



Roj: **STSJ CAT 979/2020 - ECLI: ES:TSJCAT:2020:979**

Id Cendoj: **08019340012020100721**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2020**

Nº de Recurso: **5698/2019**

Nº de Resolución: **945/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GREGORIO RUIZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 34 - 4 - 2019 - 0004717

mmm

Recurso de Suplicación: 5698/2019

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

ILMA. SRA. NÚRIA BONO ROMERA

En Barcelona a 14 de febrero de 2020

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. 945/2020

En el recurso de suplicación interpuesto por Sensibilitat Gastronómica S L frente a la Sentencia del Juzgado Social 31 Barcelona de fecha 2/7/2019 dictada en el procedimiento Demandas nº 655/2018 y siendo recurrido/ a Luis Francisco . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Gregorio Ruiz Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre despido disciplinario, 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 2/7/2019 que contenía el siguiente Fallo:

"Que **ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Luis Francisco frente a SENSIBILITAT GASTRONÓMICA, S.L. y el FOGASA, sobre despido, **DECLARO** la nulidad del despido articulado respecto del actor con efectos de 19/06/2018 y **CONDENO** a SENSIBILITAT GASTRONÓMICA, S.L. a **readmitir al demandante** en el mismo puesto de trabajo que ocupaba con abono de los salarios dejados de percibir desde que el día del alta médica 10/04/2019 hasta el de efectiva readmisión, ello a tenor del salario diario de 48,62 euros y con descuento de lo que hubiera percibido si desde entonces hubiera encontrado nueva ocupación, o de las prestaciones de seguridad social que hubiera podido percibir,



sin perjuicio de la regularización posterior legalmente prevista para el caso de haber percibido prestaciones por desempleo.

Asimismo **CONDENO** a SENSIBILITAT GASTRONÓMICA, S.L. al pago de las costas del proceso, incluidos los honorarios de la Letrada de la parte actora, que se cifran en **300 euros**, por su incomparecencia injustificada al acto de conciliación."

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

"PRIMERO.- El actor prestó servicios por cuenta de SENSIBILITAT GASTRONÓMICA, S.L. como manipulador primero a través de una ETT, desde el 25/04/2018 al 18/05/2018 y luego, desde el 22/05/2018, directamente contratado por la mercantil demandada. En el contrato de trabajo suscrito entre las partes en la última de las expresadas fechas se acordó un periodo de prueba de 30 días. A la relación laboral era aplicable el Convenio Colectivo de distribuidores mayoristas de alimentación. (no controvertido, contrato de trabajo, informe de vida laboral)

SEGUNDO.- El actor sufrió un accidente de trabajo el día 23/05/2018 consistente en una caída por unas escaleras, iniciando en esa fecha un periodo de incapacidad temporal. (no controvertido) Sufrió un traumatismo craneal en la zona temporal derecha y fractura del tercio distal del cúbito derecho, siendo quirúrgicamente intervenida de esta última el día 24/05/2018, con colocación de una placa. (documentos nº 6 y 7 actor)

TERCERO.- En el parte de baja que el trabajador remitió a la empresa por correo electrónico el día 24/05/2018 constaba que el proceso era "leve" pero su duración se preveía "larga". (parte de baja)

CUARTO.- En fecha 19/06/2018 la empresa comunicó al actor la extinción del contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba, con efectos de ese mismo día. (carta)

QUINTO.- El día 29/05/2019 se reconoció al actor un grado de discapacidad del 15%, con efectos del 3/10/2018, ello considerando las secuelas de hipoacusia media y limitación funcional en la extremidad superior derecha como consecuencia de la fractura sufrida con ocasión del accidente antes reseñado. (resolución Departament)

SEXTO.- El actor se mantuvo en situación de incapacidad temporal hasta el día 10/04/2019, fecha en que se extendió el alta por curación o mejoría. Por resolución del INSS de 12/06/2019 se acordó reconocer respecto del actor la existencia de lesiones permanentes no incapacitantes, derivadas del accidente de trabajo antes señalado, ello atendiendo a las siguientes secuelas: hipoacusia que no afecta zona conversacional un oído, normal el otro y cicatrices no incluidas en los epígrafes anteriores. (parte de alta y resolución)

SÉPTIMO.- Por los dos días de trabajo del actor antes del accidente, 22 y 23 de mayo, la empresa le abonó 77,84 euros de salario base y 1,30 euros de plus carretillas, siendo de 19,47 euros la prorrata de pagas extraordinarias correspondientes a esa retribución. (hoja de salarios)

OCTAVO.- Se intentó sin efecto la conciliación administrativa previa por incomparecencia de la empresa, que había sido citada. (acta CMAC)".

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado, no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Recurre en suplicación la empresa Sensibilitat Gastronomic S.L. la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 31 de los de Barcelona en fecha 2/7/2019 en la que, y como se ha visto, se estima la demanda presentada por D. Luis Francisco para declarar, y en cuanto ahora interesa registrar dado el objeto del recurso, "...la nulidad del despido articulado respecto del actor con efectos de 19/6/2018..." y condenar a la demandada a las consecuencias legales de dicha declaración que son especificadas en la parte dispositiva de la resolución (v. fallo de la sentencia recurrida). Se refiere en la sentencia, en resumen y también en cuanto ahora interesa recoger a la vista del recurso de suplicación interpuesto contra ella, que "...una afectación en la salud del trabajador podrá ser asimilada a una discapacidad (que sí es protegible con arreglo a la Directiva 2000/78 y puede determinar la nulidad del despido) siempre que la misma no sea lo que el TJUE denomina "enfermedad como tal" sino una situación patológica de "limitación duradera" sin perspectiva bien delimitadas de finalización a corto plazo....operación de calificación de la situación patológica (que) no puede efectuarse tomando en consideración -como pretende el actor- los datos disponibles a día de hoy....sino exclusivamente los que estaban disponibles en la fecha del despido.....(y) en el presente caso no puede sino concluirse



que concurren las expuestas circunstancias para apreciar que en el momento del despido no solo se daba la situación asimilable a la discapacidad sino que además la empresa lo conocía....(dado que) el origen de la dolencia que sufría el trabajador se encuentra en un accidente de trabajo...(y) con ese conocimiento previo y directo sobre la naturaleza de las lesiones la empresa recibe un parte médico en el que consta que el proceso se califica como largo...(que) la dolencia se califica como leve (pues una fractura de radio no se codifica como grave) pero el proceso se prevé en el parte como de larga duración, en juicio que por cierto se puede considerar acertado ya que hizo falta casi un año para obtener la recuperación....(y) la empresa, ante el conocimiento de que su trabajador sufre lesiones que le mantendrán limitado para el trabajo (que implica manipulaciones frecuentes) durante un "largo" período de tiempo -y por tanto en situación asimilable a la discapacidad- decide despedirle....(y) la empresa no ha podido explicar ni probar que extinguió la relación laboral por un motivo distinto del de querer prescindir de un trabajador que había iniciado un período de IT que se preveía largo y por tanto concurrente una situación asimilable a la discapacidad que de hecho luego fue reconocida como tal por el Departament de Treball..." (apartado segundo de la relación de fundamentos jurídicos).

Segundo.- Se interesa en primer término por la recurrente, por el cauce procesal previsto en el art. 193.b de la L.R.J.S., la modificación del apartado tercero de la relación de hechos probados de la resolución recurrida en el que se indica, recordemos, que "en el parte de baja que el trabajador remitió a la empresa por correo electrónico el día 24/5/2018 constaba que el proceso era "leve" pero su duración se preveía "larga" (parte de baja)". Pretende la recurrente que, y en base al mismo documento en cuestión, esto es, el parte de baja médica de referencia, se indique en dicho apartado que "en el parte de baja que el trabajador remitió a la empresa por correo electrónico el día 24/5/2018 constaba que la lesión era "leve" de asistencia ambulatoria y el tipo de proceso se preveía "largo" sin especificar duración estimada en días (parte de baja)". La petición, y en tanto que los datos o circunstancias a que remite la recurrente, se registran en el parte de baja citado por el órgano judicial de instancia, debe ser acogida. Disponemos por ello la práctica de la modificación del apartado tercero de la relación de hechos probados solicitada y en los términos más arriba recogidos igualmente solicitados por la recurrente.

Tercero.- Interesa a continuación la recurrente, al amparo ya de lo dispuesto en el artículo 193.c de la L.R.J.S., la revocación de la sentencia impugnada por considerar que la misma incurre en una infracción del art. 55.5 del E.T., de los arts. 10.2, 14 y 15 de la Constitución, de los arts. 2.1, 3.1 c y 5 de la Directiva 2000/78 de la Unión Europea, de los arts. 41.5 y 61 del Convenio 108 de la O.I.T. y, finalmente, del art. 181 de la L.R.J.S.. Y alega al efecto, dicho sea también en estricto resumen de sus consideraciones, que "...si bien el actor sufrió una caída por las escaleras en el centro de trabajo, el alcance de las lesiones por parte de la Dirección de la Empresa era de imposible conocimiento por cuanto no tenían un diagnóstico médico por el que pudieran conocer el alcance de la lesión y de su tratamiento....que en cuanto al diagnóstico del parte de baja se especifica leve, previsible baja de larga duración sin estimación concreta de días....(y) no es cuestión baladí que el propio INSS resolviese reconociendo al trabajador unas lesiones permanentes de carácter no incapacitante....(y que) por ello....el juzgador *a quo* comete un error en cuanto a la aplicación jurisprudencial al caso de autos, por no ser equiparables los hechos aquí analizados a la vulneración de un derecho fundamental como es la discapacidad (*sic*) y mucho menos por acogerse a lo que se estipula en el parte de baja de carácter previsible por cuanto no puede admitirse una calificación judicial que determine la vulneración de un derecho fundamental resultado de meras conjeturas o hipótesis infundadas y aún basadas en hechos discutibles o inciertos, o en observaciones incompletas, sesgadas o precipitadas como puede ser la valoración que el médico de cabecera establece como previsión de duración de la Incapacidad en el primer parte de baja.....".

Cuarto.- El recurso deberá ser, entendemos y a la luz de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, estimado. No podemos sino tener presente a estos efectos el resumen mismo de dicha doctrina, esto es, la relativa al alcance que puede reconocerse en ciertas enfermedades (como las de larga duración) desde la perspectiva de la no discriminación, y que es realizado por el propio Tribunal Supremo en dos sentencias recientes (nos referimos a las SSTs 22/2/2018 (R 160/2016) y 15/3/2018 (R 2766/2016) y que se reitera más recientemente en la STS 20/3/2019 R 1784/2017). El TJUE, dirá el alto Tribunal en las resoluciones citadas, ha podido sancionar o interpretar que tras la Decisión 2010/48 de la Unión Europea la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. Una Convención que sanciona, en su art. 1, que "las personas con discapacidad incluyen a aquéllas 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". En base a dicha consideración el TJUE, añadirá, ha podido indicar que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención de forma que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación y que tal limitación sea de larga duración. El Tribunal Supremo se refiere, como no podía ser de otra forma, a dichos criterios interpretativos, haciéndolos propios, bien que, inmediatamente y resaltando extremos de dicha doctrina, añadirá que "...no



se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad... (y que) que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad... (y) como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 200/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad..." (STS 15/3/2018 citada). Consideraciones que, y en el caso enjuiciado en esta última sentencia que citamos, le llevan a determinar que "...la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de "discapacidad" distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C- 270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a "enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador" sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones... (y) con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora". Consideraciones que, entendemos y como hemos advertido, imponen que el recurso de suplicación deba ser estimado. El trabajador afectado en este caso sufrió un accidente de trabajo que provocó una lesión o proceso "leve" bien que en el parte de baja médica que se emite al efecto se previera un tiempo de curación, sin determinar los días, que se dice "largo". El alta médica se emitió por curación en fecha 10/4/2019 y en atención a la situación residual el I.N.S.S. pudo emitir resolución en que se calificaba la misma como de "lesiones permanentes no incapacitantes" (v. apartado sexto de la relación de hechos probados). Sobre la base de estas circunstancias, y utilizando las mismas consideraciones empleadas por el alto Tribunal en la sentencia de 15/3/2018 citada, la situación de incapacidad temporal en cuestión y en la que se hallaba el trabajador al ser despedido, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal y había recaído una resolución que descartaba, ya en el momento mismo de la emisión del alta médica por curación, de repercusión funcional alguna a consecuencia de las lesiones que habían dado lugar a la situación de incapacidad temporal, no nos permite identificar la situación por la que ha atravesado el trabajador con la noción de "discapacidad" antes referida y reconocer, en definitiva, situación discriminatoria alguna. Lo que nos lleva, como decíamos, a estimar el recurso para, y con revocación de la sentencia recurrida, dejar sin efecto la declaración de nulidad del despido que se enjuicia manteniendo la calificación de improcedencia del despido que efectúa en primer termino la sentencia recurrida.

Quinto.- Debe acordarse finalmente, al estimarse el recurso presentado por la recurrente, y una vez sea firme esta resolución, alcanzando la condena a la recurrente a una cantidad inferior a la impuesta en la sentencia de instancia, la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación también parcial de los aseguramientos prestados, con devolución total del depósito, sin imposición de costas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 203.2 y 235 de la L.R.J.S..

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando como estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Sensibilitat Gastronomic S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 31 de los de Barcelona en fecha 2/7/2019 en los autos seguidos en dicho Juzgado con el nº. 655/2018, debemos revocar la sentencia recurrida dejando sin efecto la declaración de nulidad del despido que se enjuicia y manteniendo la calificación de improcedencia del despido que efectúa también la sentencia recurrida. Procede igualmente acordar, una vez sea firme esta resolución y al alcanzar la condena a la recurrente una cantidad inferior a la impuesta en la sentencia de instancia, la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación también parcial de los aseguramientos prestados, con devolución total del depósito, sin imposición de costas.

Deberá efectuarse la opción en el plazo de 5 días en la Secretaría de esta Sala Social y en el caso de que no se efectúe, se entenderá hecha tácitamente en favor de la readmisión.

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.

Asímismo, 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 N° 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 N° 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.