



Roj: **STSJ ICAN 4517/2023 - ECLI:ES:TSJICAN:2023:4517**

Id Cendoj: **35016340012023101553**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2023**

Nº de Recurso: **690/2023**

Nº de Resolución: **1798/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: ROS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº 6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000690/2023

NIG: 3501744420230000171

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 001798/2023

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000088/2023-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 4 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario

Demandado: DEA ESTRATEGIAS LABORALES ETT S.L.; Abogado: Laura Tovar Lopez

Demandado: Perfumeria Primor

Fiscal: MINISTERIO FISCAL

Recurrente: Marta ; Abogado: Lara Perera Azurmendi

FOGASA: FOGASA; Abogado: Abogacía del Estado de FOGASA Las Palmas

?

En Las Palmas de Gran Canaria, a 21 de diciembre de 2023.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, Dña. YOLANDA ÁLVAREZ DEL VAYO ALONSO, Dña. GLORIA POYATOS MATAS, D. JAVIER ERCILLA GARCÍA y D. ANTONIO DORESTE ARMAS, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000690/2023, interpuesto por Dña. Marta , frente a Sentencia 000075/2023 del Juzgado de lo Social N° 4 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario los Autos N° 0000088/2023-00 en reclamación de Despido siendo Ponente la ILTMA. SRA. Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

?

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Marta , en reclamación de Despido siendo demandados DEA ESTRATEGIAS LABORALES ETT S.L., PERFUMERIA PRIMOR y FOGASA y celebrado juicio y dictada Sentencia ?estimatoria parcial, el día 14/04/23, por el Juzgado de referencia.SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO.- D^a Marta ha prestado servicios para la empresa DEA ESTRATEGIAS LABORALES ETT SL en virtud de un contrato de trabajo fijo-discontinuo a jornada completa con antigüedad de 04-04-22, categoría de ayudante de dependiente y salario día bruto de 40,98 euros. La prestación del servicio se efectuó para la empresa usuaria PERFUMERÍA PRIMOR situándose el centro de trabajo en el establecimiento que dicha mercantil tiene abierto en el Centro Comercial DIRECCION000 de DIRECCION001 (Hecho Primero de la demanda no controvertido).

SEGUNDO.- El día 16-01-23 la trabajadora fue despedida por la ETT vía whatsapp siéndole puesta a disposición la carta de despido por dicha mercantil el día 17-01-23 mediante la aplicación empresarial para la firma digital. En la carta se hizo constar "con fecha 16 de enero de 2023 quedará rescindida la relación laboral que le unía con esta empresa, a través del contrato indefinido fijo discontinuo iniciado el 04-04-22 por lo que procedemos a su baja en esta empresa, por despido" (Hecho Tercero de la demanda no controvertido).

La ETT vino a reconocer de facto la improcedencia del despido optando por la indemnización y habiendo abonado a la trabajadora a día de hoy la suma neta total de 1.526,64 euros dentro de los cuales se incluye la indemnización por despido improcedente que le correspondería conforme al salario día y antigüedad postulados en el Hecho Probado anterior más un exceso en concepto de finiquito por cantidades de naturaleza salarial que no se reclaman en el presente procedimiento (datos no controvertidos entre las partes durante el acto de la vista).

Dicha cantidad fue abonada vía transferencia bancaria a la trabajadora el día 06-02-23 (doc. n.º 6 aportado por la parte actora en el acto de la vista).

TERCERO.- La trabajadora inició un proceso por IT derivado de Enfermedad Común el día 07-01-23 el cual tenía una duración inicial estimada de 28 días y estaba calificado como "corto". En el parte de baja inicial se fijó como fecha de la siguiente revisión médica el día 14-01-23 pero en el ejemplar de la trabajadora se hizo constar expresamente al respecto "RECUERDE: Próxima cita telefónica 17/01/2023 10:25" (folios 9 y 10 de los autos).

El lunes 09-01-23, la trabajadora envió vía whatsapp a la ETT el primer parte de baja adjuntando no solo el ejemplar de la empresa sino también el ejemplar de la trabajadora en el que aparecía el diagnóstico inicial de "neuritis o radiculitis braquial no especificado". En dicho whatsapp se hizo constar expresamente que había enviado igualmente "el parte de baja médico" a su supervisora en tienda de la empresa usuaria. La ETT dio cuenta de la recepción de dicho parte vía whatsapp el día 10-01-23 a las 08:43 horas (doc. n.º 5 y 5.1 aportado por la parte actora en el acto de la vista en relación con los folios 9 y 10 de los autos).

El Lunes 16-01-23 la ETT envió un whatsapp a la trabajadora a las 10:32 horas preguntándole si había tenido la revisión con el médico el día Sábado 14-01-23 a lo que la trabajadora le contestó por la misma vía a las 12:15 horas reseñando que le revisión era el Martes 17-01-23 a las 10:00 horas y adjuntando foto del ejemplar de la trabajadora del parte de baja inicial en el que aparecía dicho extremo (folio 11 de los autos).

La ETT contestó a la trabajadora por whatsapp el mismo 16-01-23 enviado a las 12:58 horas en el que le dijo "pero ahí pone 14, de acuerdo em lo apunto para el 17" (folio 12 de los autos).

Fue ese mismo día a las 21:11 horas cuando la ETT volvió a enviar whatsapp a la trabajadora en el que le dijo "Buenas tardes, nos ponemos en contacto con usted para comunicarle que, con fecha 16 de enero de 2023, procedemos a finalizar la relación laboral establecida entre las partes, por lo que mañana no debe incorporarse a su puesto de trabajo. Mañana nos pondremos en contacto con usted vía telefónica. Gracias" (folios 12 y 13 de los autos).

La ETT opera desde Granada y a tal efecto la contratación de la trabajadora se efectuó vía telemática. En el departamento de Recursos Humanos cuenta entre otras personas con "Crescencia", "Daniela" (responsable),

" Cayetano " o " Edurne " pudiendo cualquiera de ellos haber emitido la carta de despido de la trabajadora. Fue la empresa PRIMOR en calidad de empresa usuaria la que comunicó a la ETT que querían prescindir de los servicios de la trabajadora. Las comunicaciones entre la empresa usuaria y la ETT suelen producirse vía correo electrónico o telefónica (interrogatorio de D. Esteban en calidad de Gerente de la ETT desde el 16-04-21).

Desde el 16-01-23 a día de hoy, la ETT no ha realizado ningún contrato en idénticas condiciones laborales que el de D^a Marta , para cubrir el puesto de trabajo que la misma dejó vacante en el centro de trabajo Perfumería Primor del Centro Comercial DIRECCION000 de DIRECCION001 tras su despido acaecido con fecha de efectos 16-01-23. Tan solo se ha realizado en dicho centro por la ETT un cambio de contrato a una trabajadora que estaba sustituyendo por baja de maternidad a otra ampliándole el tiempo de sustitución al periodo de lactancia y vacaciones (doc. n.º 2 aportado por la ETT en el acto de la vista en relación con el interrogatorio de D. Esteban).

La empresa usuaria PRIMOR, ha procedido a cubrir por sus propios medios con una nueva persona, el puesto que la trabajadora D^a Marta dejó libre en el centro de trabajo del Centro Comercial DIRECCION000 de DIRECCION001 tras su despido acaecido con fecha de efectos 16-01-23 (ficta confessio).

