



Roj: **STSJ CAT 8295/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:8295**

Id Cendoj: **08019340012018105343**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2018**

Nº de Recurso: **3474/2018**

Nº de Resolución: **5262/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIPE SOLER FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2017 - 0001819

EMA

Recurso de Suplicación: 3474/2018

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 9 de octubre 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. 5262/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Gregorio frente a la Sentencia del Juzgado Social 29 Barcelona de fecha 26 de febrero de 2018, dictada en el procedimiento nº 35/2017 y siendo recurrido Fondo de Garantía Salarial, Divisa Barcelona, S.A., Construcciones, Instalaciones y Mantenimiento de Edificios, S.L. y Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FELIPE SOLER FERRER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de enero de 2017, 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 26 de febrero de 2018, que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando en parte la demanda presentada por Gregorio contra CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO DE EDIFICIOS, SL, DIVISA BARCELONA, SA, FOGASA, MINISTERIO FISCAL en reclamación de despido y cantidad, debo declarar y declaro improcedente el despido producido, condenando solidariamente a las empresas demandadas a que readmitan a la parte actora en su puesto, en las mismas condiciones que regían, debiendo abonar los salarios de tramitación hasta la notificación de la misma, con excepción de los correspondientes al periodo de incapacidad temporal citado, o bien le indemnicen con 2040,66 euros, pudiendo



las empresas optar el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia. Condeno solidariamente a las demandadas a que abonen a la actora la cantidad de 660,71 euros por diferencias salariales, más el incremento del 10% de mora.

Absuelvo al FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad futura. El Ministerio Fiscal deberá estar y pasar por la presente declaración."

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

"PRIMERO.- El actor suscribió contrato de trabajo el 12.2.2016 con DIVISA BARCELONA, SA. La causalidad contractual alegada era "asumir el excepcional incremento de trabajo que se produce durante la temporada de invierno". Finalizó el 18.2.2016. El 1.3.2016 suscribe contrato con CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO DE EDIFICIOS, SL, contrato eventual por circunstancias de la producción, hasta 29.7.2016. La causalidad contractual alega era "asumir el excepcional incremento de trabajo que se produce durante la temporada de primavera-verano". El contrato se prorrogó hasta 31.12.2016. El salario es 67,46 euros diarios con prorrata de extras. La jornada era a tiempo completo. Su categoría es la de oficial 1ª de la construcción. Se tiene por reproducidas y probadas las nóminas aportadas.

SEGUNDO.- El actor había trabajado en virtud de contratos temporales anteriores, desde 2012 con las demandadas, según el documento 1, 2 y 3 de las demandadas y el informe de vida laboral del actor, que se tienen por reproducidos y probados. Igualmente se tienen por probados los documentos relativos a la vida laboral de las demandadas.

TERCERO.- Se le abonaron 955,84 euros netos el 28.10.2016 en concepto de vacaciones. Se corresponden con 1045 euros brutos.

CUARTO.- El actor ha prestado servicios indistintos para ambas empresas. DIVISA BARCELONA, SA actúa como contratista de CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO DE EDIFICIOS, SL. Coinciden domicilios y objetos sociales.

QUINTO.- El 25.8.2016 el actor causó baja de IT por accidente de trabajo, lesionándose en un ojo. Fue alta el médica 22.9.2017. El 1.2.2018 ha causado nueva baja por contusión de ojo no especificada. La baja es por recaída. Sigue de baja médica a la fecha de la sentencia.

SEXTO.- El 30.12.2016 se le comunicó la extinción del contrato por cumplirse el término previsto.

SÉPTIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado condición representativa ni sindical de los trabajadores.

OCTAVO.- Se celebró conciliación sin efecto."

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 (Divisa Barcelona, S.A. y Construcciones, Instalaciones y Mantenimiento de Edificios, S.L.), elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social declaró la improcedencia del despido objeto de autos. Frente a dicha resolución judicial se alza en suplicación la representación letrada de la parte actora, cuyo recurso, impugnado de contrario, persigue el primer lugar la revisión de los hechos probados al amparo del artículo 193.c) LRJS.

