

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3887/2019

Ponente: Excm.a Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

### Sentencia núm. 188/2022

Excmas. Sras. y Excmo. Sr.

D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 23 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Antonio Gallardo Cubero, en nombre y representación de Ferroser Servicios Auxiliares SA, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 10 de abril de 2019, recaída en el recurso de suplicación núm. 664/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca, dictada el 7 de marzo de 2018, en los autos de juicio núm. 861/2015, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Carlos Enrique Ruiz Conejero, contra Ministerio Fiscal y Ferroser Servicios Auxiliares SA, sobre Derechos Fundamentales.

Ha sido parte recurrida D. Carlos Enrique Ruiz Conejero, representado y asistido por el letrado D. Javier Martínez Guijarro.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de marzo de 2018, el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «ESTIMO en su petición principal la demanda formulada por D. CARLOS ENRIQUE RUIZ CONEJERO, por DESPIDO con VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, contra la empresa FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A., y en su consecuencia procede declarar la NULIDAD del despido del actor, condenando a la mercantil demandada a la readmisión inmediata del actor en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones de trabajo que tenía con anterioridad al despido de fecha 8 de Julio de 2.015, con abono de los salarios dejados de percibir desde dicha fecha y hasta el Auto de fecha 5 de Mayo de 2.016, y desde la fecha de notificación de la presente Sentencia hasta su reingreso efectivo a razón de 47,83 €/día, pudiendo ser minorada la cantidad económica resultante de lo ya abonado por la demandada por el despido efectuado si así hubiera ocurrido. Asimismo, condeno a la empresa FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A. a que abone a D. CARLOS ENRIQUE RUIZ CONEJERO la cantidad de 1 € como indemnización por vulneración de sus derechos fundamentales. No hay pronunciamiento en materia de costas procesales.».

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

«PRIMERO.- Que el actor, D. CARLOS ENRIQUE RUIZ CONEJERO, con D.N.I. nº 04.562.957-X, ha venido prestando sus servicios para la empresa “FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A.”, dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, siendo a la fecha del despido del actor la adjudicataria del servicio de limpiezas del Hospital “Virgen de la Luz” de Cuenca (dependiente del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha - SESCAM-), donde el actor prestaba sus servicios profesionales con la categoría profesional de “Limpiador”, desde el día 2 de Julio de 1.993 y con un salario diario de 47,83 €, con prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El actor ha venido realizando con normalidad su actividad profesional tanto para la actual contratista del servicio de limpieza del citado Hospital como para las anteriores empresas adjudicatarias de la contrata, sin que hasta la fecha de su despido hubiera tenido problema reseñable laboral alguno con sus sucesivas empleadoras, ni hubiera sido sancionado con anterioridad.

TERCERO.- El trabajador tiene reconocida la condición de discapacitado mediante Resolución emitida por la Delegación en Cuenca de la Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en fecha 15 de septiembre de 2.014, al padecer un grado de discapacidad del 37%, del cual un 32% lo es por limitaciones físicas (24% por enfermedad del sistema endocrino-metabólico [obesidad] y 10% por limitación funcional de la columna vertebral) y un 5% por factores sociales complementarios.

**CUARTO.-** El trabajador durante los años 2.014 y 2.015 ha causado baja por enfermedad común durante los siguientes períodos:

- Del 1 al 17 de marzo de 2.014 por “dolor agudo”, que había precisado hospitalización (del 26 de febrero al 1 de marzo de 2.014).
- Del 26 al 31 de marzo de 2.014 por “vértigo/mareo”.
- Del 26 de junio al 11 de julio de 2.014 por “lumbago”.
- Del 9 al 12 de marzo de 2.015 por “lumbago”.
- Del 24 de marzo al 7 de abril de 2.015 por “lumbago”.
- Del 20 al 23 de abril de 2.015 por “vértigo/mareo”.

