .- En data 25.05.2017 es va celebrar l'acta de conciliació entre les parts, amb el resultat SENSE AVENENCIA, havent presentat l'actora la corresponent papeleta de conciliació en data 12.04.2017."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación las partes demandada Encofrados Castell, S.L y Estructuras Hilsan, S.L., que formalizaron dentro de plazo, y que la parte actora, a la que se dió traslado impugnó , elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de las codemandadas, ENCOFRADOS CASTELL S.L y ESTRUCTURAS HILSAN S.L, interponen recurso de suplicación frente a la sentencia nº 225/2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró en los autos 273/2017, en cuya virtud, se estima la demanda interpuesta por D. Evelio y se declara la nulidad del despido condenando a ESTRUCTURAS HILSAN SL a las consecuencias legales correspondientes. Condena, también, a ambas empresas demandadas a abonar solidariamente a la actora la cantidad de 8.549,66 euros en concepto de deudas salariales, más el 10 % de intereses.

Ambos recursos han sido impugnados por la representación procesal de D. Evelio que pide, en ambos casos, su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida, así como la imposición de costas al recurrente.

SEGUNDO .- RECURSO DE ESTRUCTURAS HILSAN SL

Los tres motivos del recurso se formulan al amparo del art.193c) LRJS , denunciándose la infracción de normas sustantivas y jurisprudencia.

2.1.- Sobre el convenio colectivo aplicable.

La recurrente denuncia la infracción de los arts.84.1 , 84.2 ET en relación con el art.83.2 ET y arts.153.2 y 154 LRJS . Considera que, al contrario de lo que sostiene la sentencia recurrida, el convenio colectivo aplicable



no es el Convenio de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona, sino el Convenio de la sociedad ESTRUCTURAS HILSAN SL.

El motivo ha de ser desestimado, puesto que el Convenio colectivo de Estructuras Hilsan, SL, para los años 2015-2018 (código de convenio nu#m. 08101062012015), conforme a su art.1 rige en el centro de trabajo que la sociedad Estructuras Hilsan SL tenga radicado en Sant Pere nu#mero 9 de -08184- Palau Solità` i Plegamans (Barcelona).

No obstante, en el contrato de trabajo, (f.99) consta que el centro de trabajo al que está adscrito el trabajador se halla en el municipio de Blanes, por lo que no le puede ser aplicable el convenio de centro de trabajo de Palau Solità de Plegamans, y ello, conforme al art.83 y art.84.2 ET , ha de suponer que el Convenio aplicable es el Convenio Colectivo del Sector de la construcción y obras públicas (código 08001065011994), puesto que prestaba sus servicios en un centro de trabajo de Granollers, y ello conforme dispone el art.2 de este último convenio.

A más abundamiento, un convenio **colectivo de centro de trabajo, que es de ámbito inferior a la empresa, no goza de la prioridad aplicativa absoluta y materialmente limitada del convenio de empresa prevista en el art.84.2 ET** . Téngase en cuenta que la previsión legislativa del art.84.2 ET constituye un límite al derecho fundamental a la negociación colectiva, en tanto que impide todo pacto en contrario a la hora de regular los agentes sociales las reglas de concurrencia de los convenios, como así lo ha entendido el TC (vid. SSTC 119/14 , 8/2015 , y 140/2015), que ha considerado que la restricción de la autonomía colectiva al fijar el legislador la estructura de la negociación tiene la finalidad legítima de facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores. Por tanto, no cabe interpretación extensiva alguna del ámbito de la prioridad aplicativa prevista en el art.84.2 ET , y en concreto, en el caso que nos ocupa, a los convenios de centro de trabajo. Téngase en cuenta que la STC 3/97 de 13 de enero , entre otras muchas, recoge: «la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con carácter restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos», siendo exigible una «rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio» (STC 159/1986 , fundamento jurídico 6.º).

Por tanto, el motivo ha de ser desestimado.

2.2.- Sobre el salario regulador del despido

La recurrente denuncia la infracción de los arts.84.1 y 84.2 ET , en relación al art.83.2 ET . La sentencia recurrida fija el salario regulador en 81,15 euros diarios por considerar que se aplica el Convenio de la Construcción de la provincia de Barcelona, a lo que se opone la recurrente, que entiende que el salario regulador diario del trabajador es de 30,02, al aplicar las tablas salariales del convenio de la empresa Estructuras Hilsan SL, para la categoría de peón especialista. La recurrente impugna la cuantía en función del convenio aplicable, cuestión que ya hemos resuelto en el correlativo anterior, por lo que en coherencia con lo que ahí hemos expuesto, el motivo ha de ser igualmente desestimado.

