

## **JUZGADO SOCIAL N.º 33 DE BARCELONA**

*Sentencia 339/2013, de 17 de septiembre de 2013*

*Rec. núm. 679/2013*

### **PONENTE:**

*Juan Agustí Maragall*

JOAN AGUSTI MARAGALL, magistrado-juzgo del Juzgado Social número 33 de Barcelona, he visto las actuaciones promovidas por GLORIA x contra (EMPREDIDA x) y FUNDES DE GARANTÍA SALARIAL en demanda en impugnación de EXTINCIÓN POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS, con invocación de VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El día 20.6.13 fue repartida a este juzgado la demanda que origina estas actuaciones. En la demanda, habiendo alegado los hechos y razonamientos jurídicos oportunos, se pedía sentencia por la que se declarara la nulidad, por vulneración de derechos fundamentales, o, subsidiariamente, la improcedencia de la extinción impugnada.

#### **Segundo.**

Admitida a tramitación la demanda, se señaló para la celebración del acto del juicio el 3.9.13, en qué tuvo lugar a presencia judicial, sin la comparecencia del FGS en del Ministerio Fiscal. Los letrados Sra. Elena Romaniega y Sr. Vidal Masramón asistieron, respectivamente, a la demandante y a la demandada.

#### **Tercero.**

En el acto del juicio, la parte demandante ratificó la demanda, y la demandada se opuso. Se practicaron las pruebas de interrogatorio, documentales y testimoniales propuestas y admitidas y finalmente las partes insistieron en sus peticiones, y el juicio quedó listo para sentencia.

#### **Cuarto.**

En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales de carácter esencial aplicables al caso.

### **HECHOS PROBADOS**

**1.** La demandante fue contratada por la empresa TILIS GRUPO, SL en fecha 20.9.07, en la categoría profesional de "trabajadora familiar", para prestar servicios al SAD Sant Vicenç dels Horts, a jornada completa, de 37 horas semanales (folio 131).

**2.** En fecha 1.1.12, como el resto de trabajadores adscritos al mencionado centro de trabajo, recibió comunicación de la demandada que, como nueva adjudicataria del SAD Sant Vicenç dels Horts, lo informaba de la subrogación en su relación laboral, con respecto de todas sus condiciones laborales (folio 132). La retribución mensual actual es de 1.237,66 euros al mes.

**3.** En el momento de esta subrogación la demandante informó a la demandada que sufría migraña crónica. Esta enfermedad, bajo el diagnóstico de "migraña con aura episódica pero incapacitante", diagnosticada en 2003, le es tratada al servicio de neurología del Hospital de Sant Joan de Deu, que data 24.8.12 informaba que en aquel momento "presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante", con la siguiente descripción (folios 133-135):

*"Enfermedad 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). TACO 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 fecha 28.5.13, y con efectos de 12.6.13, le fue notificado el despido por causas objetivas, con invocación del art. 52.d) ET, en base a los siguientes hechos:

"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 planificadas 1.665 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 momento de intentar notificarle la comunicación escrita a la demandante, en fecha 28.5.13, la demandada puso a su disposición el cheque con el importe de la indemnización referida a la misma, por importe de 4.729,10 euros, que finalmente no le fue entregado dado que la demandante no quiso firmar el acuse de recibo de la misma. Notificada la comunicación por burofax en fecha 3.6.13, la demandante cobró posteriormente la indemnización, ingresada en su cuenta corriente en fecha 13.6.13 (folios 38-45).

6. Todas las bajas médicas especificadas a la comunicación extintiva responden al diagnóstico de "migraña", salvo la del 7 al 10.5.13, que fue por "faringitis aguda" (folios 165-167).

7. El lunes día 29.4.13, computado a la comunicación extintiva cómo de carencia de asistencia, la demandante sí acudió a su puesto de trabajo después de serle entregada el alta médica el viernes 26.4.13, pero se le indicó por parte de su superior que no se incorporara dado que su servicio ya había sido cubierto.

8. En fecha 17.6.13 la demandante formuló papeleta de conciliación, habiendo sido convocado el intento de conciliación por el día 9.10.13.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

### I. Razonamientos de convicción por la declaración de los hechos probados.

La relación de hechos que se declaran probados se ha deducido de la valoración conjunta de la prueba aportada, de acuerdo con los principios de la sana e imparcial crítica y valorando en especial los documentos aportados, y la sustancial conformidad de las partes respecto a los hechos que han quedado recogidos. Se ha especificado a cada hecho probado el elemento de convicción que le mujer apoyo probatorio. El resto de hechos han resultado conformes o han sido explícitamente aceptados por las partes.

Más concretamente, y por su relevancia en orden a la resolución del pleito, se deja constancia que el hecho tercero -referido al conocimiento de la demandada de la enfermedad crónica de la demandante- se invocó a la demanda (hecho 8.º, 3.º párrafo), y no fue cuestionado a la correspondiente contesta a la misma. En todo caso, afirmado nuevamente por la demandante al acto del juicio -a preguntas de este magistrado- no ha sido negado tampoco por el representante de la demandada que, por delegación ex art. 91 LRJS, ha declarado en la prueba de interrogatorio.

El único hecho controvertido ha sido lo referido a la efectiva puesta a disposición de la demandante del cheque con la indemnización, en el momento de intentar notificar la comunicación extintiva en fecha 28.5.13. De la valoración conjunta de la declaración de la demandante y de Fernando..., así como de la documentación aportada, se ha llegado a la conclusión -como única explicación verosímil- que el representante de la demandada se negó a entregarle el cheque indemnizatorio debido a que la demandante se negó, en aquel momento inicial, a firmar el acuse de recibo de la comunicación y del cheque. En todo caso, ambas partes han convenido en el hecho que una vez notificada la comunicación por burofax, la demandante sí cobró inmediatamente la indemnización.

## *II. Pretensiones y fundamentos de la demanda.*

La demanda en impugnación de la extinción contractual postula la declaración de nulidad, por inconstitucionalidad de la extinción, o subsidiariamente, su improcedencia. Fundamenta su pretensión en los siguientes motivos:

- La inconstitucionalidad de la norma aplicada, el art. 52.d) ET que ampara la extinción (por ser contrario al Convenio 158 OIT y a los arts. 15, 40 y 43 CE), por lo cual interesa del juzgado que eleve la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

- El incumplimiento de requisitos formales en la comunicación extintiva, tanto por la insuficiencia o inconcreción de la comunicación, como por el incumplimiento de la obligación de efectiva puesta a disposición de la indemnización.

- Con carácter subsidiario, inaplicabilidad del art. 52.d) ET en el presente caso, dado que la enfermedad que ha originado las bajas médicas computadas -la migraña hemicraneal- tiene que ser considerada una enfermedad "grave" y -por lo tanto- no computable a los efectos de aquel precepto.

La demandada se ha opuesto a todos y cada uno de estos motivos por las razones que también se abordarán a continuación.

Congruentemente con las pretensiones de la demanda, se abordará en primer lugar si procede o no plantear la cuestión de constitucionalidad interesada; sólo en caso de no acceder a la misma, y en congruencia con la pretensión principal -la declaración de nulidad de la extinción impugnada- se abordará a continuación el motivo de impugnación que -en caso de estimación- justificaría aquella calificación judicial, para acabar con los motivos que, fundamentados en incumplimientos formales, determinarían -en su caso- la declaración de improcedencia.

## *III. Cuestión de inconstitucionalidad interesada por la demandante.*

### *1. Planteamiento de las partes.*

En el hecho quinto de la demanda, último párrafo, la demandante postula el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto al actual redactado del art. 52, d) ET, petición que se ha reiterado en el acto del juicio, al ratificar la demanda.

El actual redactado del art. 52 ET, que regula la extinción del contrato por "causas objetivas", contempla entre las mismas:

*"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 lo 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 lo 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".*

Sostiene la demandante que este redactado del art. 52 d) ET es contrario al Convenio núm. 158 OIT, que en su art. 6 dispone que la ausencia por enfermedad no puede constituir una causa justificada de extinción de la relación laboral, cosa que determinaría la vulneración de los arts. 15, 40 y 43 CE y -por lo tanto- su

inconstitucionalidad.

Considera la demandante que la situación de incapacitado temporal viene amparada por el derecho fundamental a la integridad física y psíquica del trabajador (art. 15 CE), mientras que la posibilidad de despido objetivo por -entre otras ausencias- situaciones de incapacitado temporal respondería a la defensa de la productividad de la empresa (art. 38 CE). A criterio de la demandante, el equilibrio ponderado entre ambos derechos constitucionales se han roto con la actual redacción del precepto, resultando de la Reforma Laboral (Ley 3/12), al desvincular o liberar la facultad extintiva empresarial de la necesaria concurrencia de determinado porcentaje de absentismo colectivo (un 5% inicialmente, un 2,5% desde la Ley 35/10).

Y concluye: *"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 omnicompreensiva y absoluta del art. 38 CE, suprimiendo toda exigencia o efectos que puedan derivar del citado art. 15 CE"*.

La demandada se ha opuesto al planteamiento de la cuestión al considerar que la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (sentencia del TSJ de Cataluña de 9.4.13, más concretamente) ha validado la plena constitucionalidad del precepto.

No le consta a este magistrado que el Tribunal Constitucional haya abordado en ninguna resolución, específicamente, la duda de constitucionalidad que plantea la demandante. Y según consulta hecho por este magistrado ante el mismo tribunal, no queda pendiente de resolución ninguna cuestión prejudicial ni recurso de inconstitucional que lo aborde.

En orden a resolver esta específica petición de planteamiento de cuestión de constitucionalidad, se exponen a continuación -por este orden- el criterio de la jurisprudencia ordinaria al respecto, las razones que -a criterio de este magistrado- sí abonarían el planteamiento de la cuestión y las razones que, finalmente, lo traen a la decisión de no hacerlo.

**2. Doctrina jurisprudencial que valida la constitucionalidad del art. 52 d) ET: la sentencia del TSJ de Cataluña de 9.4.13.**

Cómo ya se ha dicho, ni se ha invocado ni le consta a este magistrado ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional que haya validado explícitamente la constitucionalidad de la causa objetiva de extinción que contempla el art. 52.d) ET, ni en su redactado actual ni en los anteriores. Tampoco le consta a este magistrado que lo haya hecho explícitamente el Tribunal Supremo, a pesar de que -ciertamente- no ha cuestionado (ni le ha sido cuestionada) la constitucionalidad del precepto en los pocos pronunciamientos en los que lo ha tenido que interpretar (SSTS de 21.7.05, 26.7.05, 23.1.07, 18.9.07 y 9.12.10).

Sí que lo ha hecho la reciente sentencia del TSJ de Cataluña de 9.4.13, núm. 2529/13, invocada por la demandada, al denegar el planteamiento de cuestión de constitucionalidad que había interesado la parte recurrente en términos sustancialmente coincidentes con los invocados por la demandante en las presentes actuaciones.

Se hace obligado, por lo tanto, reproducir a continuación los razonamientos fundamentales de la mencionada sentencia, a la que se ha remitido la demandada para oponerse al planteamiento de la cuestión son los siguientes:

*"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 consideraran 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 excepciona el párrafo segundo del artículo 52.d) TRET.

El derecho a la integridad física tal y como está 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 RDLey 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 sí, referenciándolo a los doce meses anteriores, y exigiendo que el número de bajas injustificadas no supere en ningún caso el 5%."

#### IV. Motivos de inconstitucionalidad del art. 52 d) ET.

Este magistrado, todo y el respeto y consideración que le merece el criterio recogido a la sentencia parcialmente reproducida, discrepa abiertamente del mismo y -ya se avanza- comparte plenamente la duda de constitucionalidad que plantea la demandante, por las razones invocadas a la demanda y por las que se expondrán a continuación:

##### 1. Contravención del art. 6 del Convenio 158 OIT.

Resulta relevando empezar recordando que la causa extintiva que hoy contempla el art. 52 d) ET fue introducida por una norma pre-constitucional cómo es el RDL 17/77, anterior no sólo a la Constitución sino también a la ratificación -incondicional- por parte del Estado Español del Convenio 158 de la OIT, que dispone explícitamente en su art. 6 -cómo hace al art. 5.º respecto a otros factores de discriminación- que "la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de trabajo".

En el instrumento de ratificación de este convenio -de fecha 18.2.85 (BOE 29.6.85)- no consta ninguna excepción que coordine esta clara y expresa prohibición con el art. 52 d) ET ya vigente entonces que, precisamente, facultaba a despedir por las situaciones de incapacidad temporal por motivo de enfermedad. Y este magistrado no ha sabido encontrar un solo pronunciamiento judicial que, de manera convincente, razone la compatibilidad de ambos preceptos.

A pesar de que la Sentencia del TSJ de Cataluña de 9.4.13, parcialmente reproducida, afirma que "no nos consta que sea contrario a ninguna norma internacional, ni mucho menos al Convenio OIT 158, púas no se castiga la ausencia temporal, sino la reiteración de ausencias cortas...", el cierto es que el tenor literal del art. 6.1 de la norma internacional no excepciona las ausencias de corta duración de la prohibición.

La remisión que se hace en el art. 6.2 a la legislación nacional es, exclusivamente, en cuando 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...", pero no habilita -a criterio de este magistrado- a excluir de la prohibición de despido a ausencias temporales a causa de enfermedad de corta duración, un golpe definidas como tal. Así se aclara en el informe de la Comisión de expertos de la OIT en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, titulado "Estudio General de 1995", cuando, en el párrafo 137, y en relación a esta posibilidad de los estados miembros de incidir en la definición de la ausencia temporal del trabajo, se razona "que si bien lo Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales, a su juicio, si la ausencia se define en base a la duración, se la debería prever de modo tal que sea 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".

Cómo ya se ha dicho, no consta que el Estado español, en el momento de la ratificación efectuara ninguna reserva o exclusión -específica, explícita y debidamente motivada- respecto a esta prohibición, claramente incompatible con la causa de extinción contractual establecida al art. 52 d) ET, facultad extintiva ya existente en el momento de la ratificación. Ni tampoco que, golpe ratificado, intentara excluir del ámbito de aplicación del Convenio a los trabajadores en situación de incapacitado temporal de corta duración, por medio del procedimiento

establecido a los apartados 4.º y 5.º del art. 2 del Convenio 158, cosa que hubiera requerido la previa consulta del legislador con se las organizaciones sindicales y empresariales, y explicitar y justificar la exclusión ante la OIT.

Procede recordar que, según dispone el art. 96.1 CE, "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico", añadiendo, a continuación, 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".

Esto aboca a la conclusión que -ya desde aquel momento inicial de la ratificación- se produjo una situación de incumplimiento frontal del art. 6 del mismo, al no eliminar, ni corregir, ni excepcionar la facultad extintiva contemplada al art. 52 d) ET, fundamentada en "la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión", que, según aquel precepto, "no deberá constituir una causa justificada de la terminación de la relación laboral".

Y este incumplimiento se ha acentuado manifiestamente con la flexibilización de la misma que resulta de la Ley 3/12, en la medida que desvincula la facultad extintiva del absentismo colectivo (como "dificultad objetiva" a superar, por la onerosidad y disfunción organizativa y productiva que genera) y la centra en el trabajador enfermo, individualmente considerado.

## 2. Afectación del derecho a la salud (arts. 15, 40 y 43 CE).

Este incumplimiento de una norma internacional jerárquicamente prevaleciendo, además, tiene una evidente relevancia constitucional puesto que, según dispone el art. 10 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidas a la Constitución se tienen que interpretar de conformidad a los tratados internacionales ratificados. Y en orden al juicio de constitucionalidad que se pide del art. 52 d) ET procede -antes de que nada- plantearse si la finalidad de este precepto y los medio para lograrla son plenamente compatibles con nuestro marco constitucional.

A pesar de que ni el RDL 17/77 -que introdujo esta facultad extintiva- ni las sucesivas versiones del Estatuto de los Trabajadores han explicitado la finalidad del art. 52 d) ET, sí que lo ha hecho la jurisprudencia en términos bastante claros, todo y los matices: así, mientras la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12.2.2002 (AS 2002, 1073) la identificaba con "*permitir a la empresa librarse de los absentistas profesionales cuyo fraude es de prueba prácticamente imposible*", de forma más matizada la STS de 23.1.07 razona 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*", añadiendo un matiz bastante interesante: "*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 trabajadores, normalmente formado por ausencias al trabajo de escasa duración e intermitentes*".

Pero la reciente STSJ de Cataluña de 9.4.13, invocada por la demandada y que analiza ya el actual redactado, parece identificar una finalidad diferente, a el de la Reforma Laboral de 2012, cuando razona que "el legislador dentro de sus facultadas 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", y, ya más adelante, cuando se refiere como "una regulación que pretende, sin más, penalizar a los trabajadores que no sean suficiente productivos".

Efectivamente, la novedad principal del nuevo precepto, es la "individualización" de la causa extintiva, que se desvincula de la exigencia un determinado índice de absentismo colectivo. Y la segunda, Esta supresión del cómputo del absentismo del conjunto de la plantilla pone de manifiesto que el objeto -y/o el efecto- de la norma ya no es sólo "librarse de los absentistas profesionales" (STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12.2.2002), ni evitar la onerosidad derivada de la superación de aquel índice colectivo, sino "penalizar a los trabajadores que no sean suficiente productivos" (STSJ de Cataluña de 9.4.13). La "causa objetiva" que habilita la extinción ya no es el perjuicio económico y productivo que un absentismo colectivo disparado podía generar en una empresa, sino la posibilidad de despedir a aquel trabajador que, por causa -entre otros- de enfermedad, no es "suficientemente productivo".

Y la duda que este magistrado comparte con la demandante es si este nuevo redactado del art. 52 d) ET, al flexibilizar al máximo los requisitos por la facultad extintiva en orden a "permitir a la empresa librarse de los absentistas profesionales cuyo fraude se dé prueba prácticamente imposible" o "penalizar a los trabajadores que no sean suficiente productivos" (según las sentencias ya mencionadas) no provoca una situación de amenaza o coacción en general hacia a todos los trabajadores en general, y a los enfermos en particular, que los disuada del ejercicio de un derecho tan elemental (se considere al art. 15 CE y/o en el art. 43 CE) cómo es el de ser reconocido en situación de incapacitado temporal en caso de enfermedad. De hecho, ha sido noticia repetidamente difundida en los medios que, de acá la Reforma Laboral del año 2012, muchos pacientes han pidiendo de sus médicos de familia que se los fuera entregada el alta médica antes del plazo de curación previsto a efectos de evitar la situación de riesgo que, objetivamente, se los genera el art. 52 d) ET (Telediario mediodía,

Tv3, de fecha 21.2.13).

Hay que recordar que, en relación al art. 15 CE, ha sido el mismo Tribunal Supremo quién, a la STS de 29.1.11, razonó 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 enlaza con *"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"*.

Hay que preguntarse, en definitiva, si las finalidades que hasta ahora se habían considerado legítimas respecto a los anteriores redactados del art. 52 d) ET -la lucha contra el absentismo individual y colectivo, como dificultad "objetiva" por la productividad o, incluso, viabilidad de una empresa- no han quedado manifiestamente desvirtuadas con la flexibilización del actual redactado, que sólo tiene en cuenta ya la situación individual del trabajador enfermo (y su "carencia de productividad"). La desvinculación del absentismo colectivo como "causa objetiva" que justificaba la facultad extintiva, deja como única finalidad de la misma la persecución o penalización del "trabajador absentista". Y en este contexto, la única lógica comprensible del redactado actual es -aunque la norma no lo explicita- la presunción que incurreix en absentismo todo trabajador en una situación de incapacitado temporal no excluida del cómputo.

Por lo tanto, la reducción de la causa "objetiva" a este solo dato, las ausencias por IT del trabajador a causa de enfermedad, además de entrar en flagrante contradicción con una norma de rango superior cómo es el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT, como ya se ha visto, supone -objetivamente- una situación de amenaza hacia a todos los trabajadores en general, y a los enfermos en particular, que los disuade del ejercicio de un derecho tan elemental -integrado al art. 15 CE y/o en los arts. 40 y 43 CE- cómo es el de ser reconocido en situación de incapacitado temporal el tiempo necesario para la curación o mejora de la enfermedad.

### 3. La enfermedad como factor genérico de discriminación (art. 14 CE).

Por otro lado, y ya en relación al art. 14 CE, como sostiene un sector de la doctrina científica (Baylos, Pérez Rey, Anna Ginés, Albert Toledo, Esther Sánchez, M. del Mar Ruiz Castillo, Esther Carrizosa, entre otros) y cómo ha tenido ocasión de expresar este magistrado en varios pronunciamientos anteriores (sentencias JS 33 de Barcelona de 29.3.05, 25.10.05, 21.7.06 y 8.2.07), la enfermedad o estado de salud del trabajador, en el contexto de la relación laboral, sí habrían de ser considerado -a todos los efectos- un factor de discriminación incardinable al art. 14 CE, y no sólo cuando concurre un excepcional elemento segregacionista, como exige el TS. Y tendría que ser considerado genéricamente -y no excepcionalmente- un factor de discriminación en la relación laboral en razón, precisamente, de la situación de debilidad o vulnerabilidad -física, pero también jurídica- que le provoca, de la que el mismo actual redactado del art. 52 d) ET es un claro exponente, en cuanto que lo sitúa automáticamente en riesgo de exclusión laboral.

Esta debilidad, como potencial factor de discriminación, explica su inclusión al art. 6 del Convenio 158 OIT, a continuación del resto de causas prohibidas de despido, explicitadas al art. 5 de la misma norma, coincidentes con las causas "odiosas" de discriminación: afiliación y actividad sindical, presentar una reclamación o reivindicación, la raza, el color, el sexo, estado civil, responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, ideología política, origen social o nacional, etc.

No está de más recordar, en este punto, el pasado inmediato: hasta la LPL de 1990 y la posterior Reforma Laboral de 1994, los arts. 55.6 ET y 102.6 LPL establecían una tutela específica del trabajador enfermo, de tal manera que -cómo se dispone ahora mismo al actual art. 55.5 ET en relación a las situaciones vinculadas a los derechos de conciliación- el despido de todo trabajador en suspensión de contrato (cómo supone la IT) tenía que ser calificado nulo caso de no resultar procedente. Y tampoco está de más tener presente, como probable innovación legislativa, que data 7.1.11 el anterior gobierno del Sida aprobó un "Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación", actualmente en tramitación parlamentaria, que incorpora ya explícitamente -como nueva causa genérica de discriminación, juntamente a la identidad sexual y a la lengua, al art. 2- la "enfermedad", como causa diferenciada de la "discapacidad".

No ignora este magistrado el consolidado criterio del Tribunal Supremo al 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 y, más recientemente, la STS 12.7.12). Este "elemento

segregacionista", por cierto, es concebido por el Tribunal Supremo en forma sumamente restrictiva, puesto que no ha sido apreciado en cabeza de las múltiples sentencias que ha dictado, incluso cuando sí lo había apreciado las STJS de Cataluña de 12.6.06 y 7.9.06, en Sala General, revocadas por las STS de 11.12.07 y 18.12.07.

Son diversas las razones que, a criterio de este magistrado y con el máximo respeto, abocan a una necesaria evolución o rectificación de esta doctrina:

- La enfermedad sí constituye, ahora mismo, un claro elemento de segregación en razón, precisamente, de la situación de debilidad o vulnerabilidad -física, pero también jurídica- que le provoca, de la que el actual redactado del art. 52 d) ET es un claro exponente, en cuanto que sitúa automáticamente a muchos trabajadores enfermos en riesgo de exclusión laboral.

- El colectivo de trabajadores malalalts, aunque sea efímero y variable, merece -precisamente en razón de aquella vulnerabilidad- una especial protección para garantizar la igualdad real y efectiva, sin que la enfermedad -de corta o larga duración- pueda suponer un obstáculo por su vida laboral, tal como mandata el art. 9-2 CE.

- La reducción de la discriminación por enfermedad a las excepcionales situaciones "segregacionistas" (inapreciadas hasta el momento) comporta reducir la discriminación a una actuación no sólo intencional, sino -además- perversa, cosa manifiestamente inadmisibles en el actual estadio de evolución doctrinal y normativo del concepto de "discriminación directa".

- La justificación "economicista" o "productivista" para descartar la intencionalidad discriminatoria tampoco es admisible. Sólo hay que aplicarla a otra causa de discriminación para constatarlo: nunca podríamos admitir que despedir por causa de embarazo o el ejercicio de un derecho de conciliación no es discriminatorio desde "una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere lavable para la empresa".

Por otro lado, y con independencia de estos motivos de discrepancia, hay que tener presente que esta doctrina del Tribunal Supremo se ha establecido, fundamentalmente, en relación al despido disciplinario, o -más exactamente- respecto del llamado "despido expreso" (entendido a la práctica forense mayoritaria como un despido acausal, figura extintiva ya desaparecida de nuestro marco normativo), pero no en relación al art. 52 d) ET, ni siquiera en la versión anterior al actual.

Y la duda que se plantea este magistrado es consigo el actual redactado del art. 52 d) ET, al desvincularse del absentismo colectivo como "causa objetiva" que habilita por la extinción, no se ha convertido esta facultad extintiva en "un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada". Perqué, en el caso de las bajas originadas por enfermedades no explícitamente excluidas (por su duración, cáncer, gravedad o derivar de violencia de género), estas enfermedades son la causa de la situación ausencia justificada que, no obstante, habilita a la empresa por el despido. Por lo tanto, pasan a ser -automática y incondicionadamente, a diferencia del texto anterior- la causa del despido y, por lo tanto, de segregación del trabajador respecto al resto de la plantilla.

#### 4. La "enfermedad asimilable a discapacitado", causa de discriminación a la Directiva 2000/78.

En todo caso, refuerza la duda de este magistrado la reciente STJUE de 11.4.13 (asunto "Ring"), en el contenido de la cual se entrará más adelante, y que -clara y manifiestamente- modifica su doctrina anterior (STJUE 11.7.06, asunto "Chacón Navas") y amplía el concepto de "discapacitado" como factor odioso de discriminación prohibido por el art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78, al integrar enfermedades de larga duración que -curables o no- generen limitación al trabajo. Respecto de estas enfermedades -como la que padece la demandante- el actual redactado del art. 52 d) ET puede integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacitado, en los términos que prohíbe el 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,....*".

Así lo entiende uno de los primeros comentarios doctrinales respecto de esta sentencia comunitaria (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*", añadiendo 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*".

Y, avalando plenamente la tesis anteriormente expuesta, concluye: "Un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no será improcedente, sino nulo; la extinción por causas objetivas (si las ausencias intermitentes traen su causa de la enfermedad asimilada) puede merecer esa misma consideración".

#### 4. Conclusión: inconstitucionalidad del actual redactado del art. 52 d) ET.

Tal como establece el art. 38 CE, los poderes públicos -judicial incluido- están comprometidos en la defensa de la productividad de las empresas, en la cual entraría -sin duda- la lucha contra el absentismo, entendido como práctica abusiva y/o fraudulenta de los derechos de protección de la salud.

Pero la defensa de este legítimo objetivo empresarial no se puede instrumentar por medio de una facultad extintiva que, como pasa con el actual redactado del art. 52 d) ET, colisiona con derechos fundamentales prevalentes -cómo son la prohibición de discriminación y a la integridad física, consagrados al art. 14 y 15 CE- y con otros derechos constitucionales que también se tienen que proteger cómo son el derecho a las prestaciones de seguridad sociales (médicas y económicas) y el derecho a la salud, recogidos a los arts. 41 y 43 CE. Y menos cuando el ordenamiento jurídico ya prevé otros instrumentos jurídicos para combatir el absentismo fraudulento: revisiones médicas a cargo de la ICAM, de las mutuas y de las empresas, ex art. 20-4 ET, así como la propia facultad disciplinaria.

#### V. Acomodo interpretativo del art. 52 d) al ordenamiento constitucional.

El art. 5 de la LOPJ, en su apartado segundo, dispone que cuando un órgano judicial considere que una norma con rango de ley, aplicable al caso, pudiera ser contraria a la Constitución, tiene que plantear la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional, de conformidad al que dispone su Ley Orgánica (LOTJ). El mismo precepto, pero, a continuación, en su apartado tercero, matiza que procederá este planteamiento cuando por vía interpretativa no sea posible el acomodo de la norma al ordenamiento constitucional.

Las razones expuestas en el anterior fundamento jurídico, a criterio de este magistrado, justificarían el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, tal como postula la demandante.

No obstante, es del conocimiento general que las cuestiones de constitucionalidad son resueltas actualmente por el Tribunal Constitucional con un retraso (de cinco a diez años, en los casos más recientes), retraso del todo inasumible por las partes y por el propio órgano judicial. Cabe recordar que fue el mismo Tribunal Constitucional quién proclamó, ya hace tiempo, que el derecho a la tutela judicial "efectiva" consagrado al art. 24 CE integra el derecho a obtener una resolución justa en un plazo razonable, y aquel retraso -manifiestamente- no lo es.

Esto hace necesario -por parte del órgano judicial y en orden a evitar a las partes los perjuicios de una demora tan perjudicial- restringir su planteamiento a los casos de absoluta indispensabilidad, y potenciar al máximo -tal como dispone el art. 5-2 LOPJ- el acomodo de la norma al ordenamiento constitucional por vía interpretativa.

Y en este sentido, todo y las dudas de constitucionalidad ya expuestas, la más reciente doctrina comunitaria -la STJUE de 11.4.13, "asunto Ring", ya mencionada- posibilita una interpretación del art. 52 d) ET que lo hace compatible con la Directiva 2000/78, que prohíbe la discriminación -directa o indirecta- a causa de discapacidad, cosa que puede determinar la exclusión de la situación de hecho que se contempla en el presente caso del ámbito de aplicación del mencionado precepto.

Por lo tanto, no aconteciendo indispensable el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad para una hipotética estimación de la demanda, no será atendida esta petición previa de la parte demandante, sin perjuicio que -en orden al mandato de congruencia y exhaustividad exigidos por el art. 218 LEC- este magistrado haya considerado oportuno expresar aquellas dudas de constitucionalidad respecto de la norma aplicable.

Cómo ya se ha avanzado, procede abordar a continuación -en congruencia con la pretensión principal de la demanda (la declaración de nulidad de la extinción impugnada)- el motivo de impugnación de fondo que, a pesar de estar expuesto en último lugar a la demanda, sería el que -en su caso- posibilitaría aquella pretensión principal.

#### VI. Inaplicabilidad del art. 52.d) ET en el caso presente, a la luz de la STJUE de 11.4.13.

##### 1. Posiciones de las partes respecto la aplicación del art. 52.d) ET al caso presente.

En el hecho octavo de la demanda, y como motivo de impugnación de fondo, alega la demandante que gran parte de las bajas computadas por la extinción impugnada responden a la migraña que sufre, enfermedad neurológica crónica y recurrente, que -a tenor del actual redactado del art. 52 d) ET- tiene que ser considerada una "enfermedad grave" y, por lo tanto, las bajas médicas que se derivan no serían computables en razón del último párrafo del precepto, en el redactado resultando de la Ley 3/12, cuando dispone que "Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad gravo".

La empresa demandada se ha opuesto a esta alegación, al sostener que cuando el legislador menciona "enfermedad gravo" además del cáncer, se está refiriendo a una enferma de gravedad análoga, gravedad que no concurre -a su criterio- en el caso de la migraña, si bien no cuestiona que pueda ser episódicamente

incapacitando. Tampoco ha cuestionado, y así se recoge en el hecho tercero, que en el momento de ser subrogada la demandante informó a la demandada que sufría aquella patología, que, bajo el diagnóstico de "migraña con aura episódica pero incapacitante", le es tratada al servicio de neurología del Hospital de San Juan de Diez, que data 24.8.12 informaba que en aquel momento "presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante" (folios 133-135).

## 2. La determinante relevancia de la STJUE de 11.4.13 (asunto "Ring").

En este punto acontece de obligada referencia la reciente sentencia dictada por el TJUE en fecha 11.4.13, dado que en su parte dispositiva efectúa dos declaraciones de especial relevancia en orden a la resolución del presente pleito.

Esta sentencia responde a dos cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano judicial danés respecto a dos trabajadoras que habían sido despedidas a causa de sucesivas bajas médicas que respondían a un diagnóstico de "dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento", en el caso de la Sra. Ring, y de un "latigazo cervical" en el de la Sra. Werge. Estos despidos se habían acordado al amparo del art. 5-2 de la norma danesa que regula las relaciones laborales (identificada como "FL" a la sentencia), que dispone 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 las respectivas demandas denunciaron que su despido era a causa de "incapacidad" y, por lo tanto, se los resultaba de aplicación la Directiva núm. 2000/78, el objeto de la cual, según su art. 1er, es el establecimiento de un marco general para luchar contra las discriminaciones por -entre otros motivos- discapacitado.

De las cuatro declaraciones que se contienen a la parte dispositiva, resultan relevantes por el presente caso la primera, referida al concepto de "discapacitado", y la cuarta, referida a la prohibición de despido a causa de "discapacitado":

*"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."*

Ambas declaraciones -como reconoce y justifica el párrafo 37 de la sentencia- comportan una evolución notable de la anterior jurisprudencia comunitaria, en cuanto que suponen incluir dentro del concepto "discapacitado", como factor de discriminación comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, el que podríamos denominar "enfermedades asimiladas".

Así, recuerda la sentencia, en su apartado 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."

Pero mientras la sentencia Chacón Navas diferenciaba claramente el concepto de "enfermedad" y el de "discapacitado", y afirmaba que el despido de un trabajador exclusivamente a causa de enfermedad no puede considerarse una discriminación a causa de discapacitado (al considerar que los motivos de discriminación comprendidos al art. 1 de la Directiva 2000/78 es una lista cerrada y exhaustiva, que no puede ampliarse por analogía a otros motivos de discriminación), a la sentencia "Ring" de 11.4.13 se razona explícitamente la necesidad de evolucionar y ampliar este concepto después de que la Unión Europea haya ratificado la Convención de la ONU (que, por lo tanto, se integra en el ordenamiento jurídico de la UE, párrafo 30), incluyendo -clara y explícitamente- las enfermedades de larga duración que comporten limitaciones, y excluyendo sólo las

enfermedades que no comporten limitación. Se reproducen los apartados más relevantes que expresan este razonamiento:

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).*

Por lo tanto, y a la luz de estos dos últimos párrafos, el elemento determinante para incluir la enfermedad en el concepto de "discapacitado" -y, por lo tanto, en el ámbito de la tutela anti-discriminatoria de la Directiva 78/2000 es 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".

Establecida esta ampliación en la primera de las declaraciones de la Sentencia Ring de 11.4.13, cabe ahora coger la dimensión de la prohibición de despido establecida en el punto 4rt, cuando 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 sentido y la trascendencia de esta prohibición queda muy patente al apartado 76 de la sentencia:

"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."*

Pero a continuación, al apartado 77, se plantea la sentencia -antes de concluir su carácter indirectamente discriminatorio- si la norma danesa que autoriza estos despidos, y que supone un diferente trato por los discapacitados (por su mayor riesgo de acumular días de baja), " *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 como prevé -como excepción- el epígrafe e) del mismo art. 2-2 de la Directiva 78/2000.

Según explica la sentencia en los apartados siguientes, el gobierno danés razona 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, según el gobierno, " *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 admite -apartado 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*", y -ya al apartado 90- parece que, como regla general y de futuro, traslada al órgano judicial nacional la valoración de 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.*"

Pero, todo y esta remisión al criterio del órgano judicial que ha planteado la cuestión prejudicial, entiende el TJUE que tiene que proporcionar ya el criterio de valoración de la posible medida cuestionada y lo hace de manera tan clara y categórica en los dos apartados finales de la sentencia, que -de hecho- ya no deja margen de apreciación al mencionado órgano 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.*"

Esta categórica conclusión respecto al carácter inadecuado de la norma cuestionada para lograr el legítimo objetivo perseguido, determina -por lo tanto- que no quede desvirtuada la presunción de discriminación indirecta apreciada al apartado 76, ya expuesta anteriormente:

" *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 necesaria interpretación del art. 52 d) ET a la luz de la STJUE de 11.4.13.

La relevancia de la evolución jurisprudencial que supone esta sentencia es manifiesta y obvia, en cuanto que cuestiona la separación entre "enfermedad" y "discapacitado" en la que se fundamentaba el cuerpo doctrinal mencionado en los fundamentos jurídicos anteriores, especialmente la del Tribunal Supremo, que limitaba a las situaciones de "discapacitado" (legalmente declarada) la tutela anti-discriminatoria. Ahora hay que asimilar o integrar en el concepto "discapacitado" las enfermedades de larga duración que generen limitación.

Pero esta sentencia obliga también, necesariamente, a una interpretación del actual art. 52 d) ET que se adapte a este concepto ampliado de "discapacitado" y –por lo tanto- también al mayor ámbito de protección anti-discriminatoria de la Directiva 2000/78, y, específicamente, a la prohibición de despedir "a causa de discapacitado" que deriva del art. 2.2.b) de la Directiva, cuando dispone 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"*.

Esta interpretación tiene que pasar, indefectiblemente, porque entre las ausencias justificadas no podrán ser computadas las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades que, por su larga duración y la limitación que comportan, tengan que ser incluidas en este concepto ampliado de "discapacitado".

El único posible obstáculo a esta interpretación sería que entrara en juego la excepción prevista en el mismo art. 2.2. de la Directiva, en el epígrafe y): *"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 este punto, y como ya se ha razonado anteriormente, conviene recordar que la causa extintiva regulada al art. 52 d) ET fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por una norma pre-constitucional, como es el RDL 17/77 y, por lo tanto y ya sólo por una razón estrictamente cronológica, a diferencia del que parece gastarse de la norma danesa analizada por la STJUE "Ring" de 11.4.13, en ninguno responde a una intencionalidad incentivadora de la contratación de personas discapacitadas (ni que sea favoreciendo el ulterior despido, como razona el gobierno danés). Por el contrario y como ya se ha expuesto anteriormente, la finalidad o intención de la norma se imputa -según la jurisprudencia- a *"la de permitir a la empresa librarse de los absentistas profesionales cuyo fraude es de prueba prácticamente imposible"* (como se 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"* (como sostiene la STSJ de Catalunya de 9.4.13, ya mencionada).

En todo caso, y desde la perspectiva que ahora interesa -la posible concurrencia de la excepción que admite el epígrafe y) del art. 2.2 de la Directiva 78/2000 para resolver si el art. 52.d) ET integra una discriminación indirecta por razón de discapacitado- resulta del todo evidente que aunque se admitiera la legitimidad de ambas finalidades (facilitar la extinción contractual del "absentista profesional" y del trabajador poco productivo), en ningún caso se podría admitir que "los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios", puesto que difícilmente podrían justificar una norma que habilita, indiscriminadamente, para despedir –también- a los trabajadores en situación de baja por enfermedad y/o discapacitado (en el concepto amplio ya expuesto) que, en su inmensa mayoría, no tienen aquella intencionalidad absentista.

Por lo tanto y a manera de conclusión: la reciente STJUE 11.4.13 obliga a reinterpretar el art. 52.d) ET de forma que evite que su aplicación perjudique manifiestamente a los trabajadores que sufren una enfermedad de larga duración y que provoca limitaciones (enfermedad que se tiene que considerar discapacitado, desde la perspectiva de la Directiva 2000/78), atendido el riesgo evidente de causar un mayor número de situaciones de incapacidad temporal (con el correspondiente incremento de la posibilidad de ser despedidas). Y esta necesaria interpretación pasa -necesariamente y tal como postula la demandante- para concluir que las situaciones de incapacidad temporal derivadas de este tipo de enfermedades no puedan ser computadas a efectos del art. 52.d) ET, al derivar de "discapacitado", en la dimensión comunitaria del término.

#### 4. Inaplicación del art. 52 d) ET al caso presente, al concurrir una "enfermedad asimilada a discapacitado".

A la luz de esta nueva interpretación del art. 52 d) ET, se llega a la conclusión, necesariamente, que el art. 52 d) ET no puede dar cobertura legal a la extinción contractual impugnada, al darse todas las condiciones que determinan su inaplicación al caso presente:

La primera -como se recoge en el relato fáctico- es la que todas las bajas médicas especificadas a la comunicación extintiva, sacado de una, responden al diagnóstico de "migraña", enfermedad crónica, diagnosticada desde el año 2003.

La segunda es el carácter limitante de esta patología: le es tratada al servicio de neurología del Hospital de San Juan de Diez, que data 24.8.12 informaba que en aquel momento "presenta crisis con aura episódica pero incapacitante". Más allá del simple diagnóstico, la sintomatología, evolución y medicación que se describen al informe neurológico -parcialmente reproducido en el relato fáctico- ponen de manifiesto el carácter crónico y la relevancia incapacitante de la mencionada patología.

Y la tercera condición, que se añade necesariamente a las anteriores para llegar a la mencionada conclusión, es el incontrovertido conocimiento empresarial que se tenía de la enfermedad neurológica que sufre la

demandante, cosa que le permitía inferir -a pesar de no consignarse el diagnóstico en los comunicados de baja médica que le fueran entregados- que las ausencias tenían su origen en aquella enfermedad.

Este conocimiento empresarial de la larga enfermedad que sufre la demandante (la situación de "discapacitado", en definitiva), además de las obligaciones preventivas de vigilancia de la salud, de específica protección y de adaptación establecidas a los arts. 20 y 25 LPLRL y al art. 5 de la misma Directiva 2000/78, impedía poder hacer uso de la facultad extintiva ex art. 52 ET d), sin previamente -y por medio de la oportuna revisión médica, con garantía de confidencialidad- tuviera la constancia que las bajas respondían a otro tipo de patologías o enfermedades, que sí fueran computables (en no derivar de aquella enfermedad asimilada a "discapacitado").

#### **VII. Nulidad de la extinción impugnada.**

La extinción impugnada, por lo tanto, al fundamentarse en las situaciones de incapacitado temporal generadas por su enfermedad asimilada a discapacitado (a la luz de la STJUE 11.4.13), queda fuera del ámbito de cobertura del art. 52.d. d) ET (interpretado en congruencia con la prohibición de discriminación del art. 2 de la Directiva 78/2000). Por lo tanto, ha comportado no sólo la vulneración del art. 15 CE, en los términos denunciados a la demanda y en los fundamentos jurídicos anteriores, sino que ha supuesto -también- una clara discriminación, al haber sido despedida a causa de "discapacitado" (en el concepto amplio establecido por la STJUE de 11.4.13), a tenor del que dispone el art. 2 de la Directiva 2000/78), que califica como discriminación directa todo acto desfavorable a causa de discapacitado.

Por lo tanto, y en congruencia con la pretensión principal deducida a la demanda, la extinción impugnada se tendrá que calificar judicialmente como nula, tal como se dispone al art. 122 a) LRJS.

#### **VIII. Inexistencia de incumplimientos en la formalización de la extinción impugnada.**

En orden a dar cumplimiento al mandato de exhaustividad y congruencia del art. 218 LEC, y por el caso que fuera revocada la calificación de nulidad de la extinción, razonada anteriormente, se abordan también los motivos de impugnación que denuncian el incumplimiento de requisitos formal en la extinción.

##### **1. Suficiencia de la comunicación extintiva.**

En el hecho séptimo de la demanda, epígrafe a), denuncia la demandante que la carta de extinción *"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 su queja en la inclusión del siguiente párrafo de la comunicación escrita, después de concretar las faltas de asistencia de la trabajadora: *"Tal y como usted conoce perfectamente, el sistema de trabajo establecido en el servicio se basa 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"*.

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"*.

Ciertamente, se tiene que compartir con la demandante que el párrafo en cuestión no tiene la necesaria concreción ni claridad deseable. Pero en todo caso parece evidente la intención del mismo: poner de manifiesto que las ausencias de la demandante, además de la repercusión estrictamente "productiva" (pérdida de jornadas hábiles), tiene una repercusión "organizativa", dado que afecta la prestación del servicio y en el nivel de atención de los usuarios.

En todo caso, la afirmación contenida en el párrafo cuestionado -el específico trastorno que generan las ausencias de la demandante en la prestación del servicio- resulta manifiestamente inadecuada en el contexto de una comunicación de extinción contractual fundamentada, exclusivamente, en el art. 52 d) ET, que sólo puede atender al dato, estrictamente numérico, de las ausencias del trabajador, pero en ningún caso se puede fundamentar -como causa añadida- en la relevancia o trastorno organizativo que las mencionadas ausencias puedan generar a la empresa. Esta es una cuestión que, en todo caso, podría valorarse si resulta válida en orden a apreciar la posible concurrencia de una posible causa objetiva de ineptitud (art. 52, a) ET), pero no puede ser valorada en el contexto de la única causa extintiva invocada a la comunicación impugnada (art. 52, d) ET).

Por lo tanto, por más -como ya se ha dicho- el párrafo cuestionado es manifiestamente inconcreto, no se puede considerar que haya generado indefensión a la demandante, en cuanto que se refiere a una cuestión -la posible especial relevancia o trastorno organizativo que generan sus ausencias- que no puede ser objeto del presente pleito (y que, de hecho, no lo ha sido), que sólo puede atender al número de días de ausencia

computables, prescindiendo absolutamente del trastorno organizativo que hayan podido generar estas ausencias, no valorable en el presente pleito en razón de la causa legal extintiva invocada por la demandada.

Por lo tanto, el que es necesario es prescindir total y absolutamente del mismo, pero sin apreciar la pretensa insuficiencia o inconcreción en la carta extintiva, puesto que a la misma concurre la suficiente información respecto a la causa extintiva invocada, la referida en el art. 52 d) ET.

## 2. Puesta a disposición de la indemnización legal.

Tampoco podrá prosperar la denuncia, contenida en hecho 7è.b) de la demanda, conforme la demandada incumplió el requisito de puesta a disposición simultánea de la correspondiente indemnización.

Según ha quedado acreditado y se recoge en el hecho probado 5è, en el momento de intentar notificarle la comunicación escrita a la demandante, en fecha 28.5.13, la demandada también puso a su disposición el cheque con el importe de la indemnización referida a la misma, por importe de 4.729,10 euros, que finalmente no le fue entregado dado que la demandante no quiso firmar el acuse de recibo de la misma (de la comunicación extintiva y del cheque).

Esta cautela empresarial de no entregarle el cheque si la demandante no se avenía a firmar la recepción de la comunicación extintiva y del cheque (al margen que pudiera manifestar su disconformidad), no puede ser apreciada como un incumplimiento del requisito formal, dado que no se ha alegado -ni se ha acreditado- que se condicionara la entrega de la carta y/o el cheque a la firma de la conformidad de la demandante a la extinción, y no se ha acreditado la afirmación de la demanda conforme el representante de la demandada se negó a que la demandante expresara, a la misma la comunicación, su disconformidad.

En todo caso, acreditado que, una vez notificada la comunicación por burofax en fecha 3.6.13, la demandante cobró inmediatamente la indemnización, la denuncia -en este punto- tiene que ser rechazada.

Atendidos los razonamientos expuestos,

## DECIDO

Estimar íntegramente la demanda interpuesta por GLORIA contra (empresa demandada) en demanda en impugnación de EXTINCIÓN POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS, declarar la nulidad de la extinción hecha efectiva el 12.6.13, por su carácter discriminatorio, y condenar la demandada a la inmediata readmisión de la demandante y al abono de los salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia.

(Versión original del CENDOJ en catalán)