El 17-01-23 fue emitido el segundo parte de confirmación del proceso de IT de la trabajadora pautándose como fecha de la siguiente revisión médica el día 21-01-23. En dicho parte la duración estimada seguía siendo de 28 días y la duración del proceso se calificaba como "corto". El 21-01-23 se emitió el tercer parte de confirmación del proceso de IT de la trabajadora pautándose como fecha de la siguiente revisión médica el día 28-01-23. En dicho parte la duración estimada pasó a ser de 31 días y la duración del proceso siguió calificándose como "corto" (doc. n.º 4 aportado por la parte actora en el acto de la vista).

CUARTO.- D^a Marta , quien no ha sido representante de los trabajadores o delegada sindical ni en la ETT ni en la empresa usuaria en el año anterior al despido, promovió acto de conciliación previa a la demanda ante el SEMAC mediante papeleta presentada el 09-02-23 (Hechos Octavo y Noveno de la demanda no controvertidos y folios 17 y ss de los autos).

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: "SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda formulada por D^a Marta , asistida y representada por la Letrada D^a Lara Perera Azurmendi; frente a la empresa DEA ESTRATEGIAS LABORALES ETT SL, representada por su administrador solidario D. Esteban y asistida por la Letrada D^a Laura Tovar López; la empresa PERFUMERÍA PRIMOR; y el FOGASA, no comparecidos; y en consecuencia:

1º SE DECLARA IMPROCEDENTE el DESPIDO de fecha efectos de 16-01-23.

2º SE CONDENA a la empresa codemandada ETT DEA la cual ha optado expresamente por la indemnización, a que indemnice a la parte actora con la cantidad de 1.126,95 euros netos los cuales ya han sido abonados a fecha 06-02-23 sin que dicha cantidad genere por tanto interés alguno en el presente procedimiento, teniéndose por extinguida la relación laboral a la fecha del despido sin abono de salarios de tramitación.

3º SE ABSUELVE a la empresa PERFUMERÍA PRIMOR de toda consecuencia derivada de la declaración de improcedencia del despido de la trabajadora.

4º SE ABSUELVE a ambas empresas codemandadas de todo pedimento formulado en su contra respecto a la declaración de nulidad del despido de la trabajadora.

De conformidad con los artículos 23.1 y 23.6 de la Ley 36/2011, de diez de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, póngase la presente resolución en conocimiento del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) a los efectos oportunos."CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Dña. Marta , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día indicado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 75/2023 dictada por el juzgado de lo social nº 4 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) en fecha 14 de abril de 2023 (autos 88/2023), en cuyo fallo se estima parcialmente la demanda calificando de improcedente el despido producido a la actora con efectos de 16 de enero de 2023 condenándose a la empresa contratante de la actora (ETT) a los efectos jurídicos inherentes a tal declaración, habiéndose reconocido por la empleadora en el acto del juicio la improcedencia del despido ejerciendo su derecho a opción por la extinción del contrato y la indemnización correspondiente que ya había sido abonada a la actora.

Se combate la sentencia a los solos efectos de revisar la calificación del despido, considerando la actora que estamos ante un despido nulo por ser la causa real del despido la situación de Incapacidad temporal de la trabajadora, ello a tenor de lo previsto en el art. 26 de la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

El recurso no ha sido impugnado.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, al Edurne del art. 193 c) LRJS, la recurrente denuncia infracción jurídica. Específicamente, el art. 26 de la Ley 15/2022 de 12 de julio integral para la igualdad de trato y la no discriminación en relación al Convenio 158 de la OIT.

Entiende la recurrente que la parte actora aportó indicios claros de discriminación a tenor de la enfermedad de la actora causante de su proceso de baja por incapacidad temporal, coincidiendo el día de la comunicación del despido de la actora (16/1/23), el mismo día que la empleadora le pregunta sobre su revisión médica del día 14/1/2023. Además, de la ausencia de causa del despido de la actora, se pone de relieve por esta parte que la empresa PRIMOR (usuaria) efectuó nuevas contrataciones tras el despido de la actora para cubrir la ausencia de la actora. Por ello entiende que el despido debe calificarse de nulo.

Para resolver este primer motivo del recurso debemos empezar por destacar los datos fácticos de relevancia, que se extraen del relato fáctico de la sentencia recurrida (inalterado).

-la actora inició su relación laboral con la ETT demandada mediante la suscripción de contrato de trabajo fijo discontinuo a jornada completa de fecha 4 de abril de 2022, con la categoría de "ayudante de dependiente". La prestación de sus servicios se efectuó en la empresa usuaria PERFUMERIA PRIMOR en el centro de trabajo del Centro Comercial DIRECCION000 de DIRECCION001 (HP1º).

-la actora inició proceso de Incapacidad temporal derivada de enfermedad común en fecha 7 de enero de 2023 (sábado), con el diagnóstico "neuritis o radiculitis braquial no especificado" con una duración inicial estimada de 28 días y estaba calificado como "corto", en dicho parte de baja se fija como fecha siguiente de revisión médica el día 14 de enero de 2023 (sábado) pero en el ejemplar de la actora se hizo constar expresamente: "recuerde próxima cita telefónica 17/1/2021 a las 10:25 h" (martes) (HP3º).

-La demandante envía en fecha 9 de enero de 2023 (lunes) a la ETT, vía whatsapp el primer parte de baja médico, tanto el ejemplar para la empresa como el ejemplar para la persona trabajadora con el diagnóstico. La ETT acusó recibo el día 10/1/23 a las 8:43 horas (HP3º).

-El lunes 16 de enero de 2023 la ETT envió un whatsapp a la trabajadora a las 10:32 horas preguntándole si había tenido la revisión con el médico el día Sábado 14-01-23 a lo que la trabajadora le contestó por la misma vía a las 12:15 horas reseñando que la revisión era el Martes 17-01-23 a las 10:00 horas y adjuntando foto del ejemplar de la trabajadora del parte de baja inicial en el que aparecía dicho extremo.

-La ETT contestó a la trabajadora por whatsapp el mismo 16 de enero de 2023 enviado a las 12:58 horas en el que le dijo "pero ahí pone 14, de acuerdo me lo apunto para el 17" (HP3º).

-El mismo día 16 de enero de 2023 a las 21:11 horas la ETT envía whatsapp a la actora con este texto:

"Buenas tardes, nos ponemos en contacto con usted para comunicarle que, con fecha 16 de enero de 2023, procedemos a finalizar la relación laboral establecida entre las partes, por lo que mañana no debe incorporarse a su puesto de trabajo. Mañana nos pondremos en contacto con usted vía telefónica. Gracias" (HP3º).

-Fue la empresa PRIMOR en calidad de empresa usuaria la que comunicó a la ETT que querían prescindir de los servicios de la trabajadora (HP3º).

-La empresa usuaria, ha procedido a cubrir por sus propios medios con una nueva persona, el puesto que la trabajadora actora dejó libre en el centro de trabajo del Centro Comercial DIRECCION000 de DIRECCION001.

La sentencia de instancia descartó la calificación de nulidad del despido, porque a criterio del magistrado de la instancia:

"tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, los parámetros jurisprudenciales respecto al tratamiento que merece la enfermedad de la persona trabajadora al tiempo del despido a efectos discriminatorios siguen siendo los mismos. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social num. 33 de Madrid en aras a determinar si son equiparables los conceptos de enfermedad y discapacidad. De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la 'equiparación' de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que 'la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo

período', por lo que 'una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78' (.)"

En base a lo anterior y, tratándose la previsión de la baja de la actora de un periodo "corto" (28 días), no se puede equiparar a una discapacidad a efectos de convertir la calificación del despido en nulo.