En primer término se pide la revisión del hecho probado primero en cuanto al salario del actor. En dicho ordinal se dice que el salario es de 67,46 euros diarios con prorrata de pagas extras. Considera en cambio la parte recurrente que el salario debe fijarse en 71,36 euros diarios, de acuerdo con la resolución de 2 de junio de 2016 por la que se dispone la inscripción y publicación del Acuerdo de revisión salarial para el año 2016 del Convenio colectivo de trabajo del sector de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona, publicado en el BOP de Barcelona de fecha 9 de junio 2016, que establece una salario mensual, con prorrata de pagas extras de 2.168,81 euros mensuales, equivalentes a 71,30 diarios. La Sala acepta solo en parte la revisión. No se discute la categoría del actor, de oficial 1ª de la construcción. Según el citado Convenio Colectivo y el Acuerdo de revisión salarial para el año 2016 y la Tabla de Retribuciones para dicho año, el sueldo total anual de un oficial de 1ª, con prorrata de pagas extras, es de 25.015,47 euros anuales, por lo que el salario diario, dividiendo tal cantidad por 365, es de **68,53** euros, en vez de los 67,46 euros diarios fijados por la sentencia, y así quedará reflejado en el hecho probado primero



Acto seguido se pide la adición de un hecho probado noveno con la siguiente redacción: "Con fecha 1 de marzo de 2016 se suscribe contrato de trabajo de carácter temporal por circunstancias de la producción con Teodoro efectuándose la conversión en indefinido en fecha 3 de enero de 2017. En fecha 30 de marzo 2016 se suscribe contrato de trabajo duración determinada eventual por circunstancias de la producción con Victorio, efectuándose la conversión en indefinido en fecha 3 de febrero 2017 (documento nº dos del ramo de prueba de las codemandadas a los folios 208 y 222)." La pretensión no puede aceptarse, pues los hechos que pretende incorporar la parte recurrente constituyen una variación sustancial de la demanda, tal y como razona el Juez "a quo" en la resolución discutida, cuando afirma que nada mencionaba el escrito rector del proceso acerca de un supuesto trato discriminatorio del actor en relación con otros trabajadores en situación similar o análoga a la suya. Se rechaza por ello la adición.

Por último, la parte actora recurrente solicitaba la modificación del primer párrafo del fundamento de derecho tercero la sentencia, para el que postula la siguiente redacción: "Debe examinarse si el despido es nulo. La actora sostiene la nulidad del despido por estar motivado el mismo en la situación de baja médica. Ese es el tenor de la demanda, en su hecho quinto. La posterior aclaración de la demanda, de fecha 16 de enero de 2018, ninguna mención contiene referida a la nulidad del despido. En el acto de la vista la actora ha mantenido que la empresa debió proceder con el actor como con otros trabajadores a los que se les ha transformado el contrato temporal por circunstancias de la producción en indefinido, una vez finalizado su contrato temporal, o contratarlo de modo indefinido como a algún hermano (...)" La pretensión debe rechazarse. Nos remitimos a lo que se acaba de decir, esto es, que la parte actora introdujo en el acto del juicio una cuestión ajena a la demanda -discriminación- variándola sustancialmente, lo que prohíbe el art. 85.1 LRJS. Además, el fundamento de derecho tercero no contiene hechos o declaraciones fácticas, sino antecedentes procesales en relación con las pretensiones articuladas por las partes en el acto de juicio, por lo que no puede ser objeto de revisión, debiendo recordarse en todo caso que el recurso no se da contra las argumentaciones, sino contra el fallo o parte dispositiva de la resolución recurrida, ni el artículo 193.b) LRJS alude a la revisión de los razonamientos o fundamentos de la sentencia como objeto de la suplicación.

SEGUNDO.- En su siguiente motivo de recurso, de censura jurídica, al correcto amparo del apdo. c) del art. 193 LRJS, se acusa infracción, por no aplicación, del art. 55.1 ET sobre la nulidad del despido, así como del art. 1214 CC, en relación con el art. 217 LEC referido a la carga de la prueba, así como de la jurisprudencia que se cita en el motivo.

