

Roj: **SJSO 45/2013 - ECLI:ES:JSO:2013:45**Id Cendoj: **08019440332013100001**Órgano: **Juzgado de lo Social**Sede: **Barcelona**Sección: **33**Fecha: **17/09/2013**Nº de Recurso: **679/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOAN AGUSTI MARAGALL**Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUTJAT SOCIAL Núm.33

BARCELONA

Actuacions Núm. 679/13

SENTÈNCIA Núm.

Barcelona, a 17 de setembre de 2013.

JOAN AGUSTI MARAGALL, magistrat-jutge del Jutjat Social número 33 de Barcelona, he vist les actuacions promogudes per GLÒRIA x contra (EMPRESA x) i FONS DE GARANTIA SALARIAL en demanda en impugnació d'EXTINCIÓ PER CIRCUMSTÀNCIES OBJECTIVES, amb invocació de VULNERACIÓ DE DRETS FONAMENTALS.

ANTECEDENTS DE FET

Primer .- El dia 20.6.13 va ser repartida a aquest jutjat la demanda que origina aquestes actuacions. En la demanda, havent al·legat els fets i raonaments jurídics oportuns, es demanava sentència per la que es declarés la nul·litat, per vulneració de drets fonamentals, o, subsidiàriament, la improcedència de l'extinció impugnada..

Segon .- Admesa a tramitació la demanda, es va assenyalar per a la celebració de l'acte del judici el 3.9.13, en què va tenir lloc a presència judicial, sense la compareixença del FGS ni del Ministeri Fiscal. Els lletrats Sra. Elena Romaniega i Sr. Vidal Masramón assistiren, respectivament, a la demandant i a la demandada.

Tercer .- En l'acte del judici, la part demandant va ratificar la demanda, i la demandada shi va oposar. Es van practicar les proves d'interrogatori, documentals i testimonials proposades i admeses i finalment les parts van insistir en les seves peticions, i el judici va quedar llest per a sentència.

Quart .- En la tramitació d'aquest procediment s'han observat les normes processals de caràcter essencial aplicables al cas.

FETS PROVATS

1. - La demandant fou contractada per l'empresa TILIS GRUP,SL en data 20.9.07, en la categoria professional de "treballadora familiar", per prestar serveis al SAD Sant Vicenç dels Horts, a jornada completa, de 37 hores setmanals (foli 131).

2.- En data 1.1.12, com la resta de treballadors adscrits a l'esmentat centre de treball, rebé comunicació de la demandada que, com a nova adjudicatària del SAD Sant Vicenç dels Horts, l'informava de la subrogació en la seva relació laboral, amb respecte de totes les seves condicions laborals (foli 132). La retribució mensual actual és de 1.237,66 euros al mes.

3.- En el moment d'aquesta subrogació la demandant informà a la demandada que patia migranya crònica. Aquesta malaltia, sota el diagnòstic de " *migraña con aura episódica pero incapacitante* ", diagnosticada l'any 2003, li és tractada al servei de neurologia de l'Hospital de Sant Joan de Deu, que en data 24.8.12 informava



que en aquell moment "presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante" , amb la següent descripció(folis 133-135):

" *Malaltia actual: Seguida en NRL desde abr/2009 a abr/10 en ccee de NRL por migrañas desde aprox 2003. Duraban 2-3 días y presentaba 2-3 epis/mes. Buena respuesta a Triptanes (Almignur, almotriptan). TAC normal. Se inició solgol en sept/09 con buena respuesta pero reaparición del dolor al iniciar el descenso tras 4 meses de tto a dosis plenas. Se volvió a subir la dosis pero se perdieron las visitas de control. Durante este tiempo ha estado tomando solglo a temporadas, con buena respuesta pero explica hipotensión como efecto secundario. Ahora presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante. Refiere parestesias en ESD antes de la migraña pero también sin ella (patología cervical).*"

4.- En data 28.5.13, i amb efectes de 12.6.13, li fou notificat l'acomiadament per causes objectives, amb invocació de l' art. 52.d) ET , en base als següents fets:

"Desde el 29 de marzo de 2013 hasta el día 27 de Mayo de 2013 acumula usted un total de 15 días de ausencia, correspondientes a las siguientes faltas de asistencia al trabajo, tanto justificas como sin justificar:

Día Tiempo de ausencia Motivo ausencia

08/04/2013 1 días Baja enfermedad común

18/04/2013 a 26/04/2013 7 días Baja enfermedad común

29/04/2013 1 día Indisposición

03/005/2013 1 día Baja enfermedad común

07/05/2013 a 10/05/2013 4 días Baja enfermedad común

21/05/2013 1 día Baja enfermedad común

Dichas ausencias suponen un 38,46% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos , ya que desde el 29 de Marzo de 2013 hasta el 27 de mayo de 2013 usted tenía planificadas un total de 288,6 horas de trabajo, correspondientes a 39 días de trabajo. Así mismo, las ausencias de los últimos doce meses, a computar desde el 28 de Mayo de 2012 hasta el 27 de Mayo de 2013, corresponden a un 14,67% de las jornadas hábiles, ya que usted tenía plnificadas 1665 horas de trabajo, correspondientes a 225 días de trabajo.

Tal y como usted conoce perfectamente, el sistema de trabajo establecido en el servicio se basa en una planificación de los servicios en la que se estipulan previamente los horarios en que los usuarios serán atendidos según sus necesidades. Cualquier ausencia en la prestación del servicio puede causar un cambio en el nivel de atención recibido por parte del usuario e incluso significar una alteración o perturbación en sus rutinas."

5.- En el moment d'intentar notificar-li la comunicació escrita a la demandant, en data 28.5.13, la demandada posà a la seva disposició el xec amb l'import de la indemnització referida a la mateixa, per import de 4.729,10 euros, que finalment no li fou lliurat atès que la demandant no volgué signar l'acusament de rebut de la mateixa. Notificada la comunicació per burofax en data 3.6.13, la demandant cobrà posteriorment la indemnització, ingressada en el seu compte corrent en data 13.6.13 (folis 38-45).

6.- Totes les baixes mèdiques especificades a la comunicació extintiva responen al diagnòstic de "migranya", tret la del 7 al 10.5.13, que fou per "faringitis aguda" (folis 165-167).

7.- El dilluns dia 29.4.13, computat a la comunicació extintiva com de manca d'assistència, la demandant sí acudí al seu lloc de treball després de ser-li lliurada l'alta mèdica el divendres 26.4.13, però se li indicà per part del seu superior que no s'incorporés atès que el seu servei ja havia estat cobert.

8.- En data 17.6.13 la demandant formulà papereta de conciliació, havent estat convocada l'intent de conciliació pel dia 9.10.13.

RAONAMENTS JURÍDICS

1.- Raonaments de convicció per la declaració dels fets provats.

La relació de fets que es declaren provats s'ha deduït de la valoració conjunta de la prova aportada, d'acord amb els principis de la sana i imparcial crítica i valorant en especial els documents aportats, i la substancial conformitat de les parts respecte als fets que han quedat recollits. S'ha especificat a cada fet provat l'element de convicció que li dona suport probatori. La resta de fets han resultat conformes o han estat explícitament acceptats per les parts.



Més concretament, i per la seva rellevància en ordre a la resolució del plet, es deixa constància que el fet tercer -referit al coneixement de la demandada de la malaltia crònica de la demandant- s'invocà a la demanda (fet 8é, 3er paràgraf), i no fou qüestionat a la corresponent contesta a la mateixa. En tot cas, afirmat novament per la demandant a l'acte del judici -a preguntes d'aquest magistrat- no ha estat negat tampoc pel representant de la demandada que, per delegació ex art. 91 LRJS, ha declarat en la prova d'interrogatori.

L'únic fet controvertit ha estat el referit a la efectiva posada a disposició de la demandant del xec amb la indemnització, en el moment d'intentar notificar la comunicació extintiva en data 28.5.13. De la valoració conjunta de la declaració de la demandant i de Casimiro, així com de la documentació aportada, s'ha arribat a la conclusió -com única explicació versemblant- que el representant de la demandada es negà a lliurar-li el xec indemnitzatori degut a que la demandant es negà, en aquell moment inicial, a signar l'acusament de rebut de la comunicació i del xec. En tot cas, ambdues parts han convingut en el fet que un cop notificada la comunicació per burofax, la demandant sí cobrà immediatament la indemnització.

II.- Pretensions i fonaments de la demanda.