2.3.- Sobre la nulidad del despido por discriminación motivada en la discapacidad del trabajador.

El recurrente denuncia la infracción de los arts.10.2 , 14 y 15 Ce , arts.4.2d) 14, 187.1 20,54.2d) 55,3 ,55,5 y 6 ET y los arts. 2.1 , 3.1 y c) 5 de la Directiva 2000/78 , art.181 LRJS y SSTS 03/05/2016, (RCUD 3348/2014); STS 22/11/2007 (RCUD 3907/2006), STS 27/01/2009 (RJ 2009/10438) y STS 3 mayo 2016 (RJ 2016/2152).

2.3.a) Objeto de la controversia.

La cuestión que se plantea en este recurso radica en resolver si el despido es nulo por discriminatorio en razón de la discapacidad del actor, siendo que los hechos probados no se discuten, y revelan que el trabajador sufrió un AT el 01/02/17, causando baja por IT en fecha 01/02/17 por fractura de olecranon, con una duración estimada de 122 días y dado de alta el 10/02/17, causando nuevamente baja por IT derivada de contingencias comunes el 13/02/17, por epicondilitis lateral donde se fija como duración estimada 34 días, y el último parte de confirmación de IT antes del despido se emite el 17/03/17 (f.66); con una duración estimada de 47 días. El despido se produjo el 21/03/17 y se motivó en el descenso continuado y voluntario de su rendimiento.

La sentencia recurrida declara nulo el despido del trabajador, al estar basado en una discriminación directa por razón de discapacidad o alternativamente indirecta, toda vez que dada la evolución de su incapacidad, el despido ha supuesto una barrera al impedir su recuperación y con ella la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores. Considera que a fecha del despido se evidenciaba que la recuperación no sería a corto plazo y, por tanto, se trataba de una limitación duradera constitutiva de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78.



Las recurrente, con cita de la doctrina del TS, considera que no puede equipararse enfermedad a discapacidad, que la persona que es despedida por razón de su enfermedad no está amparada por la Directiva 2000/78 y que la enfermedad no es una causa de discriminación prevista en el art.14 CE . Además, añade que el parte médico de baja inicial expresaba una duración estimada de 122 días y que 10 días después, el trabajador recibió el alta médica, y que a pesar de dicho primer parte de baja la empresa no le despidió.

Sostiene que después inició un nuevo período de baja por contingencias comunes (inicio 13/02/17), y que no es hasta el parte de confirmación nº 5 de fecha 12/04/17 cuando el tipo de proceso pasa de medio a largo y con un período estimado de 73 días. Afirma que, además, la lesión que ha sufrido no le ha provocado una limitación que al interactuar con diversas barreras le haya impedido su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En definitiva, concluye que no ha existido discriminación alguna por razón de discapacidad.

La impugnante, se opone al motivo de recurso y considera que el trabajador fue despedido el 21/03/17 por razón de su situación de IT iniciada el 01/02/17, por lo que existió un despido por discapacidad .

b).- Hechos a considerar

En el momento de realizarse el acto presuntamente discriminatorio del despido -21/03/17-, el trabajador había tenido el AT el 01/02/17, con una previsión estimada para su recuperación de 122 días (f.61), de la que resulta alta por curación o mejora que le permite realizar su trabajo en fecha 10/02/17 (f.62).

Acto seguido es dado de baja por enfermedad común en fecha 13/02/17, por epicondilitis lateral con un proceso corto de duración estimada de 22 días. (f.63); el 21/02/2017 se emite parte de confirmación de dicha IT por la misma dolencia y con una duración estimada de 19 días (f.64); el 03/03/17 se emite el siguiente parte de confirmación de IT con una duración estimada de 34 días (f.65), y el último parte de confirmación de IT antes del despido se emite el 17/03/17 (f.66); con una duración estimada de 47 días.

2.4.- Sobre la enfermedad como criterio de selección del trabajador despedido

El despido de un trabajador/a por razón de su situación de enfermedad puede afectar a diversos derechos y principios constitucionales. El art.14 CE (prohibición de discriminación), el art.15 CE (derecho a la integridad física); el art.43 CE (principio rector de protección de la salud), son los más significativos.

