



Roj: **STSJ CAT 6484/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:6484**

Id Cendoj: **08019340012018104253**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2018**

Nº de Recurso: **2508/2018**

Nº de Resolución: **4363/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIQUEL ANGEL FALGUERA BARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2017 - 8001105**

F.S.

**Recurs de Suplicació: 2508/2018**

IL LM. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

IL LM. SR. AMADOR GARCIA ROS

IL LM. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Barcelona, 18 de juliol de 2018

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. 4363/2018**

En el recurs de suplicació interposat per Jorge a la sentència del Jutjat Social 22 Barcelona de data 8 de novembre de 2017 dictada en el procediment núm. 356/2017, en el qual s'ha recorregut contra la part Ministerio Fiscal i Iberia Lineas Aéreas de España, S.A., ha actuat com a ponent Il lm. Sr. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ.

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En data 25-4-17 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre acomiadament disciplinari, 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 8 de novembre de 2017, que contenia la decisió següent:

Que procede DESESTIMAR la demanda interpuesta por D. Marcelino contra D. Jorge contra IBERIA LAE, S.A. Operadora SU, habiendo sido citado el Ministerio Fiscal, en reclamación de despido, declarando procedente el despido producido, absolviendo a esta de todos los pronunciamientos contra ella deducidos en el presente procedimiento.

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

1.- La parte actora, D. Jorge , ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada, desde el 14 de agosto de 2007, categoría profesional de agente servicios auxiliares (director de centro) y salario de



1.785 euros brutos mensuales con prorrata de pagas extra. El salario a efectos de este proceso es de XXX euros diarios.

2.- La empresa le comunicó, mediante burofax, su despido el 22 de marzo de 2017, con efectos del mismo día, al amparo del art. 52 d) del ET, según comunicación que se tiene por reproducida, por faltar 26 días durante un total de 79 días programados.

3.- En el actor se ausentó de su trabajo los siguientes días:

- 1 al 8 de abril de 2016.
- 14 al 20 de mayo de 2016.
- 21 de junio de 2016.
- 5 al 11 de agosto de 2016.
- 3, 4, 7 al 10 y 21 al 23 de octubre de 2016.
- 25 de diciembre de 2016
- 15, 16 y 17 de febrero de 2017

4.- En los periodos computados el actor tenía los siguientes días de trabajo programado:

- 14 de mayo a 14 de junio de 2016: 14 días (7 ausencias).
- 5 de agosto de 2016 a 5 de septiembre de 2016: 22 días (7 ausencias).
- 3 de octubre de 2016 a 3 de noviembre de 2016: 24 días (9 ausencias).
- 15 de febrero de 2017 a 15 de marzo de 2017: 19 días (3 ausencias).

5.- El actor ha estado en situación de incapacidad temporal los siguientes periodos:

- Del 14 al 20 de mayo de 2016
- El 21 de junio de 2016
- Del 5 al 8 de agosto de 2016 por lumbago.
- Del 3 al 10 de octubre de 2016 por lumbago.
- Del 21 al 23 de octubre de 2016 por lumbago.
- El 25 de diciembre de 2016 por sinusitis.
- Del 15 al 17 de febrero de 2017 por lumbago.

6.- La parte actora no ostenta la representación de los trabajadores. Está afiliado a UGT.

7.- Se celebró conciliación sin efecto.

**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 que el va impugnar . Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

#### FONAMENTS DE DRET

**PRIMER.**- Per la via de la lletra a) de l'art. 193 LRJS postula la part actora la declaració de nul litat de la sentència, indicant que existeix una disincronia entre la carta d'acomiadament que li fou remés i la presentada per l'empresa, atès que aquella primera era en blanc i negre i aquesta en color, la qual cosa li produeix indefensió, atesa la indeterminació del seu contingut; al que s'afegeix que en la còpia empresarial constava un calendari de l'any 2017 que no constava en el burofax.



Caldrà observar d'entrada que la via processal emprada pel recurs té com finalitat l'anàlisi per la sala de la infracció de normes o garanties processals. Per tant, l'objecte d'aquest motiu no és un altre que la determinació de si al llarg de la tramitació processal s'han infringit preceptes d'aquesta mena. Doncs bé, resta evident que en el present cas allò que es denuncia es situa en el propi acte de comunicació de la carta d'acomiadament, pel que difícilment es pot pretendre una vulneració de garanties o normes processals.

Certament hom podria considerar que era possible una infracció processal si la sentència no contingués cap referència a aquesta qüestió. Però com es deriva de la seva simple lectura és del tot evident que no és així.