La demanda en impugnació de l'extinció contractual postula la declaració de nul.litat, per inconstitucionalitat de l'extinció, o subsidiàriament, la seva improcedència. Fonamenta la seva pretensió en els següents motius:

La inconstitucionalitat de la norma aplicada, l' art. 52.d) ET que empara l'extinció (per ser contrari al Conveni 158 OIT i als arts. 15, 40 i 43 CE), per la qual cosa interessa del jutjat que elevi la corresponent qüestió d'inconstitucionalitat.

L'incompliment de requisits formals en la comunicació extintiva, tant per la insuficiència o inconcreció de la comunicació, com per l'incompliment de la obligació d'efectiva posada a disposició de la indemnització.

Amb caràcter subsidiari, inaplicabilitat de l' art. 52.d) ET en el present cas, atès que la malaltia que ha originat les baixes mèdiques computades -la migranya hemicraneal- ha de ser considerada una malaltia "greu" i -per tant- no computable als efectes d'aquell precepte.

La demandada s'ha oposat a tots i cada un d'aquests motius per les raons que també s'abordaran a continuació.

Congruentment amb les pretensions de la demanda, s'abordarà en primer lloc si escau o no plantejar la qüestió de constitucionalitat interessada; només en cas de no accedir a la mateixa, i en congruència amb la pretensió principal -la declaració de nul.litat de l'extinció impugnada- s'abordarà a continuació el motiu d'impugnació que -en cas d'estimació- justificaria aquella qualificació judicial, per acabar amb els motius que, fonamentats en incompliments formals, determinarien -en el seu cas- la declaració d'improcedència.

III.- Qüestió d'inconstitucionalitat interessada per la demandant.

1.- Plantejament de les parts.

En el fet cinquè de la demanda, darrer paràgraf, la demandant postula el plantejament de qüestió d'inconstitucionalitat respecte a l'actual redactat de l' art. 52, d) ET, petició que s'ha reiterat en l'acte del judici, al ratificar la demanda.

L'actual redactat de l' art. 52 ET, que regula l'extinció del contracte per "causes objectives", contempla entre les mateixes:

"d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad".

Sosté la demandant que aquest redactat de l' art. 52 d) ET és contrari al Conveni núm. 158 OIT, que en el seu art. 6 disposa que l'absència per malaltia no pot constituir una causa justificada d'extinció de la relació laboral, cosa que determinaria la vulneració dels arts. 15, 40 i 43 CE i -per tant- la seva inconstitucionalitat.



Considera la demandant que la situació d'incapacitat temporal ve emparada pel dret fonamental a la integritat física i psíquica del treballador (art. 15 CE), mentre que la possibilitat d'acomiadament objectiu per -entre altres absències- situacions d'incapacitat temporal respondria a la defensa de la productivitat de l'empresa (art. 38 CE). A criteri de la demandant, l'equilibri ponderat entre ambdós drets constitucionals s'ha trencat amb l'actual redactat del precepte, resultant de la Reforma Laboral (Llei 3/12), en desvincular o alliberar la facultat extintiva empresarial de la necessària concurrència de determinat percentatge d'absentisme col.lectiu (un 5% inicialment, un 2,5% des de la Llei 35/10).

I conclou: " Esto supone que la actual reforma y previsión del art. 52.d) ET entra en colisión con el art. 15 CE, en su vertiente de integridad física y moral, en cuanto que del ejercicio de un mecanismo que tiende al restablecimiento de la salud de la persona- trabajador se aparece un perjuicio grave y no imputable al trabajador, sin que en contrapartida se exija al empresario la acreditación u objetivación de un grave perjuicio en su ámbito empresarial. Esta previsión legal no tiene en cuenta las exigencias de armonización de su contenido con el artículo 15 CE y solo pretende una aplicación omnicomprendensiva y absoluta del art. 38 CE, suprimiendo toda exigencia o efectos que puedan derivar del citado art. 15 CE ".

La demandada s'ha oposat al plantejament de la qüestió en considerar que la jurisprudència dels Tribunals Superiors de Justícia (sentència del TSJ de Catalunya de 9.4.13 , més concretament) ha validat la plena constitucionalitat del precepte.

No li consta a aquest magistrat que el Tribunal Constitucional hagi abordat en cap resolució, específicament, el dubte de constitucionalitat que planteja la demandant. I segons consulta feta per aquest magistrat davant del mateix tribunal, no resta pendent de resolució cap qüestió prejudicial ni recurs d'inconstitucional que l'abordi.

En ordre a resoldre aquesta específica petició de plantejament de qüestió de constitucionalitat, s'exposen a continuació -per aquest ordre- el criteri de la jurisprudència ordinària al respecte, les raons que -a criteri d'aquest magistrat- sí abonarien el plantejament de la qüestió i les raons que, finalment, el porten a la decisió de no fer-ho.

2.- *Doctrina jurisprudencial que valida la constitucionalitat de l' art. 52 d) ET : la sentència del TSJ de Catalunya de 9.4.13 .*

Com ja s'ha dit, ni s'ha invocat ni li consta a aquest magistrat cap pronunciament del Tribunal Constitucional que hagi validat explícitament la constitucionalitat de la causa objectiva d'extinció que contempla l' art. 52.d) ET , ni en el seu redactat actual ni en els anteriors. Tampoc li consta a aquest magistrat que ho hagi fet explícitament el Tribunal Suprem, tot i que -certament- no ha qüestionat (ni li ha estat qüestionada) la constitucionalitat del precepte en els pocs pronunciaments en els que l'ha hagut d'interpretar (SSTS de 21.7.05 , 26.7.05 , 23.1.07 , 18.9.07 i 9.12.10).

Sí que ho ha fet la recent sentència del TSJ de Catalunya de 9.4.13, núm. 2529/13 , invocada per la demandada, en denegar el plantejament de qüestió de constitucionalitat que havia interessat la part recurrent en termes substancialment coincidents amb els invocats per la demandant en les presents actuacions.

Es fa obligat, per tant, reproduir a continuació els raonaments fonamentals de l'esmentada sentència, a la que s'ha remés la demandada per oposar-se al plantejament de la qüestió són els següents:

"Frente a la sentencia de instancia que desestima las pretensiones de la parte actora, declarando que la decisión extintiva de la empresa es ajustada a derecho, ahora, se interpone el presente recurso de suplicación, por el que en primer lugar solicita de la Sala, como al parecer solicitó del Juzgado, que plantee una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 18 del RD Ley 3/2012 (RCL 2012, 147, 181) , por el que se le da una nueva redacción al artículo 52.d) TRET (RCL 1995, 997) , y en consecuencia, en relación a la anterior redacción, se suprimía la exigencia de que el porcentaje de absentismo atribuido al trabajador despedido debe ser correlativo al absentismo colectivo, en concreto del 5%, medido durante los mismos periodos de tiempo a los que se refiere el primero. A su juicio, la nueva redacción vulnera el artículo 15 CE (RCL 1978, 2836) (derecho a la integridad física y salud), es discriminatorio y arbitrario en cuanto se computan las ausencias por enfermedad, aún justificadas y certificadas por los servicios de salud, y además, no respeta lo dispuesto en los artículos 4 y 6 del Convenio OIT 158 (RCL 1985, 1548) , que dice, prohíben de modo taxativo poner fin a una relación de trabajo si la causa que la sustenta es la "ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión".

El Tribunal Constitucional, viene establecido, en una consolidada doctrina, una cierta conexión entre el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, como el recurrente bien conoce, pero que exista dicho lazo no puede llevarnos al absurdo de llegar a identificar o confundir ambos derechos, y mucho menos a extenderla a un supuesto como el aquí debatido, en el que no existe relación entre esos derechos y los que sustentan el despido. El trabajador/a que se halla de baja por incapacidad temporal, le asiste el derecho a no asistir de forma justificada a su puesto de trabajo, como también a recibir la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social que se



les prescriba para su pronta recuperación, pero este derecho poco o nada tiene que ver con que este ejercitando el derecho fundamental a la integridad física del art. 15 de la Constitución, ni por lo tanto, cabe sostener que tal situación esté amparada por ese precepto, aunque lo sea para luchar contra la decisión de la empresa de despedirlo. El derecho a la integridad física, en su concepción inicial y más obvia, protege o pretende proteger a las personas frente a actuaciones materiales: agresiones, intervenciones, actuaciones, etc., realizadas en o contra su cuerpo, que pongan en peligro o mermen su integridad corporal e incluye además la protección frente a toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular aunque no haya malestar, riesgo o daño para la salud (STC 207/96 de 16 de diciembre (RTC 1996, 207)), y por ello, distingue entre inspecciones y registros corporales, que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, e intervenciones corporales, consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial. La conexión de este derecho con el de la salud que establece el Tribunal Constitucional se hace en el sentido de que también se consideran comprendidas en el derecho a la integridad física las mismas actuaciones materiales cuando pongan en peligro la salud, de tal forma, que el derecho a la integridad física queda comprendido en el derecho a la salud, tal como reconoce en la STC 35/96 de 11 de marzo (RTC 1996, 35) , cuando lo que se persiga es garantizar la salud. En definitiva no todo el derecho a la salud queda comprendido en el derecho a la integridad, sino únicamente ese aspecto en concreto.