Empecemos por decir que la salud no goza de la condición de derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que se reconoce en el art.43 CE como un principio rector de la política social y económica; y ello a pesar de que se reconoce como derecho humano en el art.25 DUDH , art.12 PIDESC ; art.11 Carta Social Europea de 18/10/1961; art. 35 CDFUE, todos ellos ratificados por el Reino de España.

Es obvio que si la salud fuera un derecho fundamental en nuestro ordenamiento, el despido basado en motivos de salud habría de reputarse -sin más matices- nulo por vulnerar los derechos fundamentales.

No obstante, aunque la salud no sea un derecho fundamental, la misma está vinculada en ciertos supuestos a la integridad física del art.15 CE , que sí lo es.

En este sentido, en determinadas circunstancias, **el despido (o su amenaza) por razón de enfermedad, puede afectar a la integridad física** (art.15 CE) y a la dignidad (art.10.1 CE), cuando el trabajador, para evitar la pérdida de su puesto de trabajo, acude al puesto de trabajo en perjuicio de su integridad física y salud, que es lo que se ha denominado por la doctrina como "*presentismo*".

Así es, en base a la **STC 62/2007, de 27 de marzo ; y STC 160/2007, de 2 de julio** ; según las cuales el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", y precisa el TC que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y así se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum , de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta".

En esta línea, la STS 31 enero 2011, RCU 1532/201 , ha admitido que la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo le ha sido prescrito, constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada y esta conclusión no se ha combatido en el recurso.



La doctrina del TC sobre la enfermedad como causa de discriminación:

El TC, en su STC 62/2008, de 26 de mayo, analiza si el despido por razón de enfermedad puede considerarse discriminatorio. Concluye que o el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Así ocurrirá cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. Pero no existe discriminación cuando " la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, (...), de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla"

La doctrina del TS, en su doctrina unificada: SSTS 29 de enero de 2001 (RJ 2001, 2069), luego reiterada en otras posteriores como las SSTS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 7075) (rec. 4646-2002), de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9656) (rec. 2639-2004) y de 18 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 800) (rec. 4194-2006), ha venido sosteniendo que en los casos de despido por razón de enfermedad, el estado de salud del trabajador no se utiliza como un factor de diferenciación discriminatorio, sino con una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo determinante de que el mantenimiento de la relación resultase excesivamente oneroso para la empresa. En tales casos, el despido, según el TS, se considera como trato ilegal, por lo que la decisión extintiva por aquella causa integra despido improcedente y no nulo. En efecto, reiterando precedentes relativos al llamado despido «fraudulento» [SSTS 02/11/93 [RJ 1993, 8346] -rcud 3669/92 -; 19/01/94 [RJ 1994, 352] -rcud 3400/92 -; 23/05/96 [RJ 1996, 4612] -rcud 2369/95 -; 30/12/97 [RJ 1998, 447] -rcud 1649/97 -],

Esa doctrina siguió, entre otras, en la STS de 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048), recurso 602/2008, ha examinado el supuesto en el que se procede al despido de un trabajador alegando falta de rendimiento, cuando la causa real eran las situaciones de IT que venía presentando, concluyendo la sentencia que la enfermedad no es equiparable a discapacidad, a efectos de discriminación, por lo que el despido ha de ser calificado de improcedente y no nulo

2.5.- Sobre la discapacidad como criterio de selección del trabajador despedido

El despido de un trabajador por razón de su discapacidad es cuestión distinta al despido por razón de enfermedad, por lo que conviene distinguir bien ambos conceptos -enfermedad y discapacidad-; pues el marco jurídico protector es distinto.

En cuanto a **la prohibición de discriminación**, las personas con discapacidad, como grupo vulnerable, han sido y son objeto de discriminación y de trato desigual. Por esa razón, la discapacidad, como motivo específico de discriminación, puede apreciarse en diversos instrumentos internacionales y supranacionales, aunque sólo se cite en los más recientes de forma expresa. En este sentido, a nivel interno, la Constitución, en su art.14 no cita con carácter expreso la discapacidad, como motivo de discriminación, lo que no ha impedido que el TC haya entendido la discapacidad incluida dentro de la cláusula de apertura de los motivos de discriminación que contiene el art.14 ("cualquier otra circunstancia personal o social"), como resulta de sus SSTC 269/1994, de 3 de octubre, sobre reserva porcentual de plazas para personas con discapacidad, o la más reciente STC 10/2014 de 27 enero, en la que tacha de discriminatoria por discapacidad, con expresa cita de la CDPD, la remisión a un centro de educación especial sin motivación suficiente de un niño con autismo, en lugar de integrarle en el circuito ordinario de educación.

