



Roj: **STSJ CAT 2836/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:2836**

Id Cendoj: **08019340012018101862**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **26/03/2018**

Nº de Recurso: **547/2018**

Nº de Resolución: **1922/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA NATIVIDAD BRACERAS PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8015198

EBO

Recurso de Suplicación: 547/2018

ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

En Barcelona a 26 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. 1922/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Palmira frente a la Sentencia del Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 21 de abril de 2017 dictada en el procedimiento Demandas nº 315/2016 y siendo recurrido Ministerio Fiscal, Damaso y Fondo de Garantía Salarial, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 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 21 de abril de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"que, desestimando totalmente la demanda interpuesta por Ignacio , fallecido durante el proceso y sucedido por su heredera, Palmira , contra Damaso y Fondo de Garantía Salarial, debo absolver y absuelvo a los indicados demandados de todas las peticiones formuladas contra ellos en la demanda."

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



1º- Ignacio estuvo trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa de la que es titular el demandado, Damaso, con la categoría profesional de conductor de autotaxi, jornada completa, turnos de doce horas y antigüedad desde 1.2.16, en el centro de trabajo de Barcelona, sin ostentar cargos de representación unitaria ni sindical.

2º- La indicada relación laboral se formalizó mediante la firma de un contrato de trabajo indefinido el 1.2.16, que se da por reproducido en su integridad (folios 54 a 58) y en el que se pactó un periodo de prueba de doce meses.

3º- El señor Ignacio estuvo en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común el sábado 27.2.16 con el diagnóstico de "altres dolors abdominals i inespecífics". La baja y el alta fueron emitidas el mismo día.

4º- El domingo 28.2.16, el señor Ignacio ingresó en el Hospital Vall d'Hebron de Barcelona, derivado desde el centro de asistencia primaria de Horta, por cuadro de cinco días de evolución consistente en dolor abdominal de predominio en hipocondrio derecho, acompañado de coluria, acolia e ictericia. El motivo de ingreso fue "ictericia obstructiva".

5º- El lunes 29.2.16, el señor Ignacio inició un proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común con el diagnóstico de "ictericia inespecífica". En el parte de baja médica, se hizo constar que la duración estimada del proceso sería de 60 días ("tipus de procés mitjà") y que la fecha límite de la próxima revisión médica sería la del 6.3.16.

6º- El 14.3.16, el demandado entregó a la esposa del señor Ignacio,

6º- El 14.3.16, el demandado entregó a la esposa del señor Ignacio, Palmira, una carta que se da por reproducida en su integridad (folio 18) y en la que comunicaba al señor Ignacio su decisión de extinguir el contrato de trabajo con efectos a la fecha de la carta por no superación del periodo de prueba.

7º- El señor Ignacio estuvo ingresado en el Hospital Vall d'Hebron hasta el 19.3.16, si bien tuvo que volver a ingresar con posterioridad.

Los diagnósticos a la fecha del alta hospitalaria de 19.3.16 fueron neoplasia pulmonar y metástasis en cuello pancreático.

8º- El señor Ignacio falleció el 24.11.16 en el Hospital Vall d'Hebron.

9º- Desde el 1.2.16 hasta el 27.2.16, el señor Ignacio percibió un total de 1.635,80 euros brutos en concepto de salario.

10º- El 1.4.16, el señor Ignacio presentó papeleta de conciliación en la SCI. El acto de conciliación se celebró el 21.4.16 con el resultado de "sin avenencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Recurre en suplicación la parte actora contra la sentencia que ha desestimado su demanda de despido, mediante la que interesaba que se declarase su nulidad por vulneración de derechos fundamentales y, subsidiariamente, su improcedencia, además de reclamar una suma indemnizatoria. Plantea dos motivos, que ampara en el apartado c) del art. 193 de la LRJS.