QUINTO.- Según han diagnosticado los Servicios Médicos de la Sanidad Pública (SESCAM), tanto el “vértigo/mareo” como el “lumbago” son causados por una artropatía degenerativa y por una poliartrosis, agravadas por la obesidad que sufre el trabajador, concluyendo que dichas limitaciones tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad reconocida al trabajador.

SEXTO.- El trabajador fue comunicando a su empleadora, en tiempo y forma, todas las situaciones de baja, entregando los correspondientes partes médicos acreditativos de su motivo y duración. No obstante, el trabajador no comunicó a la empresa su condición de discapacitado en momento anterior al planteamiento de la demanda, renunciando voluntariamente a los exámenes médicos periódicos que se realizaban por la Mutua empresarial, por lo que la empresa no tenía conocimiento de la condición de discapacitado del trabajador en el momento de proceder a su despido. Según el Informe de Prevención, el actor reunía las condiciones de aptitud suficiente para el normal acometimiento de su trabajo.

SÉPTIMO.- Que en fecha 7 de Julio del 2.015 la empresa demandada remite comunicación escrita al actor con el siguiente contenido literal: “En Cuenca, a 7 de julio de 2015 Estimado señor, Por medio del presente escrito le comunicamos que en virtud del art. 52.1.c) del ET, esta Empresa ha decidido proceder a la EXTINCIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS con fecha de efectos del día OCHO de julio de 2015, siendo éste su último día trabajado. Esta extinción tiene su fundamento en las faltas de asistencia al trabajo,

aún justificadas, que se enumeran más adelante, y se adopta por la vía de las extinciones por causas objetivas del artículo 52.d), en relación con los artículos 49.1.l) y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Para determinar las ausencias, aún justificadas, se han tenido en cuenta los meses de marzo y abril del presente año y no se han computado a tales efectos las ausencias debidas a huelgas legales, ejercicio de la actividad propia de los representantes de los trabajadores, sean legales y sindicales, accidentes de trabajo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, parto o lactancia; licencia, vacaciones, enfermedades o accidentes no laborales, cuando las bajas han sido acordadas por los correspondientes servicios sanitarios oficiales y han durado más de 20 días. Teniendo en cuenta lo anterior se constata, lo siguiente: Que sus faltas de asistencia en los meses consecutivos de marzo y abril superan el 20% de las jornadas laborables, situándose en un 43,18%. En concreto las ausencias computadas son las siguientes: • Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día nueve hasta el día doce de marzo de 2015. • Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día veinticuatro de marzo hasta el día siete de abril de 2015. • Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día veinte hasta el día veintitrés de abril de 2015. Que sus faltas de asistencia en los doce meses anteriores, alcanzan el 5 % de las jornadas hábiles. En concreto las ausencias habidas en cada uno de los doce meses han sido • Doce días hábiles de ausencia desde el día uno de marzo hasta el día diecisiete de marzo de 2014. • Cuatro días hábiles de ausencia desde el día veintiséis hasta el día treinta y uno de marzo de 2014. • Once días hábiles de ausencia desde el día veintisiete de junio hasta el día once de julio de 2014. Lo que supone 27 días hábiles de ausencia dentro de los 245 días hábiles anuales, lo que supone un absentismo superior al 5 % en el año anterior. En virtud de lo anteriormente expuesto, la Dirección de la Empresa, en aplicación de lo previsto en el art. 53 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se pone a su disposición, en este mismo acto mediante talón nominativo de CAIXABANK Nº 1779 0250010 5 4200 0, la cantidad indemnizatoria de 20 días por año de servicio con el límite de 12 mensualidades y equivalentes a 15.103,71 € (Quince mil ciento tres euros con setenta y un céntimos). Igualmente, se le significa que al amparo de lo previsto en el número 4 del mencionado art. 53 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa ha adoptado la decisión de sustituir el plazo de 15 días de preaviso que prevé el apartado c) del número del citado precepto legal por su compensación en metálico, cuantía que asciende a 709,77 € (Setecientos nueve euros con setenta y siete céntimos) que se abona por talón nominativo de CAIXABANK Nº 1779 0250011 6 4200 0. Quedando la relación laboral extinguida el día de la fecha anteriormente indicada, en la cual se le hace entrega de la comunicación del presente escrito, rogamos acuse de recibo del mismo, informándole que se entregará al comité de empresa escrito similar al entregado a usted. Fdo.- Departamento de RR.LL.”.