En el **ámbito de la ONU**, respecto de las personas con discapacidad, hay que destacar:

- La Convención de 13 de diciembre de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que desarrolla en su art.27, dedicado al Trabajo y empleo, los derechos de las personas con discapacidad, fundamentalmente, el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los demás, y a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles para ellos/as.

En el **marco de la Unión Europea**:

- El art.26 de la CDFUE, reconoce el derecho a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.



- El art.19 TFUE dota de competencia a la UE para -dentro de los límites de las competencias que tiene atribuidas- adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad.

- La Directiva 2000/78 de 27 de diciembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trabajo en el empleo y la ocupación.

- La Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, por la que la UE se adhiere a la Convención de la ONU sobre Personas con Discapacidad (CDPD)

En **nuestro marco interno**, el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, en su art. 35, establece las garantías del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, fundamentalmente los principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación, directa o indirecta, así como también del acoso.

En fin, el art.17 ET contempla la nulidad de los actos del empresario, entre ellos el despido, que sean discriminatorios por motivo de discapacidad.

En materia de **discriminación laboral por discapacidad, el TJUE ha marcado una línea doctrinal que pasamos a sintetizar.**

La **STJUE de 11 de julio de 2006**, asunto **Chacón Navas**, C-13/05, resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado nº. 33 de los de Barcelona, sosteniendo que:

«41. A tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad.

42.- Habida cuenta del mencionado objetivo, **el concepto de «discapacidad»** a efectos de la Directiva 2000/78 debe ser objeto, de conformidad con los criterios recordados en el apartado 40 anterior, **de una interpretación autónoma y uniforme.**

43.- La finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que **el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.**

44.- Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.»

La sentencia concluye:

«1) **Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE 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, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.**

2) **La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad** que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, **no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.**

3) **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.**»

Después de dicha resolución, se tomó la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, por la que la UE se adhiere a la Convención de la ONU sobre Personas con Discapacidad (CDPD).

Tras dicha decisión, en la **STJUE 11 abril 2013, Caso Ring (Danmark)**; (Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11), el TJUE redefine la discapacidad en función de la CDPD, y considera que "procede estimar que, **si una enfermedad curable o incurable 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, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78**"

En el mismo sentido véanse la STJUE 18 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 112), Caso Z., C-363/12, apartado 76.



En la **STJUE 18 diciembre 2014, Caso Fag, Asunto C-354/13** , el Tribunal concluye que :

La Directiva 2000/78/CE 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, debe interpretarse en el sentido de que, a los efectos de dicha Directiva, la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda 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. Corresponderá al tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos.

En la **STJUE 1 diciembre 2016, Caso Daouidi** , asunto C-395/15 ,el TJUE, ante una cuestión planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, concluye que:

La Directiva 2000/78/CE 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, debe interpretarse en el sentido de que:

- El **hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta** , a caus a de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera» , con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

- Entre los **indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera»** figuran, en particular, el que, **en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.**

- Al comprobar ese carácter «duradero», el **juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales** .

En la sentencia **Daouidi**, se precisa que:

1) La discapacidad puede derivar de un accidente de trabajo: (F. 45) si un accidente 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, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

b) El concepto de "duradera" de la limitación:

- debe ser objeto de interpretación autónoma y uniforme;

- por ello, el concepto de incapacidad temporal en Derecho español no tiene por qué excluir la condición de duradera de la limitación.

- el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio

- Entre los indicios que permiten considerar que una limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

- En la comprobación del carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

- corresponde a los órganos judiciales de los Estados miembros comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico.

En la **STJUE 18 enero de 2018, Caso Ruiz Conejero** ; Asunto C- 270/2016, en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca, el TJUE concluye:



El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente.