Expuesto el criterio jurídico de la instancia y expuestos los hechos relevantes, debemos fijar nuestra atención en el derecho de aplicación, y a este respecto deben analizarse necesariamente los nuevos mandatos legales contenidos en la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en cuyo art. 1 se señala como objeto de la ley:

"garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución.

2. A estos efectos, la ley regula derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, establece principios de actuación de los poderes públicos y prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado."

Y abundando en ámbito subjetivo de la norma se señala en el art. 2 se dispone:

"Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. (.)"

De otro lado, el art. 26 de la citada norma establece, bajo el título "nulidad de pleno derecho":

"Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley."

Este mandato de nulidad conecta directamente con el art. 55.5 del ET que mandata la nulidad de cualquier despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas bien en el texto constitucional o bien en la Ley o bien se produzca violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.

Respecto al ámbito de aplicación de la Ley, tal y como se establece en el art. 3, se incluye expresamente:

"a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo (.)"

Esta Sala ya ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la cuestión jurídica que nos ocupa. Específicamente en nuestra sentencia de 27 de julio de 2023 (Rec. 355/2023) en cuya fundamentación jurídica decíamos:

"Lo primero que tenemos que afirmar es la plena y obligada aplicación de la Ley 15/2022, comunicándose el despido el mismo día de su entrada en vigor. Entendemos que el panorama en el ámbito del control del despido discriminatorio ha cambiado de forma sustancial. La vinculación enfermedad/discapacidad como elemento esencial para la apreciación de un factor de discriminación ha sido superada. El artículo 2 de la Ley 15/2022 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación, añadiendo que " Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social " (apartado uno) y que " La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública " (apartado tres). Desde esta nítida diferenciación de la " enfermedad o condición de salud" como premisa y entre las medidas para garantizar la efectividad de la igualdad de trato y no discriminación se encuentra la nulidad de pleno derecho de los actos que "constituyan o causen discriminación por razón" de este motivo (artículo 26), lo que a su vez conecta con la propia previsión literal del artículo 55 ET cuando funda la nulidad del despido en las " causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley ".

Como primera conclusión, un despido que tuviera por móvil la enfermedad o condición de salud del trabajador, causa de discriminación prohibida por la ley, habrá de ser calificado como nulo.

No obstante, no toda decisión extintiva habría de merecer tal calificación, pues no se trata de una nulidad "objetiva", sino causal, extraña a automatismos y precisada de indicios suficientes que configuren un panorama favorable de apreciación. La propia Ley 15/2022 en su artículo 30 dispone que "de acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", lo que nos sitúa en el ámbito de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, artículo 96.1 y 181.2, exigiendo la existencia de indicios fundados de la vulneración y una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y su proporcionalidad."

Es obvio, a tenor de la doctrina anterior interpretativa de los preceptos transcritos, que la Ley 15/2022 ha modificado la panorámica jurídica existente hasta ese momento, en relación a las extinciones laborales que tengan como causa directa los procesos de baja por incapacidad temporal. Procesos de baja por incapacidad temporal que no pueden condicionarse a efectos de la declaración de nulidad del despido, a su mayor o menor duración.

Los criterios jurisprudenciales de antaño, anteriores a la Ley 15/2022, venían anudando la nulidad a los procesos de baja bien derivados de dolencias con connotaciones estigmatizantes desde un punto de vista social o bien las enfermedades de larga duración asimilables al concepto de discapacitantes forjado desde las jurisprudencia europea (STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, "Chacón Navas", y la posterior sentencia "Daoudi" de 1 de diciembre de 2016, entre otras). Por tanto, con anterioridad a la Ley integral para la igualdad y no discriminación, para calificar de nulo un despido vinculado a una situación de Incapacidad temporal de la persona trabajadora, se exigía, de un lado, la conectividad entre la decisión extintiva y el proceso de baja, y de otro lado, la larga duración del proceso de baja.

Pero todo ello ha cambiado.

Con la Ley 15/2022, el poder legislativo español ha querido incluir expresamente como causa independiente de discriminación, la enfermedad o condición de salud, como una modalidad específica, perfectamente diferenciada de la discapacidad, pues no en vano se hace una referencia separada de una y a la otra como causas de discriminación.

Lo expuesto hasta el momento no exime a la parte actora de aportar indicios de discriminación, pues el despido de una persona trabajadora en situación de IT (incapacidad temporal), no puede conllevar automáticamente la declaración de nulidad, a este respecto debe tenerse presente que el art. 30 de la Ley 15/2022, dispone lo siguiente respecto a las reglas relativas a la carga de la prueba:

"1. De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.(.)"

Por tanto, y aunque no se establece la nulidad objetiva o automática como sucede en otros casos, por ejemplo en aquellos vinculados al proceso biológico de maternidad o permisos vinculados al cuidado de familiares (art.55.5 del ET), se puede concluir que, actualmente, la enfermedad, con independencia de su duración, es causa de discriminación autónoma y los despidos que tienen por móvil la misma, son radicalmente nulos.

Pero recordemos que, para la operatividad de la inversión de la carga probatoria prevista en el art. 30 de la Ley 15/2022 en relación con los arts. 96 de la LRJS , la parte actora debe aportar indicios discriminatorios , esto es , indicios de que el despido impugnado tiene conectividad con la enfermedad o la situación de baja médica de la persona trabajadora .

La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la

pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3,y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6 , por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4).

En definitiva, la demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3 , por todas).

Cuando se alega la vulneración de un derecho fundamental y se acreditan indicios de dicha situación, se produce lo que se denomina inversión de la carga de la prueba, que tiene como finalidad «[...] la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. [...] Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», y que hoy está recogida en los artículos 96 y 179.2 LPL (SSTC 38/1981, de 23/Noviembre; 47/1985; 38/1986; 114/1989; 21/1992; 266/1993; 180/1994; 136/1996; 20/1997, de 6/Mayo; 29/2002; 30/2002; 66/2002, de 21/Marzo , F. 3, 4 y 5). Y es que en los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba (SSTC 114/1989, de 22/Junio, F. 4; 21/1992, de 14/Febrero, F. 3; 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2; 90/1997, de 6/Mayo, F. 5, 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 84/2002, de 22/Abril, F. 3, 4 y 5; 114/2002, de 20/Mayo; 5/2003, de 20/Enero , F. 6), aunque teniendo presente que no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio [STC 266/1993, de 20/Septiembre , F. 2), sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» [STC 207/2001, de 22/Octubre , F. 5] o «principio de prueba» [por todas, STC 308/2000, de 18/Diciembre , F. 3] (STC 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 188/2004, de 2/Noviembre , F. 4).

Pues bien, aplicando la normativa expuesta al caso que nos ocupa, llegamos a las siguientes conclusiones.

1ª- La parte actora ha aportado indicios nítidos y objetivos de que su despido tiene una directa conexión con su proceso de baja médica iniciado en fecha 7/1/23, por las siguientes razones:

*Criterio cronológico.

El despido se produce 9 días después del inicio del proceso de baja médica de la trabajadora, y específicamente el mismo día en el que se le pregunta a la actora sobre la revisión médica de su proceso de baja .

*Criterio sustantivo. Ausencia de causa.

La decisión extintiva (despido) carece de causa o razón objetiva que lo sustente, lo que se evidencia no solo de su ausencia en la misiva de despido sino del propio reconocimiento empresarial de improcedencia en el acto del juicio.

*Criterio relacional.

La actora inició su relación laboral el 4/4/22. Su relación laboral era fija, (discontinua) y no había sido objeto de sanciones previas.