En primer lugar debe la Sala señalar que no puede amparar el motivo de censura jurídica la invocación de normas procesales, pues el motivo se dirige al examen de normas "sustantivas" o de la jurisprudencia. Y no tienen carácter sustantivo ni el artículo 1214 del CC, por cierto derogado, ni el artículo 217 LEC a la carga de la prueba.

La parte actora sostiene que el despido del trabajador accionante debe ser declarado nulo porque responde a su situación de discapacidad. El trabajador causó baja el 25 de agosto de 2016 por accidente de trabajo en el que se lesionó un ojo. Fue dado de alta médica el día 22 de setiembre de 2017 y el 1 de febrero de 2018 causó nueva baja por contusión de ojos no especificada, siendo esta baja recaída de la anterior, siguiendo de baja médica en la fecha de la sentencia. El día 30 de diciembre 2016 se le comunicó por la empresa la extinción de su contrato temporal por cumplirse el término previsto, por tanto, cuando se produce el despido el actor se encontraba en situación de IT, iniciada 4 meses y 7 días antes.

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, Sala Primera, 03-10-1994 (STC 269/1994), sobre reserva porcentual de plazas para personas con discapacidad, o la más reciente STC 10/2014 de 27 enero, Sala Primera, 27-01-2014 (STC 10/2014), en la que tacha de discriminatoria por discapacidad 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 Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. 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 de lo Social 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 causa 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:

a) 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.

TERCERO.- 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, Sala de lo Social, Sección 1ª, 03-05-2016 (rec. 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 durando 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, 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 ciñe 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.

CUARTO.- En cuanto a la solución del caso enjuiciado, hemos de decir que nada en los hechos probados de la resolución recurrida apunta indicio alguno de discriminación, sea directa o indirecta, por discapacidad; ni tampoco de vulneración de la integridad física.

Lo único que consta es que el 25/8/2016 el demandante inició situación de IT derivada de AT por contusión en ojo y que al tiempo del despido (30/12/16), aún estaba de baja por la citada contingencia. Ciertamente que es que pasan más de 4 meses desde el inicio de la baja hasta el despido y que tras el cese el actor continúa de baja médica más de 9 meses, pues es dado de alta el 22/9/2017, causando nueva baja médica del 1-2-2018 en adelante. Pero solo de ello no se extrae el carácter "duradero" de la IT a la fecha en la que se adopta contra el trabajador el acto -despido- presuntamente discriminatorio. Pues según el TJUE "el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa 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 [2000/78/CE]". En el caso que nos ocupa nada dice el "factum", ni se desprende del mismo, que a fecha del despido la incapacidad del trabajador no presentara una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo. La parte hoy recurrente pudo haber practicado prueba en la instancia para nutrir el relato fáctico con dicha circunstancia, y en sede de recurso ha tenido ocasión de pedir la revisión de hechos con idéntico propósito. Nada de ello se ha llevado a cabo, por lo que partiendo de los hechos probados de la resolución recurrida, el motivo ha de ser desestimado, máxime porque la alegación de discriminación por discapacidad también se desdibuja por el hecho de que la fecha de extinción del contrato de trabajo del actor, al margen la improcedencia del cese, se corresponde con el cumplimiento del término del contrato, a lo que se añade que no consta que la empresa conociera el diagnóstico de la baja del trabajador, del que pudiera inferir su duración y que las dolencias impedirían su reincorporación al trabajo a corto, medio o largo plazo.



Por lo expuesto procede exclusivamente la estimación parcial del recurso, para fijar en la parte dispositiva de esta sentencia el nuevo salario regulador diario y la nueva indemnización por despido improcedente resultante del mismo.

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. Gregorio contra la sentencia de 26 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona, en sus autos de despido y cantidad nº 35/2017, promovidos por el trabajador recurrente contra Construcciones, Instalaciones y Mantenimiento de Edificios SL, Divisa Barcelona SA, el Fondo de Garantía Salarial y el Ministerio Fiscal, y en su virtud revocamos parcialmente dicha resolución, a fin y efecto de fijar en 68,53 euros, con prorrata de pagas extras, el salario regulador del despido y en 2073,03 euros la indemnización por despido improcedente, confirmando los restantes pronunciamientos del fallo recurrido.

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.