Sobre la recepción por nuestra doctrina interna de la jurisprudencia comunitaria en materia de discriminación por discapacidad en el empleo, la misma puede resumirse en **la STS 3 mayo 2016 RCU 3348/2014**, en que se afirma que es improcedente y no nulo, un despido alegando una causa ficticia- bajo rendimiento-, siendo la causa real la enfermedad del trabajador, sin que pueda apreciarse discriminación por no ser tomada en consideración la enfermedad como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para su trabajo, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio. En ese caso, el TS concluyó que **no podía calificarse de discapacidad la situación de la trabajadora (latigazo cervical derivado de accidente de tráfico)**, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo durado la IT menos de un mes, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

La **STS 22 febrero 2018, RCU 260/2016**, se trata también del despido de una trabajadora, en el que se alega discriminación por discapacidad, que no se aprecia porque en el caso consta en hechos probados que la limitación de la trabajadora se cinge de modo particularísimo a ciertos aspectos relacionados con la actividad específica de la empresa para la que presta servicios. También consta de modo detallado que, por parte de la empresa, se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación.

Para concluir, no cabe olvidar que esta Sala se pronunció sobre el despido discriminatorio por discapacidad en la **STSJ, Social sección 1 del 12 de junio de 2017** (Recurso: 2310/2017), precisamente al resolver en suplicación la sentencia dictada en la instancia en el caso **Daouidi**. En la misma declaramos el **despido** improcedente y no nulo al no haberse producido el despido con discriminación por discapacidad. En ella se resolvió que **la enfermedad en sí no fue la causa del despido**, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio, conclusión que no se consideró enervada por la sentencia del TJUE en el caso **Daouidi**, pues no se consideró procedente calificar de discapacidad la situación de quien permaneció 10 días de baja antes de que la empresa procediera a su **despido**, habiendo finalizado la IT.

2.6. Solución del caso concreto.

El despido se produjo el 21/03/17 y se motivó en el descenso continuado y voluntario de su rendimiento, extremo éste que no ha resultado probado.

Partiendo del análisis de tales hechos, que no se discuten en esta alzada, la Sala constata que en el momento de realizarse el acto presuntamente discriminatorio del despido -21/03/17-, el trabajador había tenido el AT el 01/02/17, con una previsión estimada para su recuperación de 122 días (f.61), de la que resulta alta por curación o mejora que le permite realizar su trabajo en fecha 10/02/17 (f.62).

Acto seguido es dado de baja por enfermedad común en fecha 13/02/17, por epicondilitis lateral con un proceso corto de duración estimada de 22 días. (f.63); el 21/02/2017 se emite parte de confirmación de dicha IT por la misma dolencia y con una duración estimada de 19 días (f.64); el 03/03/17 se emite el siguiente parte de confirmación de IT con una duración estimada de 34 días (f.65), y el último parte de confirmación antes del despido se emite el 17/03/17 (f.66); con una duración estimada de 47 días.

Partiendo de lo expuesto, y **analizado el carácter «duradero» de la limitación en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio**, la Sala considera **que su situación se presenta como bien delimitada en cuanto a su finalización a corto o medio plazo** (en ningún caso largo), **sin que pueda considerarse que un restablecimiento proyectado en 47 días es calificable como un supuesto que pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento del trabajador**.

Es cierto que en partes de confirmación posteriores al despido, como el de 19/05/16 (f.69), la duración estimada de recuperación pasa a ser de largo plazo (113 días), pero no es menos cierto que en dicho momento



el presunto acto discriminatorio ya se habría producido, y por tanto, no pueden valorarse a los efectos de determinar si hubo o no discriminación en el despido, que por aquel entonces ya se había consumado.

Por tanto, el **hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera»; y del análisis de todos los elementos objetivos que obran en autos, en particular, documentos y certificados relativos al estado del trabajador (partes de baja, confirmación y alta), redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales, resulta que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado presenta una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto-medio plazo (47 días) y dicha incapacidad -en ese momento- no consta que pudiese prolongarse significativamente antes del restablecimiento del trabajador.**

Así pues, no hay indicio alguno de discriminación por razón de discapacidad, sino que existe un despido motivado por la enfermedad del trabajador que, conforme a todo lo argumentado ha de ser declarado improcedente, y no nulo, como hace la resolución recurrida.

Teniendo en cuenta que su antigüedad es de 26/04/16, y su salario diario de 81,15 euros, siendo la fecha de despido 21/03/2016, la indemnización que le corresponde conforme al art. 56 ET asciende a 2.454,79 euros, en caso de que el empresario no opte por la readmisión.