Lo anterior evidencia un panorama indiciario que apunta a que el despido es claramente reactivo al proceso de incapacidad temporal y, por ende, en la enfermedad causante del mismo.

2º- Por la empleadora, en el acto del juicio, no se alzó prueba alguna a efectos de neutralizar tales indicios, más bien, al contrario, se confirmaron.

*La ETT reconoció abiertamente la improcedencia del despido.

*Ausencia de acreditación alguna de otra causa o razón, diferente de la baja médica, justificativa del despido, aún siendo improcedente.

*Quedó probado que horas antes de la comunicación del despido a la actora, la ETT preguntó a ésta sobre la revisión médica del 14/1.

*La empleadora conocía el diagnóstico de la baja médica así como su probable duración: 28 días, lo que evidenciaba que la operaria no podría prestar servicios.

*También ha resultado probado que las funciones que ha venido desempeñando la actora en la empresa usuaria PERFUMERIA PRIMOR en el centro de trabajo sito en el Centro Comercial DIRECCION000 de DIRECCION001, fueron cubiertas por los propios medios de la empresa usuaria, con otra persona. Ello evidencia que tampoco existía razón organizativa o productiva en la empresa usuaria que justificase el despido de la actora.

En base a lo expuesto, y no habiéndose neutralizado los indicios de discriminación probados por la demandante, solo podemos concluir que el móvil del despido de la demandante fue su enfermedad causante del proceso de baja por IT iniciado el 7/1/2023. Ello nos lleva en aplicación del art. 26 y 30 de la Ley 15/2022 en relación con el art. 55.5 del ET a calificar de nulo el despido producido a la trabajadora con efectos del día 16/1/2023.

Por último, no estamos ante un caso en el que la extinción del contrato venga exigida por el proceso de tratamiento de la enfermedad, o por las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades o por limitaciones exigidas por razones de salud pública (artículo 2.3 de la Ley 15/2022)).

Por tanto, se estima el motivo.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso, también al Edurne del art. 193 c) de la LRJS se denuncia la infracción del art. 27 de la Ley 15/2022 de 12 de julio integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Se invoca jurisprudencia contenida en la STS de 31 de enero de 2011 (Rec. 1532/2010) y otras sentencias de juzgados y tribunales superiores que no reproducimos, al no tener la consideración de jurisprudencia a efectos suplicacionales.

Entiende la recurrente que, ante la discriminación efectiva padecida por la actora, procede no solo la readmisión de la trabajadora sino, además, el resarcimiento del daño moral derivado de la vulneración del derecho fundamental contenido en el art. 14 de la CE en relación con el art. 179.3, 182 y 183 de la LRJS. La indemnización solicitada en la demanda y ratificada en el acto del juicio asciende a 7.501 euros por daño moral que toma como patrón de cálculo las sanciones previstas en la LISOS para infracciones muy graves en su grado mínimo (arts. 8.12, 39 y 40.1 c) de la LISOS).

El art. 27.1 de la Ley 15/2022 preceptúa:

"La persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido".

De otro lado, en conexión con lo anterior, el art. 183.1 y 2 LRJS, ha sido reiteradamente interpretada en la jurisprudencia para asentar el principio de que la indemnización del daño moral es, ante la constatación de la vulneración de un derecho fundamental o de discriminación, necesaria consecuencia para el restablecimiento del derecho.

El art. 8.12 LISOS califica de infracción muy grave:

"Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación,

promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación."

Y el art. 40.1 c) prevé las cuantías de la multa para infracciones muy graves que van desde 7.501 euros hasta 225.018 euros.

La cuantificación y reconocimiento de la indemnización por daño moral vinculada a la vulneración de derechos fundamentales se ha venido reconociendo reiteradamente desde el TC y también desde la Sala cuarta del TS, por todas, la STS de 13 de julio de 2015 (Rec. 221/2014) que indica con claridad: "ha de admitirse que si bien la fijación del importe de la indemnización por daños morales es misión del órgano de instancia, ello no obsta para que sea fiscalizable en vía de recurso extraordinario y que quepa su corrección o supresión cuando -como ahora- se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable (recientemente, SSTS 11/06/12 (RJ 2012, 9283) -rcud 3336/11 -; 05/02/13 (RJ 2013, 3368) - rcud 89/12 -; 08/07/14 -rco 282/13 (RJ 2014, 4521) -; y 02/02/15 -rco 279/13 (RJ 2015, 762) -). Y en esa labor de fiscalización ha de tenerse en cuenta que como norma el daño moral difícilmente puede llegar a ser verdaderamente «resarcido», sino que simplemente sólo puede «compensarse» en cierta medida, y que esas dificultades se acrecientan cuando tal daño se produce por la reiterada vulneración de un derecho fundamental (.)"

En esta línea podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2022 (Rec. 4322/2019) en la que se decidía sobre si basta solicitar la indemnización por daño moral, aunque sea de forma poco detallada, para que pueda reconocerse el derecho a su percepción una vez probada la vulneración del derecho fundamental correspondiente, señalándose que puede utilizarse como elemento delimitador el importe de la sanción establecida para la infracción en la LISOS, sin que sea exigible la aportación de bases más precisas para su cuantificación, señalándose en la fundamentación jurídica de esta sentencia:

" (.) como definitivamente señalamos en aquella sentencia "Si el texto de la LRJS (RCL 2011, 1845) anuda la vulneración de derechos fundamentales y la reparación del daño moral al abono de una indemnización debemos concluir que la sentencia recurrida no acierta cuando deniega la solicitud por no haber acreditado las bases para el cálculo de lo pedido". 3 La aplicación de ese mismo criterio al caso enjuiciado conduce a entender que la sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, al ser suficiente a tal efecto las alegaciones que sobre este particular se exponen en el escrito de demanda, no siendo necesariamente exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados (.)"

En el caso que nos ocupa, habiéndose reconocido la concurrencia de un despido discriminación por razón de enfermedad de la actora, lo que conecta directamente con el art. 14 de la CE, procede necesariamente resarcir el daño moral que con motivo del actuar inconstitucional de la ETT demandada se ha ocasionado a la actora.

La cantidad reclamada, descansa en el tramo mínimo de las sanciones previstas para decisiones empresariales discriminatorias que se califican de infracciones muy graves por la LISOS, como es el caso. Resulta adecuada la modulación de la indemnización, a tenor de la LISOS (STC nº 246/2006 de 24 de julio que abrió el camino en la difícil tarea de fijar indemnización reparadora del daño moral (pretium doloris), utilizando como parámetro objetivo de cálculo la LISOS).

No obstante, lo anterior, como decíamos en nuestra sentencia de 27 de julio de 2023 /(Rec. 355/2023):

" En multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la Lisos para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS ? y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras,

el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización ».

En base a la anterior jurisprudencia y teniendo en cuenta la gravedad del acto discriminatorio de la ETT que redunde en una relación laboral indefinida (aunque discontinua) , debe estimarse el derecho de la actora a una indemnización reparadora del daño moral derivado de la discriminación por enfermedad padecida a través del despido (art. 14 CE), siendo adecuada la cuantificación de la indemnización reclamada, ascendente a 7.501 euros, que se corresponde con el tramo mínimo fijado en la LISOS para decisiones empresariales discriminatorias, como es el caso que nos ocupa.

Por todo ello, se estima el recurso, debiendo recaer la condena en la Empresa de Trabajo Temporal codemandada.

CUARTO.- En relación a las costas del proceso conforme al art. 235 de la LRJS no procede la imposición de las costas .