Es cierto que la relación entre el derecho a la salud y la integridad física fue ampliada a partir de la STC 220/05 de 12 septiembre (RTC 2005, 220) , al reconocer que la conducta lesiva no solamente puede consistir en actuaciones materiales. En este sentido se declara que "el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones, sino también por omisiones de los poderes públicos -como podría ser el caso de una negativa injustificada a conceder una prórroga de baja por incapacidad laboral- que deberían ser amparadas por los Tribunales si como consecuencia de aquéllas se produjera una lesión del derecho de modo real y efectivo". Pero aun así, "tal actuación sólo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado". Circunstancia que no concurre en el supuesto enjuiciado. Ahora bien, aun en esta tendencia expansiva que experimenta la doctrina constitucional en la protección del derecho a la integridad física, lo que sin duda resulta exigible, para que esto se produzca es una actuación empresarial de la que se derive un riesgo o produzca un daño a la salud del trabajador, y en el caso que nos ocupa, donde se pretende por inconstitucional que se deje sin efecto la reforma de dicho precepto, esto nunca se podrá dar, ya que es el legislador dentro de sus facultades las que ha decidido modificar dicho precepto para permitir a las empresas que puedan deshacerse de sus trabajadores que por las razones que fueren sin tener en cuenta la causa ha estado en aquellas situaciones que no exceptiona el párrafo segundo del artículo 52.d) TRET.

El derecho a la integridad física tal y como esta configurado constitucionalmente, protege inicialmente a todas las personas, incluidos los trabajadores, frente a actuaciones materiales sobre el cuerpo humano, que dañen la integridad corporal, que supongan un peligro grave y cierto para la salud, o que se produzcan sin consentimiento del afectado y sin deber jurídico de soportarlas o a las no materiales (órdenes empresariales) que incumplan las obligaciones legalmente impuestas al empleador en materia de prevención de riesgos laborales poniendo en peligro la salud de la trabajadora al destinarla a determinados puestos. Pero de ahí a considerar que un precepto del TRET es inconstitucional hay un enorme trecho, dado que no es imposible encontrar una conexión entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que despide a un trabajador con motivo del número de veces que en un periodo de tiempo ha estado en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, pues, por un lado el despido es una conducta que no tiene repercusión física o material alguna sobre el trabajador, aunque sí pueda tenerla de orden moral, por otra, desde el punto de vista de las STC 220/05, 62/07 (RTC 2007, 62) y 160/07 (RTC 2007, 160) , porque no es posible establecer una entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad física, y por último, porque lo que hace el empresario es aprovechar una regulación que pretende sin más penalizar a los trabajadores que no sean suficiente productivos para sus empresarios.

En conclusión, ni la integridad y la salud son la misma cosa, ni por ende sobre la base de ello, se puede fusionar el art. 15 con el artículo 14 CE alegando discriminación. Cuando un trabajador recibe asistencia sanitaria su derecho no está amparado por el art. 15 sino que está ejerciendo los derechos que derivan de los arts. 41 y 43 de la CE, y por lo tanto, es muy difícil entender que la actuación empresarial despidiendo al trabajador en aplicación de una norma que así lo permite tiene relación con algún derecho constitucional, y de tenerla no sería con respecto al derecho a la integridad física, sino a otros que no tienen el rango de derechos fundamentales, ya que se trata de principios rectores de la política social y económica, que solamente pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan (art. 53.3 Const.), en nuestro supuesto, por el RD Ley 3/2012.

Por todo ello, en el caso examinado no cabe apreciar la lesión del derecho a la integridad física de la trabajadora, ni a la salud, y menos aún cuando la causa del despido, no es el mero hecho de estar enferma, sino la reiteración del número de bajas justificadas o no que ha tenido en un determinado periodo de tiempo, supuesto frente a



los cuál el legislador conjugando el derecho a la salud, y el derecho de la empresa, ha previsto mecanismos atemperadores, los recogidos en el párrafo segundo del artículo 52 d) TRET, y resarcitorios o indemnizatorios, (artículo 53 TRET), estos a cargo de la empresa, con tal de conjugar los dos derechos y en la medida de lo posible evitar cualquier supuesto de arbitrariedad y abuso de uno u otro derecho.

Por otra parte, este precepto, no en su redacción actual, durante el tiempo que estuvo vigente, no nos consta que sea contrario a ninguna norma internacional, ni mucho menos al Convenio OIT 158, pues no se castiga la ausencia temporal, sino la reiteración de ausencias cortas, la de más de veinte días no computan para el cálculo del absentismo, ni comunitaria que sirva para tachar de contraria a salud o simplemente calificarla de discriminatoria. Es más, existe doctrina jurisprudencial (SSTS de 23-9-02 (RJ 2003 , 1923) , 12-7-04 (RJ 2004, 7075) y 23-5-05 (RJ 2005, 9656)) que establece que el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , permite con determinados límites y condicionamientos que el absentismo laboral, aun tratándose de bajas justificadas, tenga un reflejo en la extinción del contrato de trabajo. Por consiguiente, si sobre la antigua redacción del artículo 52.d) TRET el Tribunal Supremo nunca ha planteado cuestión de inconstitucionalidad de este precepto, ahora, que se ha suprimido la referencia al porcentaje de absentismo colectivo necesario para justificar el individual, ello no puede ser causa suficiente que justifique el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad como la que se invoca, y menos aún, cuando la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945) , lo ha mantenido, eso si, referenciándolo a los doce meses anteriores, y exigiendo que el número de bajas injustificadas no supere en ningún caso el 5%."

IV .- Motius d'inconstitucionalitat de l' art. 52 d) ET .

Aquest magistrat, tot i el respecte i consideració que li mereix el criteri recollit a la sentència parcialment reproduïda, discrepa obertament del mateix i -ja s'avança- comparteix plenament el dubte de constitucionalitat que planteja la demandant, per les raons invocades a la demanda i per les que s'exposaran a continuació:

1.- Contravenció de l'art. 6 del Conveni 158 OIT .

Resulta rellevant començar recordant que la causa extintiva que avui contempla l' art. 52 d) ET fou introduïda per una norma pre- constitucional com és el RDL 17/77, anterior no només a la Constitució sinó també a la ratificació -incondicional- per part de de l'Estat Espanyol del Conveni 158 de la OIT, que disposa explícitament en el seu art. 6 -com fa a l'art. 5é respecte a altres factors de discriminació- que " *la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de trabajo*".

En l'instrument de ratificació d'aquest conveni -de data 18.2.85 (BOE 29.6.85)- no consta cap excepció que coordini aquesta clara i expressa prohibició amb l' art. 52 d) ET ja vigent llavors que, precisament, facultava a acomiadar per les situacions d'incapacitat temporal por motiu de malaltia. I aquest magistrat no ha sabut trobar un sol pronunciament judicial que, de manera convincent, raoni la compatibilitat d'ambdós preceptes.

Tot i que la sentència del TSJ de Catalunya de 9.4.13 , parcialment reproduïda, afirma que " *no nos consta que sea contrario a ninguna norma internacional, ni mucho menos al Convenio OIT 158, pues no se castiga la ausencia temporal, sino la reiteración de ausencias cortas..*", el cert és que el tenor literal de l'art. 6.1 de la norma internacional no excepciona les absències de curta durada de la prohibició.

La remissió que es fa en l'art. 6.2 a la legislació nacional és, exclusivament, en quan a " *la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la prohibición...*", però no habilita -a criteri d'aquest magistrat- a excloure de la prohibició d'acomiadament a absències temporals per causa de malaltia de curta durada, un cop definides com a tal. Així s'aclareix en l'informe de la Comissió d'experts de la OIT en l'aplicació de Convenis i Recomanacions, titolat "Estudio General de 1995", quan, en el paràgraf 137, i en relació a aquesta possibilitat dels estats membres d'incidir en la definició de l'absència temporal del treball, es raona " *que si bien el Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales, a su juicio, si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentra en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor*".

Com ja s'ha dit, no consta que l'Estat espanyol, en el moment de la ratificació efectués cap reserva o exclusió -específica, explícita i degudament motivada- respecte a aquesta prohibició, clarament incompatible amb la causa d'extinció contractual establerta a l' art. 52 d) ET , facultat extintiva ja existent en el moment de la ratificació. Ni tampoc que, cop ratificat, intentés excloure de l'àmbit d'aplicació del Conveni als treballadors en situació d'incapacitat temporal de curta durada, per mitjà del procediment establert als apartats 4rt i 5é de l'art. 2 del Conveni 158, cosa que hagués requerit la previa consulta del legislador amb els les organitzacions sindicals i empresarials, i explicitar i justificar l'exclusió davant l'OIT.



Escau recordar que, segons disposa l' art. 96.1 CE , " *los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico*", afegint, tot seguit, que " *sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*".

Això aboca a la conclusió que -ja des d'aquell moment inicial de la ratificació- es va produir una situació d'incompliment frontal de l' art. 6 del mateix, al no eliminar, ni corregir, ni excepcionar la facultat extintiva contemplada a l' art. 52 d) ET , fonamentada en " *la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión*", que, segons aquell precepte, " *no deberá constituir una causa justificada de la terminación de la relación laboral*".

I aquest incompliment s'ha accentuat manifestament amb la flexibilització de la mateixa que resulta de la Llei 3/12, en la mesura que desvincula la facultat extintiva de l'absentisme col.lectiu (com a "dificultat objectiva" a superar, per la onerositat i disfunció organitzativa i productiva que genera) i la centra en el treballador malalt, individualment considerat.

2.- Afectació del dret a la salut (arts. 15 , 40 i 43 CE).

Aquest incompliment d'una norma internacional jeràrquicament prevalent, a més, te un evident rellevància constitucional ja que, segons disposa l' art. 10 CE , las normes relatives als drets fonamentals reconegudes a la Constitució s'han d'interpretar de conformitat als tractats internacionals ratificats. I en ordre al judici de constitucionalitat que es demana de l' art. 52 d) ET escau -abans que res- plantejar-se si la finalitat d'aquest precepte i els mitjà per assolir-la són plenament compatibles amb el nostre marc constitucional.

Tot i que ni el RDL 17/77 -que introduí aquesta facultat extintiva- ni les successives versions de l'Estatut dels Treballadors han explicat la finalitat de l' art. 52 d) ET , sí que ho ha fet la jurisprudència en termes prou clars, tot i els matisos: així, mentre la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12.2.2002 (AS 2002, 1073) la identificava com " *permitir a la empresa librarse de los absentistas profesionales cuyo fraude es de prueba prácticamente imposible* ", de forma més matisada la STS de 23.1.07 raona que " *La finalidad esencial de esta norma es la lucha contra el absentismo laboral, pues esta particular figura de despido objetivo que prevé el art. 52-d) del ET no es otra cosa que un arma o instrumento establecido por el legislador en contra del mismo, para lograr su reducción*", afegint un matís prou interessant: " *Pero esta finalidad está pensada sobre todo en relación con aquella clase de absentismo que de algún modo es imputable a la voluntad del trabajador o trabajadoras, normalmente formado por ausencias al trabajo de escasa duración e intermitentes*".

Però la recent STSJ de Catalunya de 9.4.13 , invocada per la demandada i que analitza ja l'actual redactat, sembla identificar una finalitat diferent, a rel de la Reforma Laboral de 2012, quan raona que " *el legislador dentro de sus facultades ha decidido modificar dicho precepto para permitir a las empresas que puedan deshacerse de sus trabajadores que, por las razones que fueren, sin tener en cuenta la causa, ha estado en aquellas situaciones que no excepciona el párrafo segundo del art. 52.d) ET* ", i, ja més endavant, quan s'hi refereix com " *una regulación que pretende, sin más, penalizar a los trabajadores que no sean suficiente productivos*".

Efectivament, la novetat principal del nou precepte, és la "individualització" de la causa extintiva, que es desvincula de l'exigència un determinat índex d'absentisme col.lectiu. I la segona, Aquesta supressió del còmput de l'absentisme del conjunt de la plantilla posa de manifest que l'objecte -i/o l'efecte- de la norma ja no és només " *librarse de los absentistas profesionales*" (STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12.2.2002), ni evitar la onerositat derivada de la superació d'aquell índex col.lectiu, sinó " *penalizar a los trabajadores que no sean suficiente productivos*" (STSJ de Catalunya de 9.4.13). La "causa objectiva" que habilita l'extinció ja no és el perjudici econòmic i productiu que un absentisme col.lectiu disparat podia generar en una empresa, sinó la possibilitat d'acomiadar a aquell treballador que, per causa -entre d'altres- de malaltia, no és "suficientment productiu".

I el dubte que aquest magistrat comparteix amb la demandant és si aquest nou redactat de l' art. 52 d) ET , en flexibilitzar al màxim els requisits per la facultat extintiva en ordre a " *permitir a la empresa librarse de los absentistas profesionales cuyo fraude es de prueba prácticamente imposible* » o " *penalizar a los trabajadores que no sean suficiente productivos*" (segons les sentències ja esmentades) no provoca una situació d'amenaça o coacció en general envers a tots els treballadors en general, i als malalts en particular, que els dissuadeixi de l'exercici d'un dret tan elemental (es consideri a l' art. 15 CE i/o en l' art. 43 CE) com és el de ser reconegut en situació d'incapacitat temporal en cas de malaltia. De fet, ha estat notícia repetidament difosa en els mitjans de comunicació que, d'ençà la Reforma Laboral de l'any 2012, molts pacients han demanat dels seus metges de família que els hi fos lliurada l'alta mèdica abans del termini de curació previst a efectes d'evitar la situació de risc que, objectivament, els hi genera l' art. 52 d) ET (Telenotícies migdia, TV3, de data 21.2.13).



Cal recordar que, en relació a l' art. 15 CE , ha estat el mateix Tribunal Suprem qui, a la STS de 29.1.11 , raonà 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* ", en considerar que enllaça amb " *la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que "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", se precisa 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* " .

Cal preguntar-se, en definitiva, si les finalitats que fins ara s'havien considerat legítimes respecte als anteriors redactats de l' art. 52 d) ET -la lluita contra l'absentisme individual i col·lectiu, com dificultat "objectiva" per la productivitat o, fins i tot, viabilitat d'una empresa- no han quedat manifestament desvirtuades amb la flexibilització de l'actual redactat, que només té en compte ja la situació individual del treballador malalt (i la seva "manca de productivitat"). La desvinculació de l'absentisme col·lectiu com a "causa objectiva" que justificava la facultat extintiva, deixa com a única finalitat de la mateixa la persecució o penalització del "treballador absentista". I en aquest context, la única lògica comprensible del redactat actual és -encara que la norma no ho expliciti- la presumpció que incurreix en absentisme tot treballador en una situació d'incapacitat temporal no exclosa del còmput.

Per tant, la reducció de la causa "objectiva" a aquesta sola dada, les absències per IT del treballador per causa de malaltia, a més d'entrar en flagrant contradicció amb una norma de rang superior com és l' art. 6 del Conveni núm. 158 OIT, com ja s'ha vist, suposa -objectivament- una situació d'amenaça envers a tots els treballadors en general, i als malalts en particular, que els dissuadeixi de l'exercici d'un dret tan elemental -integrat a l' art. 15 CE i/o en els arts. 40 i 43 CE - com és el de ser reconegut en situació d'incapacitat temporal el temps necessari per a la curació o millora de la malaltia.

3.- La malaltia com a factor genèric de discriminació (art. 14 CE).

D'altra banda, i ja en relació a l' art. 14 CE , com sosté una sector de la doctrina científica (Baylos, Pérez Rey, Anna Ginés, Albert Toledo, Esther Sánchez, M. del Mar Ruiz Castillo, Esther Carrizosa, entre altres) i com ha tingut ocasió d'expressar aquest magistrat en diversos pronunciaments anteriors (sentències JS 33 de Barcelona de 29.3.05 , 25.10.05 , 21.7.06 i 8.2.07), la malaltia o estat de salut del treballador, en el context de la relació laboral, sí hauria de ser considerat -amb caràcter general- un factor de discriminació incardinable a l' art. 14 CE , i no només quan concorre un excepcional element segregacionista, com exigeix el TS. I hauria de ser considerat genèricament -i no excepcionalment- un factor de discriminació en la relació laboral en raó, precisament, de la situació de debilitat o vulnerabilitat -física, però també jurídica- que li provoca, de la que el mateix actual redactat de l' art. 52 d) ET n'és un clar exponent, en tant que el situa automàticament en risc d'exclusió laboral.

Aquesta debilitat, com a potencial factor de discriminació, explica la seva inclusió a l'art. 6 del Conveni 158 OIT, a continuació de la resta de causes prohibides d'acomiadament, explicitades a l'art 5 de la mateixa norma, coincidents amb les causes "odioses" de discriminació: afiliació i activitat sindical, presentar una reclamació o reivindicació, la raça, el color, el sexe, estat civil, responsabilitats familiar, l'embarç, la religió, ideologia política, origen social o nacional, etc.

No està de més recordar, en aquest punt, el passat immediat: fins la LPL de 1990 i la posterior Reforma Laboral de 1994, els arts. 55.6 ET i 102-6 LPL establien una tutela específica del treballador malalt, de tal manera que -com es disposa ara mateix a l'actual art. 55.5 ET en relació a les situacions vinculades als drets de conciliació- l'acomiadament de tot treballador en suspensió de contracte (com suposa la IT) havia de ser qualificat nul cas de no resultar procedent. I tampoc està de més tenir present, com a probable innovació legislativa, que en data 7.1.11 l'anterior govern de l'Estat aprovà un "Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación", actualment en tramitació parlamentària, que incorpora ja explícitament -com a nova causa genèrica de discriminació, juntament a la identitat sexual i a la llengua, a l'art. 2 - la "malaltia", com a causa diferenciada de la "discapacitat".

No ignora aquest magistrat el consolidat criteri del Tribunal Suprem en considerar que " *la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en la que resulte apreciable el elemento de segregación*" (STS 29.1.01 , 13.2.02 , 12.7.04 , 18.12.07 , 22.9.08 , 27.1.09 i, més recentment, la STS 12.7.12). Aquest "element



segregacionista", per cert, és concebut pel Tribunal Suprem en forma sumament restrictiva, ja que no ha estat apreciat en cap de les múltiples sentències que ha dictat, fins i tot quan sí l'havia apreciat les STJS de Catalunya de 12.6.06 i 7.9.06, en Sala General, revocades per les STS de 11.12.07 y 18.12.07.

Són diverses les raons que, a criteri d'aquest magistrat i amb el màxim respecte, aboquen a una necessària evolució o rectificació d'aquesta doctrina:

- La malaltia sí constitueix, ara mateix, un clar element de segregació en raó, precisament, de la situació de debilitat o vulnerabilitat -física, però també jurídica- que li provoca, de la que l'actual redactat de l' art. 52 d) ET n'és un clar exponent, en tant que situa automàticament a molts treballadors malalts en risc d'exclusió laboral.

- El col·lectiu de treballadors malalts, encara que sigui efímer i variable, mereix -precisament en raó d'aquella vulnerabilitat- una especial protecció per tal de garantir-ne la igualtat real i efectiva, sense que la malaltia -de curta o llarga durada- pugui suposar un obstacle per la seva vida laboral, tal com mandata l' art. 9-2 CE.

- La reducció de la discriminació per malaltia a les excepcionals situacions "segregacionistes" (inapreciades fins el moment) comporta reduir la discriminació a una actuació no només intencional, sinó -a més-perversa, cosa manifestament inadmissible en l'actual estadi d'evolució doctrinal i normatiu del concepte de "discriminació directe".

- La justificació "economicista" o "productivista" per descartar la intencionalitat discriminatòria tampoc és admissible. Només cal aplicar-la a una altra causa de discriminació per constatar-ho: mai podriem admetre que acomiadar per causa d'embaràs o l'exercici d'un dret de conciliació no és discriminatori des de "*una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa*".

D'altra banda, i amb independència d'aquests motius de discrepància, cal tenir present que aquesta doctrina del Tribunal Suprem s'ha establert, fonamentalment, en relació a l'acomiadament disciplinari, o -més exactament- respecte de l'anomenat "despido exprés" (entés a la pràctica forense majoritària com un acomiadament acausal, figura extintiva ja desapareguda del nostre marc normatiu), però no en relació a l' art. 52 d) ET, ni tan sols en la versió anterior a l'actual.

I el dubte que es planteja aquest magistrat és amb si l'actual redactat de l' art. 52 d) ET, en desvincular-se del absentisme col·lectiu com a "causa objectiva" que habilita per l'extinció, no s'ha convertit aquesta facultat extintiva en "*un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada*". Perquè, en el cas de les baixes originades per malalties no explícitament excloses (per la seva durada, càncer, gravetat o derivar de violència de gènere), aquestes malalties són la causa de la situació absència justificada que, això no obstant, habilita a l'empresa per l'acomiadament. Per tant, passen a ser -automàtica i incondicionadament, a diferència del text anterior- la causa de l'acomiadament i, per tant, de segregació del treballador respecte a la resta de la plantilla.

4.- La "*malaltia assimilable a discapacitat*", causa de discriminació a la Directiva 2000/78.

En tot cas, reforça el dubte d'aquest magistrat la recent STJUE de 11.4.13 (assumpte "Ring"), en el contingut de la qual s'entrarà més endavant, i que -clara i manifestament- modifica la seva doctrina anterior (STJUE 11.7.06, assumpte "Chacón Navas) i amplia el concepte de "discapacitat" com a factor odiós de discriminació prohibit per l' art. 2.2. b) de la Directiva 2000/78, al integrar-hi malalties de llarga durada que -curables o no- generin limitació a la feina. Respecte d'aquestes malalties -com la que pateix la demandant- l'actual redactat de l' art. 52 d) ET pot integrar o comportar un factor de discriminació indirecta per discapacitat, en els termes que prohibeix l' art. 2.2. b) de la Directiva 2000/78: "*b) Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinada,*".

Així ho entén un dels primers comentaris doctrinals respecte d'aquesta sentència comunitària (Sempere Navarro, "*Una novedad: discriminación por enfermedad*"), que considera que "*estamos ante una verdadera rectificación de lo afirmado en 2006 y ante una sentencia de enorme relevancia conceptual. Que la sentencia resuelva dudas relacionadas con las leyes danesas no debe llevar a engaño. Sienta un criterio de suma relevancia y de segura e inmediata traslación a nuestras relaciones laborales*", afegint que "*hay que revisar la separación enfermedad/discapacidad y dar paso a una nueva: enfermedad asimilada*". Estas situaciones quedan comprendidas en la protección antidiscriminatoria, justo lo que antes se rechazaba".

I, avalant plenament la tesi anteriorment exposada, conclou: "*Un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no será improcedente, sino nulo; la extinción por causas objetivas (si las ausencias intermitantes traen su causa de la enfermedad asimilada) puede merecer esa misma consideración*".

4.- Conclusió: inconstitucionalitat de l'actual redactat de l' art. 52 d) ET.



Tal com estableix l' art. 38 CE , els poders públics -judicial inclòs- estan compromesos en la defensa de la productivitat de les empreses, en la qual entraria -sense dubte- la lluita contra l'absentisme, entés com a pràctica abusiva i/o fraudulenta dels drets de protecció de la salut.

Però la defensa d'aquest legítim objectiu empresarial no es pot instrumentar per mitjà d'una facultat extintiva que, com passa amb l'actual redactat de l' art. 52 d) ET , colisona amb drets fonamentals prevalents -com són la prohibició de discriminació i a la integritat física, consagrats a l' art. 14 i 15 CE - i amb altres drets constitucionals que també s'han de protegir com són el dret a les prestacions de seguretat socials (mèdiques i econòmiques) i el dret a la salut, recollits als arts. 41 i 43 CE . I menys quan quan l'ordenament jurídic ja preveu altres instruments jurídics per combatre l'absentisme fraudulent: revisions mèdiques a càrrec de l'ICAM, de les mútues i de les empreses, ex art. 20-4 ET , així com la pròpia facultat disciplinària.

V .- Acomodament interpretatiu de l'art. 52 d) a l'ordenament constitucional .

L' art. 5 de la LOPJ , en el seu apartat segon, disposa que quan un òrgan judicial consideri que una norma amb rang de llei, aplicable al cas, pogués ser contrària a la Constitució, ha de plantejar la corresponent qüestió davant del Tribunal Constitucional, de conformitat al que disposa la seva Llei Orgànica (LOTC). El mateix precepte, però, a continuació, en el seu apartat tercer, matisa que escaurà aquest plantejament quan per via interpretativa no sigui possible l'acomodament de la norma a l'ordenament constitucional.

Les raons exposades en l'anterior fonament jurídic, a criteri d'aquest magistrat, abonarien el plantejament de la qüestió de constitucionalitat, tal com postula la demandant.

Això no obstant, és del coneixement general que les qüestions de constitucionalitat són resoltes actualment pel Tribunal Constitucional amb un retard (de cinc a deu anys, en els casos més recents), retard del tot inassumible per las parts i pel propi òrgan judicial. Escau recordar que fou el mateix Tribunal Constitucional qui proclamà, ja fa temps, que el dret a la tutela judicial "efectiva" consagrat a l' art. 24 CE integra el dret a obtenir una resolució justa en un termini raonable, i aquell retard - manifestament- no ho és.

Això fa necessari -per part de l'òrgan judicial i en ordre a evitar a les parts els perjudici d'una demora tan perjudicial- restringir el seu plantejament als casos d'absoluta indispensabilitat, i potenciar al màxim -tal com disposa l' art. 5-2 LOPJ - l'acomodament de la norma a l'ordenament constitucional per via interpretativa.

I en aquest sentit, tot i els dubtes de constitucionalitat ja exposats, la més recent doctrina comunitària -la STJUE de 11.4.13 , "assumpte Ring" , ja esmentada- possibilita una interpretació de l' art. 52 d) ET que el fa compatible amb la Directiva 2000/78, que prohibeix la discriminació -directa o indirecta- per causa de discapacitat, cosa que pot determinar l'exclusió de la situació de fet que es contempla en el present cas de l'àmbit d'aplicació de l'esmentat precepte.

Per tant, no esdevenint indispensable el plantejament de la qüestió de constitucionalitat per a una hipotètica estimació de la demanda, no serà atesa aquesta petició prèvia de la part demandant, sense perjudici que -en ordre al mandat de congruència i exhaustivitat exigits per l' art. 2118 LEC - aquest magistrat hagi considerat oportú expressar aquells dubtes de constitucionalitat respecte de la norma aplicable.

Com ja s'ha avançat, escau abordar a continuació -en congruència amb la pretensió principal de la demanda (la declaració de nul·litat de l'extinció impugnada)- el motiu d'impugnació de fons que, tot i estar exposat en darrer lloc a la demanda, fóra el que -en el seu cas- possibilitaria aquella pretensió principal.

VI.- Inaplicabilitat de l' art. 52.d) ET en el cas present, a la llum de la STJUE de 11.4.13 .

1.- Posicions de les parts respecte l'aplicació de l' art. 52.d) ET al cas present.

En el fet vuitè de la demanda, i com motiu d'impugnació de fons, al·lega la demandant que gran part de las baixes computades per l'extinció impugnada responen a la migranya que pateix, malaltia neurològica crònica i recurrent, que -a tenor de l'actual redactat de l' art. 52 d) ET - ha de ser considerada una "malaltia greu" i, per tant, les baixes mèdiques que se'n deriven no serien computables en raó del darrer paràgraf del precepte, en el redactat resultant de la Llei 3/12, quan disposa que "*Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*".

L'empresa demandada s'ha oposat a aquesta al·legació, en sostenir que quan el legislador esmenta "*enfermedad grave*" a més del càncer, s'està referint a una malaltia de gravetat anàloga, gravetat que no concorre -al seu criteri- en el cas de la migranya, per bé que no qüestiona que pugui ser episòdicament incapacitant. Tampoc no ha qüestionat, i així es recull en el fet tercer, que en el moment de ser subrogada la demandant informà a la demandada que patia aquella patologia, que, sota el diagnòstic de "*migraña con aura episódica pero incapacitante* ", li és tractada al servei de neurologia de l'Hospital de Sant Joan de Deu, que en data



24.8.12 informava que en aquell moment "presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante" (folis 133-135).

2.- La determinant rellevància de la STJUE de 11.4.13 (assumpte "Ring").

En aquest punt esdevé d'obligada referència la recent sentència dictada pel TJUE en data 11.4.13, atès que en la seva part dispositiva efectua dues declaracions d'especial rellevància en ordre a la resolució del present plet.

Aquesta sentència respon a dues qüestions prejudicials plantejades per un òrgan judicial danès respecte a dues treballadores que havien estat acomiadades per causa de successives baixes mèdiques que responien a un diagnòstic de "dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento", en el cas de la Sra. Esmeralda, i d'un "latigazo cervical" en el de la Sra. Leocadia. Aquests acomiadaments s'havia acordat a l'empara de l'art. 5-2 de la norma danesa que regula les relacions laborals (identificada com "FL" a la sentència), que disposa que "podrá estipularse por escrito en el contrato de trabajo que el trabajador podrá ser despedido con un mes de preaviso, con efectos al término del mes siguiente al de la fecha de preaviso, si el trabajador hubiera percibido su salario durante períodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de cualquier período de doce meses consecutivos". En les respectives demandes denunciaren que el seu acomiadament era per causa de "incapacitat" i, per tant, els hi resultava d'aplicació la Directiva núm. 2000/78, l'objecte de la qual, segons el seu art. 1 er, és l'establiment d'un marc general per lluitar contra les discriminacions per -entre altres motius- discapacitat.

De les quatre declaracions que es contenen a la part dispositiva, resulten rellevants pel present cas la primera, referida al concepte de "discapacitat", i la quarta, referida a la prohibició d'acomiadament per causa de "discapacitat":

"1) El concepto de «discapacidad» a que se refiere 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 comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad 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. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

4) La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente."

Ambdues declaracions -com reconeix i justifica el paràgraf 37 de la sentència- comporten una evolució notable de l'anterior jurisprudència comunitària, en tant que suposen incloure dins del concepte "discapacitat", com a factor de discriminació comprés en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2000/78, el que podríem anomenar "malalties assimilades".

Així, recorda la sentència, en el seu apartat 36, "que el concepto de «discapacidad» no se define en la propia Directiva 2000/78. De este modo, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 43 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, que debe entenderse que dicho concepto 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."

Però mentre la sentència Chacón Navas diferenciava clarament el concepte de "malaltia" i el de "discapacitat", i afirmava que l'acomiadament d'un treballador exclusivament per causa de malaltia no pot considerar-se una discriminació per causa de discapacitat (en considerar que els motius de discriminació compresos a l'art. 1 de la Directiva 2000/78 és una llista tancada i exhaustiva, que no pot ampliar-se per analogia a altres motius de discriminació), a la sentència "Ring" de 11.4.13 es raona explícitament la necessitat d'evolucionar i ampliar aquest concepte després que la Unió Europea hagi ratificat la Convenció de la ONU (que, per tant, s'integra en l'ordenament jurídic de la UE, paràgraf 30), incloent-hi -clara i explícitament- les malalties de llarga durada que comportin limitacions, i excloent-hi només les malalties que no comportin limitació. Es reproduïxen els apartats més rellevants que expressen aquest raonament:

36 Es preciso recordar que el concepto de «discapacidad» no se define en la propia Directiva 2000/78. De este modo, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 43 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, que debe



entenderse que dicho concepto 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.

37 Por su parte, la Convención de la ONU, ratificada por la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009, es decir, después de que se dictara la sentencia Chacón Navas, antes citada, reconoce en su considerando e) que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

38 Habida cuenta de las consideraciones mencionadas en los apartados 28 a 32 de la presente sentencia, el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a 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.

39 Además, se deduce del artículo 1, párrafo segundo, de la Convención de la ONU que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo».

40 Procede añadir asimismo que, tal como señaló la Abogado General en el punto 32 de sus conclusiones, no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. En efecto, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad.

41 Por consiguiente, 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.

42 En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, 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 (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57).

Per tant, i a la llum d'aquests dos darrers paràgrafs, l'element determinant per incloure la malaltia en el concepte de "discapacitat" -i, per tant, en l'àmbit de la tutela anti-discriminatòria de la Directiva 78/2000- és el de si genera " 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".

Establerta aquesta ampliació en la primera de les declaracions de la Sentència Ring de 11.4.13 , escau ara copsar la dimensió de la prohibició d'acomiadament establerta en el punt 4rt, quan declara que " La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente."

El sentit i la transcendència d'aquesta prohibició queda ben palès a l'apartat 76 de la sentència:

"76 Debe señalarse a este respecto que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de que se le aplique el plazo de preaviso abreviado previsto en el artículo 5, apartado 2, de la FL que un trabajador sin discapacidad. En efecto, tal como indicó la Abogado General en el punto 67 de sus conclusiones, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite de 120 días previsto en el artículo 5, apartado 2, de la FL. Por tanto, queda de manifiesto que la regla de los 120 días prevista en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 ."



Però a continuació, a l'apartat 77, es planteja la sentència -abans de concloure el seu caràcter indirectament discriminatori- si la norma danesa que autoritza aquests acomiadaments, i que suposa un diferent tracte pels discapacitats (pel seu major risc d'acumular dies de baixa), " puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y si no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador danés ." , tal com preveu -com excepció- l'epígraf i) del mateix art. 2-2 de la Directiva 78/2000 .

Segons explica la sentència en els apartats següents, el govern danés raona que " se trata de incentivar que los empleadores contraten y mantengan en sus puestos de trabajo a trabajadores que tienen un riesgo particular de incurrir en bajas por enfermedad de manera repetida, permitiéndoles despedir más tarde a estos últimos con un preaviso abreviado, si la baja tiende a ser de muy larga duración. Como contrapartida, estos trabajadores pueden conservar su trabajo mientras dure su enfermedad." , regla que, al segons el govern, " atiende a los intereses del empleador y del trabajador y se inscribe plenamente en la línea de la regulación general del mercado de trabajo danés, que se basa en una combinación entre, por un lado, la flexibilidad y la libertad contractual y, por otro, la protección de los trabajadores."

El TJUE admet -apartat 83- "que en principio, unos objetivos como los indicados por el Gobierno danés pueden justificar objetivamente, en el marco del Derecho nacional, tal como prevé el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 , una diferencia de trato basada en la discapacidad, tal como la resultante del artículo 5, apartado 2, de la FL" , i -ja a l'apartat 90- sembla que, com a regla general i de futur, trasllada a l'òrgan judicial nacional la valoració de " si los medios para la consecución de estos objetivos son adecuados y necesarios y si no exceden de lo requerido para alcanzarlos ":

"corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si el legislador danés, al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no tuvo en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad."

Però, tot i aquesta remissió al criteri del òrgan judicial que ha plantejat la qüestió prejudicial, entén el TJUE que ha de proporcionar ja el criteri de valoració de la possible mesura qüestionada i ho fa de manera tan clara i categòrica en els dos apartats finals de la sentència, que -de fet- ja no deixa marge d'apreciació a l'esmentat òrgan judicial:

"91 En este sentido, no debe ignorarse el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado (véase, en este sentido, la sentencia Odar, antes citada, apartados 68 y 69).

92 A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuarta cuestión, letra a), que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente."

Aquesta categòrica conclusió respecte al caràcter inadequat de la norma qüestionada per assolir el legítim objectiu perseguit, determina -per tant- que no quedi desvirtuada la presumpció de discriminació indirecta apreciada a l'apartat 76, ja exposada anteriorment:

" De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite de 120 días previsto en el artículo 5, apartado 2, de la FL. Por tanto, queda de manifiesto que la regla de los 120 días prevista en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 " .

3.- La necessària interpretació de l' art. 52 d) ET a la llum de la STJUE de 11.4.13 .

La rellevància de l'evolució jurisprudencial que suposa aquesta sentència és manifesta i obvia, en tant que qüestiona la separació entre "malaltia" i "discapacitat" en la que es fonamentava el cos doctrinal esmentat en els fonaments jurídics anteriors, especialment la del Tribunal Suprem, que limitava a les situacions de "discapacitat" (legalment declarada) la tutela anti- discriminatòria. Ara cal assimilar o integrar en el concepte "discapacitat" les malalties de llarga durada que generin limitació.



Però aquesta sentència obliga també, necessàriament, a una interpretació de l'actual art. 52 d) ET que s'adapti a aquest concepte ampliat de "discapacitat" i -per tant- també al major àmbit de protecció anti-discriminària de la Directiva 2000/78, i, específicament, a la prohibició d'acomiadar "per causa de discapacitat" que deriva de l'art. 2.2.b) de la Directiva, quan disposa que " *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas ...con una discapacidad...respecto de otras personas*".

Aquesta interpretació ha de passar, indefectiblement, perquè entre les absències justificades no podran ser computades les situacions d'incapacitat temporal derivades de malalties que, per la seva llarga durada i la limitació que comporten, hagin de ser incloses en aquest concepte ampliat de "discapacitat".

L'únic possible obstacle a aquesta interpretació fóra que entrés en joc l'excepció prevista en el mateix art. 2.2. de la Directiva, a l'epígraf i): " *salvo...que dicha disposición...pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*".

En aquest punt, i com ja s'ha raonat anteriorment, convé recordar que la causa extintiva regulada a l' art. 52 d) ET fou introduïda en el nostre ordenament jurídic per una norma pre-constitucional, com és el RDL 17/77 i, per tant i ja només per una raó estrictament cronològica, a diferència del que sembla despendre's de la norma danesa analitzada per la STJUE "Ring" de 11.4.13 , en cap respon a una intencionalitat incentivadora de la contractació de persones discapacitades (ni que sigui afavorint- ne l'ulterior acomiadament, com raona el govern danés). Per contra i com ja s'ha exposat anteriorment, la finalitat o intenció de la norma s'imputa -segons la jurisprudència- a " *la de permitir a la empresa librarse de los absentistas profesionales cuyo fraude es de prueba prácticamente imposible*» (com s'afirma a la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12.2.2002 AS 2002, 1073) o " *penalizar a los trabajadores que no sean suficiente productivos*" (com sosté la STSJ de Catalunya de 9.4.13 , ja esmentada).

En tot cas, i des de la perspectiva que ara interessa -la possible concurrència de l'excepció que admet l'epígraf i) de l' art. 2.2 de la Directiva 78/2000 per tal de resoldre si l' art. 52.d) ET integra una discriminació indirecta per raó de discapacitat- resulta del tot evident que encara que s'admetés la legitimitat d'ambdues finalitats (facilitar l'extinció contractual del "absentista professional" i del treballador poc productiu), en cap cas es podria admetre que " *los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios* ", ja que difícilment podrien justificar una norma que habilita, indiscriminadament, per acomiadar -també- als treballadors en situació de baixa per malaltia i/o discapacitat (en el concepte ampli ja exposat) que, en la seva immensa majoria, no tenen aquella intencionalitat absentista.

Per tant i a manera de conclusió: la recent STJUE 11.4.13 obliga a reinterpretar l' art. 52.d) ET de manera que eviti que la seva aplicació perjudiqui manifestament als treballadors que pateixen una malaltia de llarga durada i que provoca limitacions (malaltia que s'ha de considerar discapacitat, des de la perspectiva de la Directiva 2000/78), atès el risc evident de causar un major número de situacions d'incapacitat temporal (amb el corresponent increment de la possibilitat de ser acomiadades). I aquesta necessària interpretació passa -necessàriament i tal com postula la demandant- per concloure que les situacions d'incapacitat temporal derivades d'aquest tipus de malalties no puguin ser computades a efectes de l' art. 52.d) ET , en derivar de "discapacitat", en la dimensió comunitària del terme.

4.- *Inaplicació de l' art. 52 d) ET al cas present, en concórrer una "malaltia assimilada a discapacitat"*.

A la llum d'aquesta nova interpretació de l' art. 52 d) ET , s'arriba a la conclusió, necessàriament, que l' art. 52 d) ET no pot donar cobertura legal a l'extinció contractual impugnada, en donar-se totes les condicions que determinen la seva inaplicació al cas present:

La primera -com es recull en el relat fàctic- és la que totes les baixes mèdiques especificades a la comunicació extintiva, tret d'una, responen al diagnòstic de "migranya", malaltia crònica, diagnosticada des de l'any 2003.

La segona és el caràcter limitant d'aquesta patologia: li és tractada al servei de neurologia de l'Hospital de Sant Joan de Deu, que en data 24.8.12 informava que en aquell moment " *presenta crisis con aura episódica pero incapacitante*". Més enllà del simple diagnòstic, la simptomatologia, evolució i medicació que es descriuen a l'informe neurològic -parcialment reproduït en el relat fàctic- posen de manifest el caràcter crònic i la rellevància incapacitant de l'esmentada patologia.

I la tercera condició, que s'afegeix necessàriament a les anteriors per arribar a l'esmentada conclusió, és l'incontrovertit coneixement empresarial que es tenia de la malaltia neurològica que pateix la demandant, cosa que li permetia inferir -tot i no consignar-se el diagnòstic en els comunicats de baixa mèdica que li foren lliurats- que les absències tenien el seu origen en aquella malaltia.



Aquest coneixement empresarial de la llarga malaltia que pateix la demandant (la situació de "discapacitat", en definitiva), a més de les obligacions preventives de vigilància de la salut, de específica protecció i d'adaptació establertes als arts. 20 i 25 LPLRL i a l' art. 5 de la mateixa Directiva 2000/78 , impedia poder fer ús de la facultat extintiva ex art. 52 ET d), sense prèviament -i per mitjà de l'oportuna revisió mèdica, amb garantia de confidencialitat- tingués la constància que les baixes responien a altre tipus de patologies o malalties, que sí fossin computables (en no derivar d'aquella malaltia assimilada a "discapacitat").

VII.- Nul.litat de l'extinció impugnada.

L'extinció impugnada, per tant, en fonamentar-se en les situacions d'incapacitat temporal generades per la seva malaltia assimilada a discapacitat (a la llum de la STJUE 11.4.13), queda fora de l'àmbit de cobertura de l' art. 52.d. d) ET (interpretat en congruència amb la prohibició de discriminació de l' art. 2 de la Directiva 78/2000). Per tant, ha comportat no només la vulneració de l' art. 15 CE , en els termes denunciats a la demanda i en els fonaments jurídics anteriors, sinó que ha suposat - també- una clara discriminació, en haver estat acomiadada per causa de "discapacitat" (en el concepte ampli establert per la STJUE de 11.4.13), a tenor del que disposa l' art. 2 de la Directiva 2000/78), que qualifica com a discriminació directa tot acte desfavorable per causa de discapacitat.

Per tant, i en congruència amb la pretensió principal deduïda a la demanda, l'extinció impugnada s'haurà de qualificar judicialment com a nul.la, tal com es disposa a l' art. 122 a) LRJS .

VIII.- Inexistència d'incompliments en la formalització de l'extinció impugnada.

En ordre a donar compliment al mandat d'exhaustivitat i congruència de l' art. 218 LEC , i pel cas que fos revocada la qualificació de nul.litat de l'extinció, raonada anteriorment, s'aborden també els motius d'impugnació que denunciïn l'incompliment de requisits formal en l'extinció.

1.- Suficiència de la comunicació extintiva.

En el fet setè de la demanda, epígraf a), denuncia la demandant que la carta d'extinció " *cumpla los requisitos de concreción y de claridad que la legislación y la jurisprudencia establecer para la carta de despido objetivo ya que ... no se establecen con exactitud los motivos por los que se procede a despedir al actor...*".

Concreta la seva queixa en la inclusió del següent paràgraf de la comunicació escrita, després de concretar les faltes d'assistència de la treballadora:

" Tal y como usted conoce perfectamente, el sistema de trabajo establecido en el servicio

se basa una planificación de los servicios en la que ses estipulan previamente los horarios en que los usuarios serán atendidos según sus necesidades. Cualquier ausencia en la prestación del servicio puede causar un cambio en el nivel de atención recibido por parte del usuario e incluso significar una alteración o perturbación en sus rutinas".

Considera la denunciante que " *independientemente de la veracidad de la información vertida, lo cierto es que la empresa no aporta suficiente información ni datos como para que la trabajadora pueda adecuar y preparar su defensa, generando por ello indefensión*".

Certament, s'ha de compartir amb la demandant que el paràgraf en qüestió no té la necessària concreció ni claredat desitjable. Però en tot cas sembla evident la intenció del mateix: posar de manifest que les absències de la demandant, a més de la repercussió estrictament "productiva" (pèrdua de jornades hàbils), té una repercussió "organitzativa", atès que afecta la prestació del servei i en el nivell d'atenció dels usuaris.

En tot cas, l'afirmació continguda en el paràgraf qüestionat -l'específic trastorn que generen les absències de la demandant en la prestació del servei- resulta manifestament inadequada en el context d'una comunicació d'extinció contractual fonamentada, exclusivament, en l' art. 52 d) ET , que només pot atendre a la dada, estrictament numèrica, de les absències del treballador, però en cap cas es pot fonamentar -com a causa afegida- en la rellevància o trastorn organitzatiu que les esmentades absències puguin general a l'empresa. Aquesta és una qüestió que, en tot cas, podria valorar-se si resulta vàlida en ordre a apreciar la possible concurrència d'una possible causa objectiva de ineptitud (art. 52, a) ET), però no pot ser valorada en el context de l'única causa extintiva invocada a la comunicació impugnada (art. 52, d) ET).

Per tant, per més -com ja s'ha dit- el paràgraf qüestionat és manifestament inconcret, no es pot considerar que hagi generat indefensió a la demandant, en tant que es refereix a una qüestió -la possible especial rellevància o trastorn organitzatiu que generen les seves absències- que no pot ser objecte del present plet (i que, de fet, no ho ha estat), que només pot atendre al nombre de dies d'absència computables, prescindint absolutament del trastorn organitzatiu que hagin pogut generar aquestes absències, no valorable en el present plet en raó de la causa legal extintiva invocada per la demandada.



Per tant, el que escau és prescindir total i absolutament del mateix, però sense apreciar la pretesa insuficiència o inconcreció en la carta extintiva, ja que a la mateixa concorre la suficient informació respecte a la causa extintiva invocada, la referida en l' art. 52 d) ET .

2.- Posada a disposició de la indemnització legal.

Tampoc podrà prosperar la denúncia, continguda en fet 7è.b) de la demanda, conforme la demandada incomplí el requisit de posada a disposició simultània de la corresponent indemnització.

Segons ha quedat acreditat i es recull en el fet provat 5è, en el moment d'intentar notificar-li la comunicació escrita a la demandant, en data 28.5.13, la demandada també posà a la seva disposició el xec amb l'import de la indemnització referida a la mateixa, per import de 4.729,10 euros, que finalment no li fou lliurat atès que la demandant no volgué signar l'acusament de rebut de la mateixa (de la comunicació extintiva i del xec).

Aquesta cautela empresarial de no lliurar-li el xec si la demandant no s'avenia a signar la recepció de la comunicació extintiva i del xec (al marge que pogués manifestar-hi la seva disconformitat), no pot ser apreciada com un incompliment del requisit formal, atès que no s'ha al·legat -ni s'ha acreditat- que es condicionés el lliurament de la carta i/o el xec a la signatura de la conformitat de la demandant a l'extinció, i no s'ha acreditat l'afirmació de la demanda conforme el representant de la demandada es negà a que la demandant expressés, a la mateixa la comunicació, la seva disconformitat

En tot cas, acreditat que, un cop notificada la comunicació per burofax en data 3.6.13, la demandant cobrà immediatament la indemnització, la denúncia -en aquest punt- ha de ser rebutjada.

Atesos els raonaments exposats,

DECIDEIXO

Estimar íntegrament la demanda interposada per GLÒRIA contra (empresa demandada) en demanda en impugnació d'EXTINCIÓ PER CIRCUMSTÀNCIES OBJECTIVES, declarar la nul·litat de l'extinció feta efectiva el 12.6.13, pel seu caràcter discriminatori, i condemnar la demandada a la immediata readmissió de la demandant i a l'abonament dels salaris de tramitació fins a la notificació de la sentència.

Notifiqueu aquesta sentència a les parts, feu-los saber que no és ferma i que s'hi pot interposar recurs de suplicació en contra al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en els cinc dies següents a aquesta notificació. En cas que es presenti recurs, cal anunciar-lo en aquest Jutjat, per escrit o en compareixença, acreditant, en tot cas, haver consignat a lentitat bancària BANESTO, oficina 2015, en el compte corrent núm. 233.000.34067913 , la quantitat objecte de condemna, i que ha dipositat la quantitat de 300 euros en el compte corrent núm. 5233.000.34067913 del mateix banc, ingressos ambdós que shan de fer per separat.

Ho pronuncio, ho mano i ho jutjo.