OCTAVO.- En fecha 10 de Julio de 2.015 el actor presentó papeleta de conciliación ante los Servicios Periféricos en Cuenca de la Consejería de Empleo y Economía, celebrándose el acto

de conciliación laboral extrajudicial en fecha 22 de Julio de 2.015, finalizando el mismo con el resultado de “Sin Avenencia”.

NOVENO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Cuenca (B.O.P. nº 16, de 9 de Febrero de 2.011).».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, Ferroser Servicios Auxiliares SA formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó sentencia en fecha 10 de abril de 2019, recurso de suplicación nº 664/2018, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Forreser Servicios Auxiliares SA contra la sentencia dictada el 7/3/2018 por el Juzgado de lo Social de Cuenca en los autos 861/2015, debemos confirmar y confirmamos la misma, condenando a D. Ángel Peñalver Martínez al pago de las costas procesales del recurso, que comprende el pago de la minuta de honorarios del Letrado de la parte impugnante, en cuantía de 600 euros, así como a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir a los que se dará el destino que proceda legalmente.».

Por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, se dictó auto de aclaración en fecha 2 de julio de 2019, en el que aparece la siguiente parte dispositiva: «Ha lugar a la aclaración de la sentencia de esta Sala nº 553/2019, de 10 de abril, dictada en el recurso 664/2018, en el sentido de hacer constar en el encabezamiento de la sentencia como letrado de la entidad recurrente al letrado D. JOSÉ ANTONIO GALLARDO CUBERO. Asimismo, la parte dispositiva de la sentencia ha de decir: “Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Ferroser Servicios Auxiliares SA contra la sentencia dictada el 7/3/2018 por el Juzgado de lo Social de Cuenca en los autos 861/2015, debemos confirmar y confirmamos la misma, condenando a dicha entidad recurrente al pago de las costas procesales del recurso, que comprende el pago de la minuta de honorarios del Letrado de la parte impugnante, en cuantía de 600 euros, así como a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir a los que se dará el destino que proceda legalmente”.».

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Ferroser Servicios Auxiliares SA, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 15 de mayo de 2014 (RS 695/2014).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida D. Carlos Enrique Ruiz Conejero, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 23 de febrero de 2022, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-1.-** La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a resolver si puede calificarse de nulo por discriminatorio, por razón de discapacidad, el despido de un trabajador, realizado al amparo del artículo 52.d) ET, en el supuesto en que dicho trabajador tenga reconocida la condición de discapacitado, las ausencias obedezcan a IT derivada de su discapacidad y la empresa desconozca la situación de discapacidad del trabajador.

**2.-** El Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca dictó sentencia el 7 de marzo de 2018, autos número 861/2015, estimando la demanda formulada por D. CARLOS ENRIQUE RUIZ CONEJERO contra FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA sobre DESPIDO, declarando la nulidad del despido del actor, condenando a la demandada a su readmisión inmediata en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al despido de 8 de julio de 2015, con abono de los salarios dejados de percibir desde dicha fecha y hasta el auto de 5 de mayo de 2016 y desde la fecha de la notificación de la sentencia hasta su reingreso efectivo, a razón de 47,83 €/día, pudiendo ser minorada la cantidad económica resultante de lo ya abonado por la demandada por el despido efectuado, si así hubiera ocurrido.

Asimismo, condena a la empresa demandada a que abone al actor la cantidad de 1 € como indemnización por vulneración de sus derechos fundamentales.

Con anterioridad a dictar sentencia, una vez celebrado el juicio Juzgado dictó auto el 9 de mayo del 2016, planteando cuestión prejudicial al TJUE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 18 de enero de 2018 (Asunto c-270/16), en respuesta a la citada Cuestión Prejudicial, declaró lo siguiente: "El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de 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 se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir al trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual le corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente".

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha venido prestando sus servicios para la empresa "FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A.", dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, siendo a la fecha del despido del actor la adjudicataria del servicio de limpiezas del Hospital "Virgen de la Luz" de Cuenca (dependiente del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha -SESCAM-), donde el actor prestaba sus servicios profesionales con la categoría profesional de "Limpiador", desde el día 2 de Julio de 1.993.

El actor ha venido realizando con normalidad su actividad profesional tanto para la actual contratista del servicio de limpieza del citado Hospital, como para las anteriores empresas adjudicatarias de la contrata, sin que hasta la fecha de su despido hubiera tenido problema reseñable laboral alguno con sus sucesivas empleadoras, ni hubiera sido sancionado con anterioridad.

El trabajador tiene reconocida la condición de discapacitado mediante Resolución emitida por la Delegación en Cuenca de la Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en fecha 15 de septiembre de 2.014, al padecer un grado de discapacidad del 37%, del cual un 32% lo es por limitaciones físicas (24% por enfermedad del sistema endocrino-metabólico [obesidad] y 10% por limitación funcional de la columna vertebral) y un 5% por factores sociales complementarios.

El trabajador durante los años 2.014 y 2.015 ha causado baja por enfermedad común durante los siguientes períodos:

- Del 1 al 17 de marzo de 2.014 por "dolor agudo", que había precisado hospitalización (del 26 de febrero al 1 de marzo de 2.014).
- Del 26 al 31 de marzo de 2.014 por "vértigo/mareo".
- Del 26 de junio al 11 de julio de 2.014 por "lumbago".
- Del 9 al 12 de marzo de 2.015 por "lumbago".
- Del 24 de marzo al 7 de abril de 2.015 por "lumbago".
- Del 20 al 23 de abril de 2.015 por "vértigo/mareo".

Según han diagnosticado los Servicios Médicos de la Sanidad Pública (SESCAM), tanto el "vértigo/mareo" como el "lumbago" son causados por una artropatía degenerativa y por una poliartrosis, agravadas por la obesidad que sufre el trabajador, concluyendo que dichas limitaciones tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad reconocida al trabajador.

El trabajador no comunicó a la empresa su condición de discapacitado en momento anterior al planteamiento de la demanda, renunciando



voluntariamente a los exámenes médicos periódicos que se realizaban por la Mutua empresarial, por lo que la empresa no tenía conocimiento de la condición de discapacitado del trabajador en el momento de proceder a su despido. Según el Informe de Prevención, el actor reunía las condiciones de aptitud suficiente para el normal acometimiento de su trabajo.

En fecha 7 de Julio del 2.015 la empresa demandada remite comunicación escrita al actor poniendo en su conocimiento que con fecha ocho de julio extingue su contrato de trabajo por causas objetivas, consistentes en las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, y se adopta por la vía de las extinciones por causas objetivas del artículo 52.d), en relación con los artículos 49.1.l) y 53 del Estatuto de los Trabajadores.

Se constata, lo siguiente:

Que sus faltas de asistencia en los meses consecutivos de marzo y abril superan el 20% de las jornadas laborables, situándose en un 43,18%. En concreto las ausencias computadas son las siguientes:

- Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día nueve hasta el día doce de marzo de 2015.
- Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día veinticuatro de marzo hasta el día siete de abril de 2015.
- Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día veinte hasta el día veintitrés de abril de 2015.

Que sus faltas de asistencia en los doce meses anteriores, alcanzan el 5 % de las jornadas hábiles. En concreto las ausencias habidas en cada uno de los doce meses han sido:

- Doce días hábiles de ausencia desde el día uno de marzo hasta el día diecisiete de marzo de 2014.
- Cuatro días hábiles de ausencia desde el día veintiséis hasta el día treinta y uno de marzo de 2014.
- Once días hábiles de ausencia desde el día veintisiete de junio hasta el día once de julio de 2014.

Lo que supone 27 días hábiles de ausencia dentro de los 245 días hábiles anuales, lo que significa un absentismo superior al 5 % en el año anterior.

**3.-** Recurrída en suplicación por el Letrado D. José Antonio Gallardo Cubero, en representación de FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó sentencia el 10 de abril de 2019, recurso número 664/2018, desestimando el recurso formulado.

Dicha sentencia fue aclarada por auto de 2 de julio de 2019, que respecto a la parte dispositiva de la sentencia establece que se ha de aclarar la misma en la forma siguiente:

«Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Ferroser Servicios Auxiliares SA contra la sentencia dictada el 7/3/2018 por el Juzgado de lo Social de Cuenca en los autos 861/2015, debemos confirmar y confirmamos la misma, condenando a dicha entidad recurrente al pago de las costas procesales del recurso, que comprende el pago de la minuta de honorarios del Letrado de la parte impugnante, en cuantía de 600 euros, así como a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir a los que se dará el destino que proceda legalmente».

El razonamiento de la sentencia, en lo que ahora interesa, aborda dos diferentes cuestiones:

A) Respecto al desconocimiento por parte de la empresa de la discapacidad del trabajador, alegada por la citada empresa para fundamentar que el despido no está basado en la discapacidad y que la decisión de la empresa carece de todo móvil discriminatorio, la sentencia razona que dicho desconocimiento no afecta a la nulidad del despido, que la sentencia recurrida funda, no tanto en la existencia de un propósito lesivo del derecho fundamental por parte del empresario, sino en la aplicación por parte del empresario de una norma, el art. 52.d) del ET, aparentemente neutra, que ocasiona una desventaja a los trabajadores con discapacidad respecto de otros trabajadores en los que no concurre esta condición, toda vez que, en palabras de la STJUE

de 18/1/2018, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por 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 los límites previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores.

Este es el contenido fundamental del pronunciamiento prejudicial del TJUE en la sentencia de 18/1/2018, es decir, que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de 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 se opone a una normativa nacional, en el presente caso el art. 52.d del ET, que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador.

En estos casos la exclusión de la discriminación no puede alcanzarse demostrando la falta de un móvil discriminatorio, lo que en este caso derivaría, según mantiene el recurrente, de la falta de conocimiento por el empresario del factor de discriminación concurrente en el trabajador. En consecuencia, no es de aplicación el mecanismo de defensa del derecho fundamental relativo a la prueba contenido en el art. 181.2 de la LRJS, pues la discriminación sufrida por el actor no es una discriminación directa en el sentido en el que se describe esta figura por la Directiva 2000/78/CEE o el art. 35.4 del RD Legislativo. 1/2013 de 29 de noviembre de 2013, que la traspone en relación con las personas con discapacidad, sino una discriminación negativa ajena a cualquier intencionalidad y que deriva de la propia norma, a la que sin duda se ajusta la decisión empresarial, pero cuya aplicación causa una desventaja al trabajador discapacitado.

En estos casos la exclusión de la existencia de discriminación deriva, no de la existencia de una justificación objetiva y razonable en la decisión empresarial de extinguir el contrato ajena a cualquier propósito discriminatorio, sino de que la norma que causa los efectos discriminatorios pueda justificarse con una finalidad legítima cuando además los medios dispuestos por la norma para conseguir dicha finalidad sean los adecuados y necesarios o se imponga al empresario la obligación de adoptar las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta para eliminar las desventajas que supone esta disposición (art. 35.4 RDLeg 1/2013).

En definitiva, la falta de conocimiento por parte del empresario de la discapacidad del trabajador, que es un hecho probado y no controvertido, es intrascendente en el pronunciamiento de la sentencia de instancia y, por lo tanto, este argumento del recurso no puede ser tomado en consideración, ni de dicho hecho puede derivarse la infracción de los preceptos que se invocan como vulnerados.

B) Respecto a que el trabajador ocultó maliciosamente su discapacidad, con lo que ha impedido que la empresa pueda adoptar, en cumplimiento de la Ley, cuantas medidas específicas, ajustes razonables y acciones positivas fueran precisas y adecuadas para prevenir o compensar la desventaja ocasionada por la discapacidad, la sentencia razona que no es posible imputar al trabajador la falta de adopción por el empresario de dichas medidas.

Continúa razonando que el considerando 29 de la Directiva establece que: "Las personas que hayan sido objeto de discriminación basada en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual deben disponer de medios de protección jurídica adecuados. ...". Por eso lo trascendente para aplicar o no las consecuencias derivadas de la discriminación indirecta que la ley prevé, en este caso la nulidad del despido, no es que hayan existido o no medidas adecuadas o ajustes razonables, que estos hayan podido ser adoptados por el empresario o que el empresario se haya visto imposibilitado para su adopción, lo trascendente es que la discriminación se ha producido y

frente a este hecho no cabe sino aplicar la consecuencia prevista en la legislación, que no puede quedar impedida, como parece pretende el recurrente, por el hecho de que estableciendo la ley la obligación de adoptar medidas adecuadas o ajustes razonables el empresario no haya podido aplicarlas por causas que le son ajenas, o que las aplicadas no hayan conseguido la finalidad de eliminar la discriminación por razón de la discapacidad, cualquiera que hubiera sido la causa de dicha ineficacia.

**4.-** Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. José Antonio Gallardo Cubero, en representación de FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 15 de mayo de 2014, recurso número 695/2014.

El Letrado D. Javier Martínez Guijarro, en representación de D. CARLOS ENRIQUE RUIZ CONEJERO, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente, al no concurrir el requisito de la contradicción entre la sentencia recurrida y la que se invoca como contradictoria.

**SEGUNDO.-1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

**2.-** La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 15 de mayo de 2014, recurso número 695/ 2014, estimó el recurso de suplicación interpuesto por CLECE SA frente a la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de los de Barcelona, autos 679/2013, revocando dicha resolución y declarando procedente el despido objetivo del actor.

Consta en dicha sentencia, teniendo en cuenta la revisión de hechos probados realizada a la vista del recurso formulado por la parte al amparo del artículo 193 b) LRJS, que la actora ha venido prestando servicios para Gentilis Group SL desde el 20 de septiembre de 2007, con la categoría de trabajadora familiar, prestando servicios en el SAD Sant Vicenç dels Horts. El 1 de enero de 2012 recibió comunicación de CLECE SA en el sentido de que se subrogaba en sus condiciones laborales. La actora informó a la empresa que padecía migrañas crónicas, diagnosticada en el año 2003.

El Hospital San Joan de Deu el 24 de agosto de 2012 informó que en dicho momento presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante, con la siguiente descripción: «Malaltia actual: Seguida en NRL desde abr/2009 a abr/10 en ccee de NRL por migrañas desde aprox 2003. Duraban 2-3 días y presentaba 2-3 epis/mes. Buena respuesta a Triptanes (Almignur, almotriptan). TAC normal. Se inicio solgol en sep/09 con buena respuesta pero reaparición del dolor al iniciar el descenso tras 4 meses de tto a plenas dosis. 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)».

El 28 de mayo de 2013 con efectos de 12 de junio de 2013 la empresa le notificó el despido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52 d) ET.

Consigna que desde el 29 de marzo de 2013 a 27 de mayo de 2013 acumula un total de 15 días de ausencia, tanto justificadas como sin justificar.

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 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 tenía planificadas 1665 horas de trabajo, correspondientes a 225 días de trabajo.

De las seis bajas médicas especificadas en la comunicación extintiva tres responden al diagnóstico de migraña, y tres a otras dolencias (faringitis y no especificadas, las de 29/04/2013, 07/05 al 10/05/2013 y 21/05/2013).

La sentencia, tras examinar el contenido de las sentencias del TJUE de 11 de julio de 2006 y 11 de abril de 2013, razona que no ha variado la doctrina respecto del concepto de discapacidad, salvo la referencia a la exigencia recogida en la Convención de la ONU relativa a que la enfermedad sea curable o incurable, que en nada altera la definición de discapacidad ya señalada pues la antecedente sentencia no establecía limitación alguna y lo de que la limitación derivada de ella sea a largo plazo ya se contenía en el punto 45 de la sentencia de 2006, así es de ver en la definición recogida en el punto 47 del caso Ring, cuando señala que El concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78 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.

Continúa razonando que la causa del despido de la actora no es la de estar enferma, sino la reiteración en el número de bajas de corta duración por IT que ha tenido en un determinado período de tiempo. No se castiga pues la ausencia temporal sino la reiteración en ausencias cortas.

Señala que de los documentos de baja aportados por la propia parte actora se evidencia que sólo tres de las seis bajas puede afirmarse que lo fueron por migraña. Ello ya es de importancia pues no permite afirmar que el despido de la actora se fundamentó en unas bajas por la dolencia de migraña y por ende no sería preciso siquiera entrar a examinar si tal dolencia puede calificarse de enfermedad que produce discapacidad. Señala que en los supuestos

recogidos por la sentencia del TJUE de 11-4-2013 se examina únicamente la cuestión de una baja o bajas médicas por una única dolencia, pero no el supuesto presente en el que las bajas tomadas en consideración por la empresa no son debidas a una sola causa, no se cumple el requisito de que la baja lo sea por enfermedad ligada a discapacidad y consecuentemente habrá ya de desestimarse la pretensión actora.

Añade que, sólo a meros efectos dialécticos, tampoco del estudio de la dolencia que se recoge en el ordinal tercero, la dolencia es la de "migraña con aura episódica pero incapacitante", lo incapacitante no es la migraña, sino la exacerbación episódica o crisis que se produce con una frecuencias mensual y por lo tanto mal puede entenderse que la discapacidad que produce lo sea a largo plazo.

Señala que tampoco puede desconocerse que en el ordinal señalado y bajo el epígrafe de "Malaltía actual", se reconoce que tiene buena respuesta al tratamiento y que se perdieron las visitas de control.

**3.-** El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de



noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

**4.-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste, si bien existen importantes similitudes, no concurre la triple identidad exigida por el artículo 219 de la LRJS, como pasaremos a explicar.

En cuanto a las similitudes procede señalar que en ambos casos nos encontramos ante personas trabajadoras que llevan un dilatado periodo de tiempo prestando servicios para sus empresarios -en la sentencia recurrida desde julio de 1993, en la sentencia de contraste desde septiembre de 2007-, que han tenido ausencias en el trabajo, aún justificadas, que superan el 20% de las jornadas laborables en dos meses consecutivos -43,18 % en la sentencia recurrida; 38,46% en la sentencia de contraste- que dichas ausencias han obedecido a situaciones de IT derivadas de enfermedad común y que se les ha extinguido su contrato al amparo del artículo 52.d) ET, precisamente por estas faltas al trabajo aún justificadas -en la sentencia recurrida con efectos del 8 de julio de 2015, en la de contraste con efectos de 12 de junio de 2013-.

Los datos que diferencian una sentencia de la otra son los siguientes:

a) En la sentencia recurrida se le ha reconocido al trabajador la situación de discapacitado, mediante Resolución emitida por la Delegación en Cuenca de la Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en fecha 15 de septiembre de 2.014, al padecer un grado de discapacidad del 37%, del cual un 32% lo es por limitaciones físicas (24% por enfermedad del sistema endocrino-metabólico [obesidad] y 10% por limitación funcional de la columna vertebral) y un 5% por factores sociales complementarios. Dicho dato no aparece en la sentencia de contraste.

b) En la sentencia recurrida consta que dos de los periodos de IT del actor son debidos a "vértigo/mareo", tres a lumbago y uno a "dolor agudo", que había precisado hospitalización. En la sentencia de contraste de las seis bajas médicas especificadas en la comunicación extintiva tres responden al diagnóstico de migraña, y tres a otras dolencias (faringitis y no especificadas, las de 29/04/2013, 07/05 al 10/05/2013 y 21/05/2013).

c) En la sentencia recurrida consta que tanto el "vértigo/mareo" como el "lumbago" son causados por una artropatía degenerativa y por una poliartrosis, agravadas por la obesidad que sufre el trabajador, concluyendo que dichas limitaciones tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad reconocida al trabajado -diagnosticado los Servicios Médicos de la Sanidad Pública (SESCAM)-,

d) La sentencia recurrida, ante el motivo de recurso formulado por la empresa, de que desconocía que el trabajador tenía reconocida la condición de discapacitado, por lo que el despido no está basado en la discapacidad y la decisión de la empresa carece de todo móvil discriminatorio, razona que dicho desconocimiento no afecta a la nulidad del despido, que la sentencia recurrida funda, no tanto en la existencia de un propósito lesivo del derecho fundamental por parte del empresario, sino en la aplicación por parte del empresario de una norma, el art. 52.d) del ET, aparentemente neutra, que ocasiona una

desventaja a los trabajadores con discapacidad respecto de otros trabajadores en los que no concurre esta condición.

La sentencia de contraste razona que la causa del despido de la actora no es la de estar enferma, sino la reiteración en el número de bajas de corta duración por IT que ha tenido en un determinado período de tiempo, no se castiga pues la ausencia temporal sino la reiteración en ausencias cortas.

Pone de relieve que en los supuestos recogidos por la sentencia del TJUE de 11-4-2013 se examina únicamente la cuestión de una baja o bajas médicas por una única dolencia, pero no el supuesto presente en el que las bajas tomadas en consideración por la empresa no son debidas a una sola causa - de las seis bajas médicas especificadas en la comunicación extintiva tres responden al diagnóstico de migraña, y tres a otras dolencias (faringitis y no especificadas)- no se cumple el requisito de que la baja lo sea por enfermedad ligada a discapacidad y, consecuentemente, habrá ya de desestimarse la pretensión actora.

La sentencia recurrida ha declarado la nulidad del despido del actor, en tanto la de contraste declara la procedencia del mismo, sin embargo al ser distintos los hechos de los que parten cada una de las sentencias enfrentadas y el debate jurídico habido en las mismas, aunque su resultado sea diferente, no son contradictorias.

En esta fase procesal la falta de contradicción conduce a la desestimación del recurso formulado, tal y como se consigna, entre otras, en las sentencias de 4 de noviembre de 2014, recurso 2679/2013; 11 de noviembre de 2014, recurso; 2246/2013-; y 18 de noviembre de 2014, recurso 1858/2013.

**5.-** El artículo 52d) ET, ha sido derogado por RD Ley 4/2020 de 18 de febrero.

**TERCERO.-** Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José

Antonio Gallardo Cubero, en representación de FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 10 de abril de 2019, recurso número 664/2018, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el citado recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca el 7 de marzo de 2018, autos número 861/2015, confirmando la sentencia impugnada.

En virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS, procede imponer las costas a la recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso por importe de 800 € correspondientes al recurso de suplicación y 1.500 € correspondientes al recurso de casación para la unificación de doctrina.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Antonio Gallardo Cubero, en representación de FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 10 de abril de 2019, recurso número 664/2018, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el citado recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca el 7 de marzo de 2018, autos número 861/2015, seguidos a instancia de D. CARLOS ENRIQUE RUIZ CONEJERO contra FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA sobre DESPIDO.

Confirmar la sentencia impugnada.

Imponer las costas a la recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso por importe de 800 € correspondientes al recurso de suplicación y 1.500 € correspondientes al recurso de casación para la unificación de doctrina.

Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir a los que se dará el destino legal.

Se acuerda mantener el aval constituido hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma resuelva la realización de dicho aseguramiento.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.