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

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por D^a Marta , frente a la sentencia nº 75/2023 dictada el 14 de abril de 2023 por el Juzgado de lo Social nº 4 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) en los autos seguidos por reclamación de despido con vulneración de derechos fundamentales nº 88/2023 que revocamos declarando la nulidad del despido producido con efectos del día 16 de enero de 2023 condenando a la demandada DEA ESTRATEGIAS LABORALES ETT SL a readmitir a la trabajadora en su puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el día siguiente al despido y hasta que tenga lugar la efectiva reincorporación, con arreglo a un salario bruto de 40'98 euros diarios así como a abonarle una indemnización por daño moral derivada de la vulneración de derechos fundamentales (art. 14 CE) ascendente a la cantidad de 7.501 euros. Sin costas

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 4 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

VOTO PARTICULAR

Que formula, en su modalidad de discrepante, el Ponente inicial del recurso y Magistrado, por sustitución, de esta Sala, Antonio Doreste Armas, al Edurne del art. 260 LPJ y que expresa el disenso con el criterio de la Sala, disenso que manifiesto con el más absoluto respeto a los compañeros que sostienen la mayoría. La discrepancia se expresa en dos fases: primero, sintetizando la base del criterio del firmante y, luego formulando Sentencia alternativa, conforme indica el apartado 1º del precepto antes indicado.

1.- Disiento de la Sentencia acordada por la mayoría, en el sentido de no compartir el criterio general sostenido actualmente por esta Sala en relación a los efectos que produce, en el despido, la situación de Incapacidad Temporal o, en términos más comunes, la baja médica, que es el acto administrativo que genera tal situación legal.

Tal criterio general se expresa en, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 27 de Julio pasado (nº 1143/23, rollo 355/23) en la que se innova estableciendo, (dicho sea en apretada síntesis) que la situación citada no genera automáticamente la declaración de nulidad de despido (ello contravendría la doctrina general que luego expongo en la propuesta de Sentencia que sigue) pero que se trata de un factor de discriminación que produce el efecto de inversión del "onus probandi" de tal manera que establece una presunción de actuación de represalia o discriminación y que, por ende, precisa de prueba que la levante.

Mi discrepancia tiene varios fundamentos. El primero, (probablemente sin perspectiva de futuro) es que aún no cuenta con respaldo jurisprudencial (art. 1.6 CCiv.) pero, aunque la tuviera, valdrían los adicionales argumentos que continúo exponiendo.

El segundo argumento es que ni el art. 1.214 CCiv. que regula la carga de la prueba (y, por ende, su inversión) permite esta exégesis, ni tampoco lo hace la norma específica procesal laboral (art. 96 LJS); lo que prevé ésta es la inversión por causas discriminatorias, entre las que cita, efectivamente, la discapacidad, pero no cualquiera que, según los volubles criterios sociales o políticos, se entiendan como tales, sino las discriminaciones concretas que el precepto prevé, entre las cuales no está la situación de I.T. o la enfermedad,



además de las prohibidas por la Constitución, por lo cual hay que remitirse a ésta, cuyos arts. 14 y ss. en nada se refieren a la enfermedad (vid. la STCo. 63/08, que niega el despido nulo por padecimiento de enfermedad, aún siendo enfermedad crónica), sino a la discapacidad del art. 49; ya resulta, a mi particular criterio, muy forzado el criterio jurisprudencial (que, pese a mis reservas, asumo) expresado en el proyecto de Sentencia que expongo seguidamente, según el cual, (dicho muy sintéticamente) en determinados casos, en la alteración de la salud o enfermedad concreta que genera la situación de I.T. se contiene una discapacidad, y digo forzado porque la discapacidad entiendo que debe ser real, no potencial. Pero, aún asumiendo tal doctrina, creo que no puede irse más allá, dando mayor relevancia a la situación de Incapacidad Temporal, convirtiéndola, mediante la utilización del instrumento procesal (que es excepcional y tasado) de la inversión de la carga de la prueba, en una causa más de nulidad.

Ésta, recuérdese, es la excepción (tasada en las causas legales) a la ordinaria regla de la improcedencia del despido, reservándose la nulidad a tales causas tasadas en el art. 55.5 ET al que remite (modificación operada por el R.D.-Ley 5/23), el art. 108.2 LJS; entre ellas están situaciones derivadas de una declaración prestacional, como las de riesgo por embarazo, u otras próximas, como las embarazadas; claramente se encuentra también una situación de enfermedad, pero sólo la causada por embarazo, parto o lactancia natural, sin que (a mi particular criterio) pueda irse más allá, extendiéndola a toda enfermedad, en un hito más en la tendencia que se aprecia hacia la generalización del despido nulo frente al improcedente. En su operatividad o funcionalidad práctica, si la empresa levanta la carga probatoria justificando la causa del despido, la inversión resulta inútil, porque el despido sería procedente y, en caso contrario se encuentra con una "probatio diabólica" consistente en probar que hay otra causa (no indicada en la carta de despido), distinta a la de la situación de enfermedad. En resumen, la operatividad práctica de la doctrina de la que disiento es que se suprime la alternativa legal de la improcedencia: o habrá despido procedente (probando la causa expresada en la carta) o será nulo.

Por otra parte, no resulta ocioso recordar el criterio de esta Sala, expresado en no tan antiguas Sentencias (27-2-08 o 7-9-07) que recordaba la realidad social material (y, quizás apurando un poco, convertida en un hecho notorio ex art. 281.4 LECv.) que es la extraordinaria facilidad en la obtención de la baja médica, en la que el papel del facultativo médico que la otorga, no responde a la previsión legal. Se razonaba en tales sentencias de esta Sala que "se evidencia (una vez más) la notoria facilidad con la que los Servicios Públicos de Salud conceden las bajas médicas (fenómeno que la Sala ha analizado en varias Sentencias), en la que se ha manifestado que tal facilidad es tal que se ha consagrado en el habla común la expresión *me doy de baja*; lo que evidencia que la decisión sobre la capacidad física o psíquica para trabajar la toma, en realidad, el trabajador y el médico queda en una posición secundaria, asumiendo éste, no ya la realidad [de la dolencia], sino el alcance invalidante de la dolencia que el trabajador dice que tiene".

El art. 169.1.a LGSS, que la regula, no sólo requiere que la persona se encuentre necesitada de asistencia sanitaria, sino a un segundo requisito del que en la práctica se prescinde, que es que se encuentre "impedido" para el trabajo, el cual, en la realidad material, se omite pues ni se comprueba ni se indaga la categoría laboral (y, por ende, sus funciones) y menos aun los requerimientos concretos de su puesto de trabajo. Así, se insiste, en las citadas Sentencias de esta Sala se ha indicado que esta situación de baja médica es tan fácil de obtener que se ha consagrado en el habla común la expresión *me doy de baja*, (recálquese el "me"), lo que es extraordinariamente revelador de la realidad. Ahora, con esta doctrina, esta situación de tan fácil obtención, no sólo genera la percepción de la prestación (y el complemento patronal, con lo que se mantiene la retribución) quedando suspendido el deber de trabajar (art. 45.1.c ET) situación que se puede prorrogar (con aún mayor facilidad) durante año y medio (art. 169 LGSS), sino que, blindando al trabajador, frente al prácticamente único medio efectivo (aparte de la cara y difícilísima probanza del fraude) que es el despido improcedente (que, recuérdese, por eso es indemnizado, no "libre") frente al abuso de esta situación. La constatación de tal facilidad no sólo la obtuvo esta Sala de litigios en los que se impugnaba el alta médica, sino, más significadamente, en litigios de despido en los que la probanza patronal de la realidad material (obtenida merced a laboriosa prueba de seguimiento por detectives) era de tal contundencia que ponía en evidencia la inexistencia de enfermedad impeditiva alguna (Sentencias de esta Sala de 22-12-08, 20-2-08, 9-5-08 o 12-2-09).