Però és més -avançant ja reflexions posteriors- caldrà observar que per bé que és cert que el burofax remés és en blanc i negre (com no podia ser tècnicament d'una altra manera), el fet és que és deriva de la simple visió (foli 40) que no es precis un gran esforç per apreciar, ateses les diferents tonalitats de grisos, per poder esbrinar quins són els dies treballats, assignats i de baixa. Al que caldrà afegir que per bé que el calendari laboral del 2017 consta a la prova documental de la demandada (foli 97), no es deriva en cap moment que el dit document acompanyés a la carta d'acomiadament i no sigui un document més aportat per la dita part, atès que la pròpia missiva extintiva només fa esment a un annex i no a dos.

D'aquí que el motiu hagi de ser desestimat.

**SEGON.**- Per la via de la lletra c) de l'art. 193 LRJS denuncia el recurrent la infracció d'allò previst als articles 14. 15, 24.1 i 25.1 CE, en considerar que l'art. 52 d) és contrari als dits preceptes constitucionals. De fet, el recurs conté tres vies argumentals: a) que l'acte extintiu en els termes legalment previstos comporta una vulneració del principi de discriminació per discapacitat, b) que és contrari al dret fonamental a la integritat física i moral atès que atempta al dret de recuperació de la salut en el cas de malaltia; i c) que és també contrari al dret a no sancionat retroactivament (atès que, se'ns diu, estar malalt no és cap falta ni delictes), i al art. 24.1 CE per aplicació del principi d'indemnitat. Tractarem cadascuna d'aquestes tesi en ordre invers al que se'ns proposa.

Caldrà, a limine, descartar la darrera al legació formulada, atès que l'actual doctrina constitucional -superant criteris inicials- ve mantenint en forma pacífica que l' art. 25 CE no és d'aplicació en el terreny contractual laboral (per totes: STC 53/1995). Al que caldrà afegir que no estem aquí parlant de l'exercici del poder disciplinari empresarial, sinó d'una extinció contractual legalment prevista en funció de les causes establertes a l' art. 52 ET. I, d'altra banda, volem recordar que la garantia d'indemnitat no és una altra cosa que la salvaguarda de les persones que han exercit el dret a la tutela judicial efectiva en relació a reclamacions judicials o actes preparatoris, a no ser discriminades per això; i és obvi que no consta a les presents actuacions cap situació assimilada.

Pel que fa a l'al legació d'infracció d'allò previst a l' art. 15 CE escau indicar que l'extinció contractual per absentisme té una coneguda i notòria finalitat: la lluita contra l'absentisme. Certament aquesta motivació de la norma pot ser criticable des de la perspectiva de la política del dret; no obstant, és del tot evident que les normes han de ser aplicades, més enllà de les opinions de les parts o els jutges. Tanmateix caldrà indicar que això no determina que l' article 52 d) ET es regeixi en la seva aplicació pel principi d'automaticitat. És del tot evident que caldrà valorar en cada cas les circumstàncies concorrents, atès que certament poden existir supòsits en els que per les seves característiques pot existir un motiu de segregació o un efecte estigmatitzant. Ara bé, això no determina que aquests possibles escenaris afectin a la pròpia norma com a tal, sinó a cada situació subjectiva.

Doncs bé, en la present litis no és apreciable del relat fàctic de la sentència del primer grau -ni se n'ha pretès la modificació al respecte- cap voluntat discriminatòria de l'empresa per raó de les motivacions darreres abans descrites. De fet, la lògica del recurs no passa tant per atacar la situació específica de l'acomiadament del senyor Jorge , sinó per imputar la inconstitucionalitat al propi art. 52 d) ET. I caldrà recordar que aquest precepte deriva d'una llei, sense que correspongui a la judicatura la declaració d'inconstitucionalitat dels continguts d'una llei, que és competència exclusiva i excloent del TC. I no és del tot evident que difícilment, atesos els previs arguments, pot la sala elevar una qüestió d'inconstitucionalitat, en relació a una norma que, amb alguns canvis al llarg del temps, porta en vigor des del 1976 i que té una recoguda finalitat de lluita contra l'absentisme (i sense que els canvis experimentats en la reforma laboral del 2012 tinguin cap incidència al respecte, més enllà de la major flexibilitat aplicativa de la que gaudeixen els ocupadors). Una altra cosa molt diferent és que en determinats supòsits ens podem trobar davant un ús fraudulent o un abús de dret en el seu exercici; però, com ja hem indicat, no consten en aquest supòsit elements que ens pugui dur a la dita conclusió.