Con el primero se alega, en síntesis, que la causa del despido fue la situación de baja médica del trabajador, que el empresario conocía que la enfermedad era de larga duración y que, según considera debe interpretarse la jurisprudencia, han de equipararse determinados supuestos de enfermedad con la discapacidad en tanto que esta comprendería una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable cuando esta genera una limitación. Para fundar estas alegaciones invoca los artículos 10.2, 14 y 15 de la C; 4.2, 14, 17, 45 y 55 del ET; 1 y 3 de la Directiva 2000/78; 6.1 del Convenio 158 de la OIT; 96, 108 y 118.2 de la LRJS; y cita varias sentencias del TC, del TJUE y de esta Sala (estas últimas, no constitutivas de jurisprudencia; art. 1.6 del CC).



El motivo no puede estimarse. En primer lugar, se ha de señalar que la sentencia recurrida ya considera que la causa última del despido fue la situación de enfermedad del trabajador, si bien no tiene por probado que el empresario conociera que se trataba de una enfermedad con una duración previsiblemente larga.

Por otra parte, dicha sentencia atiende a la última jurisprudencia al respecto, tanto del TS como del TJUE y a ella ha de estar también esta Sala: a) no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, en ese caso, la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación frente al principio genérico de igualdad es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE) (sentencia del TS de 3.5.2016, RCU 3348/2014); y b) que "la expresión «personas con discapacidad» contenida en el artículo 5 de esta Directiva debe interpretarse en el sentido de englobar a todas las personas que tengan una discapacidad que se corresponda con la definición expuesta en el apartado anterior", esto es, como "como referido a una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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 (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013" (párrafos 42 y 43 de la sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016, caso Mohamed **Daouidi** contra Bootes Plus, S.L. y otros).

En consecuencia, no se puede apreciar que concurriera un factor de discriminación en el despido del trabajador por lo que, dado que tampoco puede encuadrarse el supuesto en los casos que el ET califica como despidos nulos, debe desestimarse el motivo del recurso mediante el que se interesa la declaración de nulidad del despido, así como la indemnización solicitada como satisfacción o reparación por la vulneración de sus derechos fundamentales.

SEGUNDO: Con el segundo motivo del recurso se alega la infracción de los arts. 56 y 84.4 del ET y la indebida aplicación del art. 83.2 y 84, apartados 1 y 2 del ET, además de invocar la jurisprudencia, aunque sin citar ninguna resolución en concreto. Al respecto, argumenta que la extinción de la relación entre las partes no respondió a un desistimiento del empresario por no superación del periodo de prueba pactado porque el pacto que preveía tal periodo, que era de un año, habría de considerarse nulo por contravenir lo previsto en el convenio estatal del sector del autotaxi (V Convenio Colectivo), en vigor desde 1.1.2009 y, por tanto, con anterioridad a la vigencia del convenio provincial, previsto para los años 2012 a 2016, que solo era de una duración de cuatro meses.

Tampoco el recurso puede encontrar éxito. Atendido el inalterado relato de los hechos probados, resulta que la extinción fue comunicada al trabajador cuando apenas llevaba mes y medio (la relación laboral se inició el 1.2.2016 y el empresario entregó a la esposa de aquel la carta de extinción por no superación del periodo de prueba el día 14.2.2016). Por tanto, el empleador desistió del contrato de trabajo antes de que transcurrieran los cuatro meses previstos en el convenio estatal y, en conclusión, respetando el plazo en los términos legales ya que el desajuste de lo pactado (doce meses) no supone la nulidad total de tal cláusula, como pretende la parte recurrente, sino que solo queda afectado de nulidad el exceso de duración, esto es, en lo que superaba el cuarto mes; y ello porque estamos ante un supuesto de nulidad parcial del art. 9.1 del ET, tal y como resolvió el TS en su sentencia de 19-10-87 y esta Sala en la de 6.6.2013 (recurso de suplicación 1868/2013).

Consecuentemente, desestimamos los dos motivos del recurso, por todo lo expuesto, debe confirmarse la sentencia recurrida.

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

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Palmira contra la sentencia dictada el 21 de abril de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 17 de Barcelona en los autos seguidos con el nº 315/2016, a instancia de Palmira contra Damaso y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, con intervención del Ministerio Fiscal, debemos confirmar y confirmamos dicha 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 esta 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 .

Asimismo, 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 El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 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 BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 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.

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 0937 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 0937 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 la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