Al margen de estas últimas consideraciones y citas de criterios anteriores de esta Sala, de cierto componente sociológico (pero no ociosas al guardar relación con la realidad social a la que se refiere el art. 3.1 CCiv, que preside la actividad hermenéutica, que es la que aquí se hace en el presente litigio), los argumentos jurídicos puros, antes apuntados y los contenidos en el F.J. 2º del proyecto de Sentencia alternativa que sigue, justifican, a mi muy particular y humilde criterio, la disidencia que sostengo.

2.- La Sentencia que propuse, frustrada, y que mantengo que debería ser la adecuada, es la siguiente, en sus fundamentos jurídicos, con efecto de desestimación del recurso y confirmación de la (a mi, repito, humilde criterio) acertada Sentencia de instancia:

"Primero.- Se presenta ante la Sala recurso de suplicación alzado contra la Sentencia del Juzgado de instancia que, estimando parcialmente la demanda, declaró improcedente el despido de la trabajadora (declaración ya reconocida previamente por la empresa) pero le denegó la declaración de nulidad, que se pretendía en base a la situación de Incapacidad Temporal de la actora.

La parte recurrente alza dos motivos de suplicación, sólo por la vía de censura jurídica autorizada por el apartado c del art. 193 LJS, cuyo examen y resolución se aborda seguidamente.

Con ello, queda intacto el relato histórico de la Sentencia.

El recurso, técnicamente correcto, no es objeto de impugnación por la representación letrada del demandado, si bien el Ministerio Fiscal emite Dictamen mostrándose conforme con la resolución, al oponerse al recurso.

Segundo.- El primero de los motivos de crítica jurídica denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 15/22.

Toda la alegación de la recurrente gira en torno a la equiparación de la enfermedad (que origina la declaración de I.T. de la actora) con la discapacidad, para, así, intentar la declaración de nulidad del despido por discriminación al discapacitado, dado que el despido se efectuó nueve días después de la generación de la I.T..

Esta cuestión está ampliamente desarrollada en la Sentencia de instancia, que, en síntesis, niega la identidad entre enfermedad (causante de I.T.) y discapacidad, de la manera automática o directa que la recurrente pretende.

A.- Procede efectuar el análisis de la normativa y de la doctrina que la glosa, siguiendo el mismo esquema sistemático de la Sentencia de instancia.

El art. 55.5, primer párrafo, ET en relación con el art. 53.4 primer párrafo del mismo texto legal dispone que "Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador".

El art. 96.1 LRJS dispone que "En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". Y en el mismo sentido, el artículo 181.2 LRJS establece que "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

Téngase en cuenta que en los casos en que se denuncia infracción de un derecho fundamental, la fiscalización de la actividad de la empresa o entidad eventualmente infractora ha de ser llevada a cabo de forma estricta, ejercitando un control judicial intenso para rechazar, llegado el supuesto, toda conducta que pueda ser considerada restrictiva y odiosa por limitar el ejercicio de un derecho fundamental.

Antes de continuar es preciso indicar que el artículo 108.2 LRJS enumera los distintos supuestos que pueden dar lugar a declarar la nulidad del despido, tratándose de una lista cerrada, siendo que el artículo 108.3 LRJS dispone que "Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la fórmula del mismo".

En este sentido, la STS nº rec. 2428/2013, de 29 de septiembre de 2014, expone que la "línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido -concluye STS 29-2-2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo".

En cualquier caso, ante toda denuncia de vulneración de un derecho fundamental se exige, como requisito procesal para estudiar la vulneración denunciada, que la parte actora aporte un indicio fundado que sugiera o contribuya a generar cierto grado de convicción en orden a estimar la probabilidad de la lesión. Es decir, se han de introducir por la parte actora indicios racionales de que la conducta imputada a la parte demandada puede ser tachada de ilegal o discriminatoria, elevando los hechos a mayor entidad que la mera sospecha, que no es sino imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o indicios.

Y es que, como nos recuerda también la STSJ del Principado de Asturias nº 1568/15, de 24 julio, hay que resaltar la "importancia que, en este campo de protección de derechos fundamentales, tienen los criterios aplicables en materia de prueba, de modo que, precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo. El juego de cargas que opera en estos supuestos actúa asimismo en los despidos pluricausales, esto es, aquellos en los que confluye una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación? en estos, es válido para excluir la vulneración del derecho fundamental que la empresa acredite la realidad de una justificación objetiva y razonable que con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental cuya vulneración se discute. La entrada en vigor de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social no ha supuesto cambio alguno en estos criterios doctrinales, sino su reafirmación, como puede verse en sus arts. 96.1 y 181.2".

Recuérdese que indicio es "un fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido" (Diccionario de la RAE).

La STSJ de Madrid nº rec. 634/2015, de 30 octubre, expuso que "Para apreciar la concurrencia del indicio tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar, por tanto, más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado (por todas, SSTCo. 111/2003, de 16 de junio, FJ 4º 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3, 216/2005, FJ 6).

La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre FF.JJ. 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél? un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio 1281- , FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio , FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios."

Como ha señalado la reciente Sentencia de esta Sala que aquí resuelve, de 28-05-20 (n.º de recurso 31/2020) ". A) 1.- Cuando se invoca la lesión de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, desde la STC 38/81, copiosa y unánime doctrina constitucional, de la que son muestra, entre otras muchas, sus sentencias 10/11 de 28 de febrero, 2/09 de 12 de enero y 125/08 de 20 de octubre, ha establecido los siguientes criterios respecto a las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, que tienen reflejo legal en los arts. 96 y 179.2 LPL:

a) Partiendo de la especial dificultad de probar la lesión de derechos fundamentales que normalmente se materializa en conductas enmascaradas y ocultas bajo una apariencia de legitimidad, y de la situación de especial privilegio de los derechos fundamentales y libertades públicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para garantizar su adecuada protección, se establece una modulación o flexibilización de la carga de la prueba que normalmente recae sobre el demandante, exigiéndosele solo la aportación de indicios de que se ha producido una lesión del derecho fundamental, y una agravación de la que pesa sobre el demandado, al que, una vez cumplido el anterior presupuesto, corresponde la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

b) Así, corresponde al trabajador aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, estando dirigido dicho principio de prueba a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, admitiéndose diversos grados de intensidad en tal prueba indiciaria, de modo que al efecto tienen aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la agresión del derecho fundamental, como aquellos otros que, pese a no generar una conexión tan patente

y resultar más fácilmente neutralizables, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de que la vulneración se ha producido. Pero, en cualquier caso, deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado. Cuando la sospecha o apariencia de la violación del derecho fundamental se pretende hacer descansar en una inferencia derivada de la relación entre diversos hechos, será exigible una, conexión lógica entre todos ellos que encuentre fundamento en algún nexo causal.

c) Sólo una vez que resulte cumplido ese primer e inexcusable deber por parte del demandante, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. Se trata de una auténtica carga probatoria que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales, exigiéndose, en definitiva, que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, neutralizando los indicios de que aquélla ocultaba la lesión de un derecho fundamental del trabajador. Como consecuencia de ello, la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador.