Abordem tot seguit i per finalitzar, la discriminació per discapacitat. Hem d'indicar així que és molt concurrent des d'antic el debat relatiu a les extincions contractuales per raó de malaltia, una qüestió que té una llarga evolució en la doctrina judicial i, fins i tot comunitària. En efecte el TS ha vingut fent una interpretació restrictiva (en relació a l' art. 6 del Conveni 158 OIT) en entendre que: a) la malaltia no està contemplada expressament con supòsit de discriminació a l' art. 14 CE i a l' art. 17 CE; i b) que (en el cas d'acomiadament



disciplinari i no d'objectiu) la declaració d'improcedència -i no, de nul litat- està fonamentada, a banda del marc legal, en la lluita contra l'absentisme i els cost que per a les empreses tenen les situacions d'incapacitat temporal de les persones assalariades. És aquesta una hermenèutica apreciable en la STS UD 29/01/2001, Rec. 1566/2000, i posteriorment, entre d'altres, en les SSTS UD 23/05/2005, Rec.2639/2004, 12/07/2004, Rec. 4646/2002, 23/09/2003, Rec. 449/2002, etc. De fet, únicament trobarem com pronunciament diferent la STS UD 31/01/2011, Rec. 1532/2010, en la què s'arriba a la conclusió que l'advertència efectuada per un empresari a un treballador en el sentit que si tornava a incórrer en una baixa seria acomiadat era contrària al dret a la integritat física o psíquica de l' art. 15 CE. La dita lògica hermenèutica ha estat validada per la STC 62/2008 .

D'altra banda, és cert que en aquesta matèria pot concórrer una possible incidència de la no discriminació per raó de discapacitat, al menys des de la perspectiva de la doctrina del TJUE. Cal observar que per bé que tampoc la discapacitat estava contemplada com causa de discriminació, després de l'entrada en vigor de la Directiva 2000/78, sí fou integrada en la nostra ordenació a partir de les Lleis 51/2013 i 63/2003. En aquesta tessitura es produí un debat relatiu a si la "malaltia" era comparable amb la "discapacitat", la qual fou negada pel TS ( STS UD 11/12/2007, Rec. 4355/2006) i també, inicialment, pel TJUE (sentència 11.07.2016, assumpte C-13/05, Chacón Navas). Ara bé, amb posterioritat la UE subscriuí la Convenció de l'ONU de protecció de les persones discapacitades, la qual cosa comportà que a partir de la STJUE 11.04.2013 (assumptes acumulats C-335/11 i 337/11, Ring, s'arribés a la conclusió que una malaltia de llarga durada era equiparable a una discapacitat -amb la conseqüent extensió de les tuteles antidiscriminatòries-. Aquest criteri ha estat desenvolupat per la posterior STJUE 01.12.2016, assumpte C-395/15, **Daouidi**, en la què s'arriba a la conclusió que l'acomiadament d'una persona malaltia pot ser discriminatori en dos supòsits: a) si la baixa de la persona afectada s'ha perllongat al llarg d'un temps significatiu que comporti l'equiparació entre malaltia i discapacitat; i b), quan la patologia de base, en relació als coneixements de la ciència mèdica posin ja en evidència des del principi que existirà una malaltia de llarga durada. I tot això prenent com a moment de l'enjudiciament el de l'acte empresarial presumptament discriminatori.

Passat ara a l'anàlisi de la discapacitat en els acomiadaments objectius escau indicar que la STJUE de 18 de gener de 2018 (assumpte Ruiz Conejero) ha afrontat directament la possible discriminació de l' art. 52 c) ET. En el dit pronunciament s'afirma que la dita norma no incorre en discriminació directa, atès que s'aplica tant a les persones amb discapacitat com aquelles plenament capaces; però això no obstant es fa esment a que pot existir una discriminació indirecta, tenint present que aquell primer col lectiu és més propens a no anar a treballar per la seva situació. I entrant en el terreny de la lluita contra l'absentisme s'afirma que combatre' " *constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 , dado que se trata de una medida de política de empleo*". No obstant això el TJUE reclama els jutges espanyols que en l'aplicació del dit article aspectes com la pròpia finalitat de la norma, el manteniment dels llocs de treball i que en el judici de proporcionalitat tinguem present la major dificultat de les persones discapacitades per accedir a una feina. Per tot això es declara que " *el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 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*".