Todo ello determina la estimación parcial del recurso interpuesto por **ESTRUCTURAS HILSAN SL, sin costas (art.235 LRJS); y con devolución de los depósitos prestados para recurrir (art.203.3 LRJS), sin que proceda la devolución de consignaciones, al no haber condena en suplicación por cantidad inferior a la reconocida en la resolución recurrida (art.203. 2 LRJS).**

TERCERO.- RECURSO DE ENCOFRADOS CASTELL S.L.

La recurrente formula tres motivos de recurso, los dos primero conforme al art.193 c) LRJS y el tercero al aparente amparo del art.193a) LRJS , que es el que resolveremos en primer término.

3.1.- Infracción de normas procesales con indefensión: al amparo del art.193a) LRJS el recurrente denuncia la infracción del art.80.1c) LRJS por haberse formulado una cuestión nueva en el acto del juicio, ya que la actora discutió la aplicación del convenio de empresa, cuando en un principio había aducido la aplicación del convenio de la construcción.

El motivo ha de ser rechazado. Precisamente una de las consecuencias de la fuerza normativa de los convenios colectivos en nuestro ordenamiento (art.37.1 CE y art.82.3 ET), es que los mismos deben ser aplicados por los órganos jurisdiccionales en virtud del *iura novit curia* , contemplado en el art .218.1 LEC que impone a los tribunales resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

Por tanto, el motivo ha de ser rechazado.

3.2.- Sobre el convenio colectivo aplicable.

La recurrente denuncia la infracción de los arts.84.1 , 84.2 ET en relación con el art.83.2 ET y arts.153.2 y 154 LRJS . Considera que, al contrario de lo que sostiene la sentencia recurrida, el convenio colectivo aplicable no es el Convenio de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona, sino el Convenio de la sociedad ESTRUCTURAS HILSAN SL. Este motivo ha de ser desestimado, pues ya hemos resuelto tal cuestión en el correlativo anterior (Vid. FD 2.1) , al que por coherencia y en aras de la brevedad, nos remitimos

3.3.- Sobre el salario regulador del despido.

La recurrente denuncia la infracción de los arts.84.1 y 84.2 ET , en relación al art.83.2 ET . La sentencia recurrida fija el salario regulador en 81,15 euros diarios por considerar que se aplica el Convenio de la Construcción de la provincia de Barcelona, a lo que se opone la recurrente, que entiende que el salario regulador diario del trabajador es de 30,02, al aplicar las tablas salariales del convenio de la empresa Estructuras Hilsan SL, para la categoría de peón especialista. Este motivo ha de ser desestimado, pues ya hemos resuelto tal cuestión en el correlativo anterior (Vid. FD 2.2) , al que por coherencia y en aras de la brevedad, nos remitimos

Por tanto, procede la desestimación del recurso, con imposición de costas a la recurrente, conforme al art.235 LRJS , valorándose en 800 euros los honorarios del letrado de la impugnante. Así mismo, de acuerdo con el art.204 LRJS , procede acordar la pérdida de las cantidades consignadas y del depósito necesario para recurrir, todo lo cual habrá de realizarse cuando la sentencia sea firme.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,



FALLAMOS

PRIMERO.-ESTIMAR parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por ESTRUCTURAS HILSAN S.L, frente a la sentencia nº 225/2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró en los autos 273/2017, que revocamos y, en su lugar, declaramos la improcedencia del despido de fecha 21/03/2017 de D. Evelio , y condenamos a ESTRUCTURAS HILSAN SL a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a razón de 81,15 €/día desde la fecha del despido hasta la de la notificación de esta sentencia o hasta que haya encontrado empleo, si tal colocación es anterior a esta sentencia o, a elección del empresario, a abonar una indemnización en cuantía de 2.454,79 euros; y confirmamos el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida.

Sin costas.

Acordamos la devolución de los depósitos prestados para recurrir sin que proceda la devolución de consignaciones, o el alzamiento de los aseguramientos, en su caso prestados.

SEGUNDO.-DESESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por ENCOFRADOS CASTELL S.L, frente a la sentencia nº 225/2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró en los autos 273/2017, que confirmamos en su totalidad.

Condenamos en costas a la recurrente, apreciándose en 800 euros los honorarios del letrado de la impugnante.

Acordamos la pérdida de las cantidades consignadas, el mantenimiento, en su caso, de los aseguramientos prestados, y la pérdida de las cantidades depositadas para recurrir, lo que se llevará a efecto cuando la sentencia sea firme.

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 Nº 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 Nº 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