(.) La anterior doctrina constitucional ha sido recogida por la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS en innumerables sentencias (14/04/11, Rec. 164/10? 22/12/09, Rec. 286/09? 28/01/09, Rec. 5706/08? 20/01/09, Rec. 1927/07) y también por esta Sala en las suyas de 26/07/13 (Rec. 538/13), 28/06/13 (Rec. 392/13), y 19/04/13 (Rec. 148/13).".

Por lo demás, como ha señalado la reciente STS de 31-05-22 nº de recurso 601/2021 ". El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. tienen aptitud indiciaria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. el factor temporal ha sido considerado como un dato relevante en numerosas Sentencias.".

Por otra parte, el art. 4.2 de la Ley 15/22 incluye como motivo expreso de discriminación, "la enfermedad o condición de salud de la persona trabajadora".

En la exégesis de tal precepto, cabe citar la reciente STSJ de Cataluña de 03-11-22 (n.º de recurso 5141/2022) a tenor de la cual ". Ni antes de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (que no es aplicable al presente procedimiento), ni tampoco siquiera después de ella, la situación de incapacidad temporal en el momento del despido conduce de forma automática a una declaración de nulidad. Son en ese sentido acertados los argumentos de la sentencia recurrida que incluyen la cita de las sentencias del Pleno de esta Sala de 1/07/2014 y la del Tribunal Supremo de 15/03/2018. A ellas puede añadirse la más reciente del Tribunal Supremo de 31/05/2022 en la que se recuerda que "para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante". Sin embargo ni la demanda en su día, ni el recurso ahora, dedican ningún apartado a razonar por qué motivo las características de la enfermedad que dio lugar a la IT de la trabajadora debían llevar a la consideración de que sufría una discapacidad y, por el contrario, lo único que se registra en los hechos probados de la sentencia es que inició la baja con una duración estimada de 62 días. Ni tan siquiera se conoce diagnóstico ni duración real. Resulta por ello imposible apreciar en este caso la discriminación por razón de salud que viene a sostenerse en el recurso.".

Dicho criterio se asume igualmente en la más reciente STSJ de Asturias de 14-02-23 (n.º de recurso 2636/2022).

Lo que se quiere poner de manifiesto es que, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, los parámetros jurisprudenciales respecto al tratamiento que merece la enfermedad de la persona trabajadora al tiempo del despido a efectos discriminatorios siguen siendo los mismos.

Esto es, como hitos más importantes de la jurisprudencia recaía al respecto destacan:

- La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social num. 33 de Madrid en aras a determinar si son equiparables los conceptos de enfermedad y discapacidad. De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la 'equiparación' de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que 'la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período', por lo que 'una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78'. A ello se añade que 'ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad' y que 'no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva' (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual). Esta Sentencia es comentada detalladamente entre otras en la STS nº rec. 3348/2014, de 3 mayo 2016.

- La STJUE de 11 de abril de 2013, C-accumulados 335/11 y 337/11, que resolvió sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Dinamarca en el seno de dos litigios por despido. Los hechos a considerar son los siguientes: La sra. Justa fue contratada por una empresa en 1996 y desde el 6 de junio de 2005 hasta el 24 de noviembre de 2005 estuvo de baja por dolores permanentes en la región lumbar, para los que no hay tratamiento, siendo despedida el 24 de noviembre de 2005.

En aquel caso, la demandante fue contratada por una empresa en 1998, habiendo sufrido un accidente de tráfico el 19 de diciembre de 2003, a resultas del cual sufrió "latigazo cervical", permaneciendo tres semanas de baja, iniciando una nueva baja el 10 de enero de 2005, siendo despedida el 21 de abril de 2005. La sentencia razona lo siguiente: «Con carácter preliminar, debe señalarse que, según se desprende de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 41). Conforme a su artículo 3, apartado 1, letra c), esta Directiva se aplica, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea, a todas las personas, en relación con, entre otras, las condiciones de despido. 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.

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.» 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.»

Concluye: «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. 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 objeto legítimo,

no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.".

Esta Sentencia también es objeto de extenso comentario, entre otras, por la STS nº rec. 3348/2014, de 3 mayo 2016.

- La STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, Caso Daouidi, en la que el Tribunal respondía a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona. Cuestión que consistía en cuestionar si entraría en el concepto de "discriminación directa por discapacidad", como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2) y 3 de la Directiva 2000/78, la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta entonces bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal de duración incierta por causa de un accidente. Resumidamente expresado, el TJUE responde con base en el concepto de "discapacidad" de la Convención de la ONU, en cuanto a limitación a largo plazo o de larga duración, carácter que no cabe excluir por la temporalidad de la incapacidad, sino que ha de analizarse respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido, tomando como indicios de que la limitación es duradera el que la incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona. Concluye el TJUE que, si se aprecia que la limitación de capacidad es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que brinda la Directiva 2000/78 y constituye la discriminación de su artículo 2.1. Esta Sentencia es objeto de comentario, entre otras, por la la STSJ del País Vasco nº rec. 906/2017, de 9 de mayo.

- La STJUE Asunto C-397/18 Marí Jose / Nobel Plastiques Ibérica. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2019 que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona. El caso es el siguiente: El 1 de julio de 2004, Marí Jose fue contratada por Nobel Plastiques Ibérica. La trabajadora fue adscrita a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico y se acogió a una reducción de la jornada de trabajo por razones de guarda legal de hijos menores. Marí Jose realizaba una jornada semanal de 35 horas de trabajo y trabajaba en los turnos de mañana y noche. Marí Jose padecía epicondilitis, que fue diagnosticada el 12 de septiembre de 2011 y operada el 18 de enero de 2012.

Esta lesión fue calificada de «enfermedad profesional» y Marí Jose se encontró en situación de incapacidad temporal durante varios períodos entre septiembre de 2011 y abril de 2014, así como, debido a un diagnóstico de DIRECCION002, del 4 de septiembre de 2015 al 31 de marzo de 2016 y del 6 al 20 de mayo de 2016. A partir del 15 de diciembre de 2011 se reconoció a Marí Jose la condición de «trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo», en el sentido del artículo 25 de la Ley 31/1995, situación en la que se mantuvo desde entonces. Entre abril y agosto de 2016, Marí Jose acudió en diversas ocasiones al servicio médico de la empresa quejándose de dolor en el codo y remitió diversas comunicaciones al servicio médico y a la empresa reclamando la adecuación de su puesto de trabajo a su situación física.

Asimismo, durante varios períodos a partir del 31 de agosto de 2016, Marí Jose se encontró en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo debido a la epicondilitis que sufría. Desde la fecha en que se le diagnosticó la epicondilitis, Marí Jose se sometió a un reconocimiento médico después de cada alta médica. En todos ellos se indicaba que la trabajadora era «apta con limitaciones» para ocupar su puesto de trabajo o para ejercer tareas de «conformado vapor». En consecuencia, durante los períodos en los que trabajó en el año 2016 fue destinada preferentemente a puestos que requerían la manipulación de tubo pequeño, en los cuales no había tanto riesgo para su salud como en los puestos en los que se manipulaba tubo grueso.

Con el fin de proceder a un despido por causas objetivas en la empresa, Nobel Plastiques Ibérica adoptó los cuatro criterios siguientes, aplicables al año 2016: adscripción a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, productividad inferior al 95 %, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo. Nobel Plastiques Ibérica consideró que, durante el año 2016, Marí Jose cumplía con los cuatro criterios de selección, ya que se encontraba adscrita a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, presentaba una productividad media ponderada del 59,82 % y una polivalencia muy reducida en las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, y su índice de absentismo era del 69,55 %.

En consecuencia, el 22 de marzo de 2017, mientras Marí Jose se encontraba en situación de incapacidad temporal, Nobel Plastiques Ibérica le notificó una carta de despido por causas objetivas, basándose en causas económicas, técnicas, productivas y organizativas. En las mismas fechas fueron despedidas igualmente nueve personas más que trabajaban en la empresa.

El 21 de abril de 2017, Marí Jose interpuso demanda contra el despido ante el órgano jurisdiccional remitente, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, solicitando la declaración de nulidad, o subsidiariamente de improcedencia, del despido.

El 4 de agosto de 2017, la Inspección de Trabajo propuso sancionar a Nobel Plastiques Ibérica por dos faltas consistentes, por un lado, en la exposición de Marí Jose a los riesgos ergonómicos que produjeron su dolencia, creando un riesgo grave para su integridad física o su salud, y, por otro, en el mantenimiento de las condiciones de prestación de servicio de la trabajadora una vez conocida su epicondilitis, es decir, por adscribir a la trabajadora a puestos de trabajo cuyas condiciones eran incompatibles con las particularidades de su estado de salud.

En su informe, la Inspección de Trabajo indicó que Marí Jose había rotado entre diversos puestos, pero en todos existían operaciones que suponían la existencia de riesgos ergonómicos, de afectación al sistema músculo-esquelético, para las extremidades superiores. Señaló que Nobel Plastiques Ibérica no había realizado las actuaciones de adaptación del puesto de trabajo de Marí Jose para asegurar la compatibilidad entre este y la salud de la trabajadora.

El órgano jurisdiccional remitente se preguntó si el concepto de «trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en el sentido del artículo 25 de la Ley 31/1995, es asimilable al concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78, tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. A su juicio, esta cuestión constituía un requisito previo para determinar, por un lado, si los criterios de selección para despedir a Marí Jose vulneraban directa o indirectamente el derecho a la igualdad de trato de las personas con discapacidad reconocido por la Directiva 2000/78 y, por otro, si la obligación de realizar ajustes razonables que establece el artículo 5 de dicha Directiva exigía que no se tomaran en consideración los criterios de selección relacionados con la discapacidad de Marí Jose aplicados para proceder a su despido.

El TJUE contestó que ". A tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en ese artículo, entre los que figura la discapacidad. De conformidad con su artículo 3, apartado 1, letra c), dicha Directiva se aplica, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea, a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, en relación, en particular, con las condiciones de despido.

En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el estado de salud de Marí Jose, que ha sido despedida tras haber sido reconocida como trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, está comprendido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la citada Directiva. A este respecto, es preciso recordar que la Unión aprobó la Convención de la ONU mediante la Decisión 2010/48. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de dicha Decisión, las disposiciones de esa Convención forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión. Por otra parte, del apéndice al anexo II de la misma Decisión resulta que, en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, el trabajo y el empleo, la Directiva 2000/78 figura entre los actos de la Unión relativos a las materias regidas por esa Convención (sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartados 30 y 31, y de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, apartado 40).

De ello se sigue que la Convención de la ONU puede ser invocada para interpretar esa Directiva, que en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con dicha Convención (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 32, y de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, apartado 41). Por este motivo, a raíz de la aprobación de la Convención de la ONU por la Unión, el Tribunal de Justicia ha considerado que el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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 (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 38, y de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, apartado 28).

No se aprecia que la Directiva 2000/78 solo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. En efecto, sería contrario al objetivo mismo de dicha Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que esta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad (véase, en este sentido, la sentencia HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 40). El concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no como la imposibilidad de ejercer tal actividad. El estado de salud de una persona con discapacidad que pueda trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de «discapacidad» (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 44). El carácter «duradero» de la limitación debe examinarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que

se adopta contra él el acto supuestamente discriminatorio (sentencia de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, apartado 53 y jurisprudencia citada).

Entre los indicios que permiten considerar que una limitación de la capacidad es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho supuestamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona (sentencia de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, apartado 56). Por otra parte, la constatación de que el interesado tiene una «discapacidad», en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78, precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de esa Directiva. En efecto, conforme al considerando 16 de dicha Directiva, estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad y, por lo tanto, son la consecuencia de la constatación de la existencia de una «discapacidad» (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartados 45 y 46, y de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, apartado 57).

En estas circunstancias, procede responder a la primera cuestión prejudicial planteada que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de «discapacidad», en el sentido de dicha Directiva, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos...".

- Sobre la base de la jurisprudencia comunitaria citada la jurisprudencia nacional emanada del TS y de los TSJ viene señalando al respecto que "debe distinguirse entre la simple baja por enfermedad en cuanto tal y la discapacidad, de manera que únicamente una situación que pueda calificarse como de discapacidad y no de simple enfermedad podrá ser incluida en el ámbito de la Directiva 2000/78, por lo que la simple enfermedad no puede considerarse como un supuesto de discriminación que pueda dar lugar a la nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, sino que únicamente podrá dar lugar a la improcedencia del despido en aquellos casos en que no se haya producido una debida justificación de las causas del mismo" (STSJ de Andalucía Sala de lo Social de 20-02-19 y Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de marzo de 2018 entre otras).

B.- En el presente caso, ni siquiera resulta aplicable, como señala la Sentencia de instancia para este Juzgador la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21-09-21 n.º de recurso 1451/2021 aportada por la parte actora en el acto de la vista dado que la misma se refiere a un supuesto de "previsible larga duración de la baja médica" de la persona trabajadora, cuando en el presente caso tanto al tiempo de efectos del despido como incluso con posterioridad al mismo, el proceso de IT iniciado por la trabajadora tenía en todo caso la calificación administrativa de "corto" sin exceder en ningún caso de los 31 días de duración. Por tanto, sin necesidad de entrar a analizar las características de la patología que motivó la situación de IT de la trabajadora (las cuales tampoco se han puesto de manifiesto en la demanda inicial), quedado claro para el Juzgador, y para esta Sala revisora, que la "enfermedad" sufrida por la misma, no puede equipararse a "discapacidad" a efectos del presente despido.

Por tanto, en el caso de autos, la mera baja médica de la actora, por sí misma, no puede erigirse en causa suficiente para que pueda tildarse de nulo el despido, pues ello equivaldría a la casi automática declaración de nulidad de todo despido acaecido durante la situación de IT, con lo que se produciría una especie de blindaje de todo trabajador en baja médica, frente a los mecanismos extintivos patronales, en particular de los despidos disciplinarios improcedentes.

El motivo, así, no puede atenderse.

Tercero.- El segundo y último de los motivos, encauzado igualmente como motivo de crítica jurídica, denuncia infracción del art. 27 de la citada Ley 15/22, que establece la correspondiente indemnización a favor del trabajador cuando se produce una discriminación constitutiva de infracción del principio constitucional de igualdad.

Y, efectivamente, tal disposición así lo prevé, pero, naturalmente, siempre que se declare la existencia de discriminación, cosa que no se ha hecho en la Sentencia de instancia ni en la presente, que la confirma, según se ha razonado ampliamente en el precedente Fundamento Jurídico.



Con ello, decae el segundo de los motivos alzados por la parte demandante y, por tanto, el recurso debe ser repelido, sin condena en costas al litigar la trabajadora como tal. "

Antonio Doreste Armas.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c ?Las Palmas nº 3537/0000/66/0690/23 el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y librese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.