Ara bé, tota aquesta lògica hermenèutica comunitària és aplicable a aquells casos en els que la persona assalariada té la condició de discapacitada, no, de malalta. No obstant, com ja hem indicat, a partir de la STJUE en l'assumpte Ring la malaltia de llarga durada és equiparable a la discapacitat. I de la posterior sentència en l'assumpte **Daouidi** es deriva que la "discapacitat per malaltia de llarga durada" pot situar-se tant per una baixa que tingui una extensió significativa, com d'aquells casos en els que per bé que la situació incapacitant no s'estengui en el temps, la malaltia causant -si és coneguda per l'empresari- tindrà per si mateixa conforme la ciència mèdica una durada apreciable.

Doncs bé, per tal que la sala pugui entrar en la valoració de la discriminació escau determinar si en el present cas podem parlar d'aquesta "discapacitat assimilada per malaltia". I la resposta ha de ser forçosament negativa: del contingut del fet provat cinquè es deriva que el demandant només romangué de baixa al llarg de vint-i-sis dies al llarg nou mesos i en períodes alterns que no superaren la setmana. Al que caldrà afegir que tampoc és apreciable que tampoc és apreciable l'existència d'una malaltia de base que pugui ser equiparable a discapacitat, tenint present els diagnòstics diferenciats que consten en el dit fet provat (lumbàlgia i sinusitis).

Per tant, l'actor no ostentava la condició de discapacitat (que és allò previst com causa de discriminació a l'ordenació vigent), sinó que caigué malalt en períodes alterns. I, com ja hem referit, la condició de malalt no està actualment observada com supòsit de discriminació al nostre marc legal.



En definitiva, l'empresa va fer ús d'una previsió legalment contemplada -que té com finalitat la lluita contra l'absentisme laboral- sense que sigui apreciable cap frau de llei, abús de dret o ànim de segregació. I sense que tampoc, ateses les circumstàncies fàctiques concorrents, es pugui considerar que la situació del recurrent sigui equiparable a una discapacitat per malaltia de llarga durada. D'aquí que aquest motiu hagi de ser desestimat.

**TERCER.**- Finalment, per la mateixa via anterior, denuncia la part actora la infracció d'allò previst als articles 52 d) i 53.1 ET, en relació a l' art. 24.1 CE, en entendre que en tot cas l'acomiadament ha de ser declarat improcedent, pels defectes de la carta d'acomiadament.

Escau compartir amb el recurrent que és criteri cassacional consolidat -com també ho és d'aquesta sala- que en matèria d'extincions objectives les exigències que escau reclamar de la carta d'acomiadament són més rigoroses que en el supòsit d'acomiadaments disciplinari, atès que en aquell cas no concorre una conducta específica de la persona assalariada, sinó necessitats objectives de la pròpia empresa. Com també hem de compartir que en el tipus regulat a l' art. 52 d) ET la missiva que posa fi al contracte de treball ha d'indicar clarament quines són les dates d'inassistència a la feina i els criteris de còmput.

Però ocorre que en el present cas la carta d'acomiadament conté la referència als dies d'absència en relació al calendari laboral. És cert que la còpia lliurada al recurrent consistí en un burofax (en blanc i negre) i no en la versió en color de l'empresa. No obstant, com ja hem indicat, és suficient donar un simple cop d'ull al dit burofax com per comprovar que, sense un esforç objectiu, es poden distingir perfectament les dates en les diferents tonalitats de gris. Consideració a la que hem d'afegir-ne una altra, en part ja establerta a la sentència del primer grau: és del tot evident que el demandant coneixia perfectament quins eren els dies laborals assignats i quins foren els períodes de baixa en el període de referència. No es pot oblidar en aquest sentit que l'exigència de claredat en la missiva extintiva té una única finalitat: evitar la indefensió de les persones afectades. És per això que l'anàlisi del contingut de la carta es situa en el terreny substantiu (atesa aquella finalitat) i no merament formal. En altres paraules: l'actor podia conèixer amb poc esforç (sense que fos necessària una acurada visió i tenint present el coneixement dels fets) a quina tonalitat de gris es corresponia cada un dels dies.

En conseqüència escau també desestimar aquest motiu i, amb ell, el 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 Jorge contra la sentència dictada pel jutjat del social número 22 dels de Barcelona en data 8 de novembre de 2017, recaiguda en les actuacions 356/2017, en virtut de demanda deduïda per la dita part actora contra IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, SA, 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 testimoniatge 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 dígit.

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 dígit 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO