

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 455/2023 de 10 May. 2023, Rec. 118/2023

Ponente: López Parada, Rafael Antonio.

LA LEY 104970/2023

ECLI: ES:TSJM:2023:4970

DESPIDO NULO POR ENFERMEDAD. Aplicación de la nueva normativa a los contratos temporales. El trabajador estaba de baja por enfermedad y fue despedido el día anterior a su alta. Pero el despido no obedece a su enfermedad, sino que ya estaba fijado desde el inicio que en esa fecha se extinguiría el contrato temporal. En este punto es intrascendente si la temporalidad era legal o no. La baja médica no genera indicios de discriminación, máxime cuando era de corta duración y no era probable que el empresario prorrogase el contrato temporal cuando ya no se admitía legalmente una nueva prórroga, sino que debía ser por tiempo indefinido. Como no se ha probado la causa de temporalidad del contrato por circunstancias de la producción, el despido es improcedente.

El TSJ Madrid estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 35 que revoca y declara la improcedencia del despido.

A Favor: TRABAJADOR.

En Contra: EMPRESA.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34016050

NIG: 28.079.00.4-2022/0090169

Procedimiento Recurso de Suplicación 118/2023

M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid Despidos / Ceses en general 820/2022

Materia: Despido

Sentencia número: 455/2023

Ilmos. Sres

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

En Madrid, a diez de mayo de dos mil veintitrés, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 118/2023, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. ALVARO MARTINEZ GONZALEZ en nombre y representación de D./Dña. Hugo, contra la sentencia de fecha 29/11/2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 820/2022, seguidos a instancia de D./Dña. Hugo frente a MOTOR GAMBOA SA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Don Hugo vino prestando servicios para la demandada MOTOR GAMBOA SA desde el 28 de julio de 2021, en virtud de contrato de trabajo temporal, con categoría de Oficial 2ª (Mecánico) y salario diario de 52 € (hechos no controvertidos).

SEGUNDO.- Las partes suscribieron en fecha 28 de julio de 2021 un contrato de trabajo temporal, eventual por circunstancias de la producción con duración inicial prevista hasta el 27 de noviembre de 2021, indicando se en su testo como objeto el de "atender la acumulación de tareas y exceso de trabajo consistentes en un aumento en la actualidad de la cantidad de reparaciones de vehículos a consecuencia de las nuevas promociones y campañas lanzadas apostando por la seguridad del vehículo y la revisión de sus elementos, más si cabe tras el periodo de poca movilidad que han tenido muchos de nuestros clientes" (documento nº 2 de los aportados por la demandante y nº 1 de la demandada).

TERCERO.- El contrato citado en el hecho anterior se prorrogó hasta el 27 de julio de 2022 (documento nº 1 de los aportados por la demandada).

CUARTO.- Mediante carta fechada el 22 de julio de 2022 la empresa comunicó al trabajador la rescisión de su contrato eventual por circunstancias de la producción con efectos de 27 de julio de 2022 (documento nº 1 de la demandante y nº 2 de la demandada). La empresa hizo entrega al trabajador del documento de saldo y finiquito aportado como documento nº 3 por la empleadora (por reproducido).

QUINTO.- Don Hugo inició un periodo de baja médica por contingencia común en fecha 4 de julio de 2022 con el diagnóstico de "trastornos de disco intervertebral dorsal, dorsolumbar y lumbosacro" y

alta el 28 de julio de 2022 (no controvertido y documento nº 4 de los aportados por la demandante).

SEXO.- En fecha 8 de agosto de 2022 el demandante presentó papeleta de conciliación por despido ante el SMAC de Madrid, celebrándose tal acto en fecha 9 de septiembre de 2022 con el resultado de "intentado sin efecto" (documento aportado junto con la demanda inicial)."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por don Hugo contra la empresa MOTOR GAMBOA SA y condeno a esta a abonar a aquel la cantidad de 624 € en concepto de indemnización por extinción de contrato temporal. Absuelvo a la demandada del resto de las pretensiones contenidas en la demanda."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Hugo, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 10/05/2023 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la infracción de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en relación con el artículo 14 de la Constitución. Defiende el recurrente que su despido ha de ser declarado nulo por aplicación de la Ley 15/2022, al haber sido objeto de una discriminación por enfermedad o condición de salud.

Debemos comenzar por reproducir lo que hemos dicho hasta ahora sobre los despidos que puedan producirse por razón de enfermedad del trabajador, por ejemplo en sentencia de 22 de marzo de 2023 de esta Sección, recurso 1400/2022:

" Lo que aquí se pretende es la declaración de nulidad del despido porque, no habiéndose acreditado causas suficientes del mismo (...), se entiende que la causa real del despido es la existencia de una baja médica de larga duración y por tanto tiene naturaleza discriminatoria.

Lo primero que hemos de señalar es que en este caso el despido es anterior a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, Ley cuya disposición adicional décima fija como fecha de entrada en vigor el 14 de julio de 2022 y que no contiene ninguna previsión que permita aplicar una retroacción de efectos, de manera que no es aplicable al caso y este litigio se desarrolla en el marco de la normativa y doctrina anterior a dicha Ley.

Para resolver la cuestión debemos recordar que la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unificada en sentencias de 29 de enero de 2001 , 23 de septiembre de 2002 y 12 de julio de 2004 (recursos 1566/2000 , 449/2002 y 4646/2002) nos dice que el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado. Esta distinción (que también se recoge en los artículos 20 y 21 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales a la que se remite hoy el Tratado de Lisboa) tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia

cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación. Partiendo de ese primer punto dice el Tribunal Supremo que a pesar de que el artículo 14 de la Constitución incluye entre las causas de discriminación ilícita una cláusula abierta ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social") la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. El Tribunal Supremo nos ha dicho que la enfermedad, en el sentido genérico desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación (caso de las enfermedades consideradas como socialmente estigmatizantes), lo que aquí no es el caso.

Este criterio no es afectado en sentido estricto por la Directiva 2000/78/CE, porque lo que dicha Directiva impone es la prohibición de la discriminación por discapacidad y dicho concepto no puede confundirse con el de enfermedad en sentido genérico. Dijo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Chacón Navas vs Eurest Colectividades, que una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por 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, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad y que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate. Concluye en definitiva que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

No obstante si estuviésemos ante un despido fundado en la discapacidad entonces el mismo sí podría tener naturaleza discriminatoria ilícita y por tanto nula (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark vs. Dansk almennyttigt Boligselskab y Dansk Arbejdsgiverforening). Esta sentencia nos dice que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, 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, si esta limitación es de larga duración. Dice también el Tribunal que 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. Añade el Tribunal de Justicia que la Directiva 2000/78 se ha de interpretar 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 que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha Directiva y también dice que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, Daouidi y Bootes Plus S.L., el Tribunal de Justicia precisó que 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 el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera", con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. Añade que entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente 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 y que al comprobar ese carácter "duradero", el órgano judicial debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2018 en el asunto C-270/16, Ruiz Conejero vs. Ferroser Servicios Auxiliares S.A., dijo que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad.

Después en la sentencia de 11 de septiembre de 2019 en el asunto C-397/18, DV y Nobel Plásticos Ibérica, el Tribunal de Justicia ha dicho que 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 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. En aplicación de dicha

sentencia en la de esta Sala y Sección de 3 de marzo de 2021, recurso 18/2021, *concluíamos que "la situación de discapacidad puede incluir supuestos que prestacionalmente quedan cubiertos bajo el concepto de incapacidad temporal, lo que no significa que todos los supuestos de incapacidad temporal y ni siquiera la mayoría de ellos puedan considerarse como casos de discapacidad"*.

Finalmente hay que tener en cuenta que en la sentencia de 15 de julio de 2021 en el asunto C-795/19, Tartu Vangla vs. Jutiitsminister, Tervies-ja töominister, Õiguskantsler, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dicho que los artículos 2, apartado 2, letra a), 4, apartado 1 , y 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva no cumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, y que no permite comprobar si el mencionado funcionario puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables a efectos del citado artículo 5. En concreto dice en el párrafo 48 que el empresario debe tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, ejercerlo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. En efecto, a tenor del considerando 16 de esa Directiva, la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad y el concepto de "ajustes razonables" debe entenderse de forma amplia, en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Lo relevante entonces es:

A) Determinar si la situación de incapacidad (aunque sea temporal) se produce "a largo plazo", lo que ha de valorarse en el momento de producirse el acto presuntamente discriminatorio (el despido en este caso), según las previsiones razonables que en ese momento pudiera hacerse el autor del mismo (...);

B) Determinar si la patología y las limitaciones que producen reúnen la gravedad suficiente como para que impidan la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

C) Finalmente comprobar si el despido se produce sin que se hayan adoptado ajustes razonables destinados al mantenimiento del puesto de trabajo, por ser estos imposibles.

Se trata por tanto de un triple test.

En primer lugar hay que comprobar si hay una situación de incapacidad para el trabajo a largo plazo. Como ya anticipamos antes, la situación debe ser valorada en el momento del acto supuestamente discriminatorio, en este caso el despido, por lo cual lo que la norma exige es hacer un juicio sobre la previsibilidad de esa duración en ese momento. Si lo previsible era que la duración fuese larga, aunque después no fuese así, podremos hablar de discapacidad, mientras que si lo previsible en aquel momento fuera lo contrario, aunque después resultase en una baja más larga de la prevista inicialmente, no podremos calificar la situación en aquel momento relevante como discapacidad...

En segundo lugar hay que valorar si la concreta patología a largo plazo (admitiendo a título de hipótesis que aquí pudiéramos considerarla así) impide la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Se trata de un test de gravedad o de impacto sobre la vida personal y profesional de la trabajadora. En este caso si la patología impidiese o limitase significativamente el desempeño laboral en la concreta profesión solamente podríamos valorar el impacto como grave si constase, bien que se trata de una

profesión muy común en la que la trabajadora ordinariamente pudiera esperar encontrar empleo, bien que se trata de una profesión que la trabajadora ha ejercido largo tiempo o para la que tiene especial formación, de manera que si no fuese por su discapacidad se trata de una profesión en la que habitualmente podría esperar razonablemente encontrar o mantener el empleo...

*Finalmente y en tercer lugar, para que pueda hablarse en caso de discapacidad laboral de una conducta discriminatoria, es preciso que el desempeño laboral en la empresa sea posible aplicando "ajustes razonables", esto es, "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos" (artículo 2.m del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre). Hoy la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, acoge tal criterio al definir como discriminación directa "la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad" y aunque dicha norma no sea directamente aplicable *ratione temporis* el concepto de discriminación que expresa es el que ya resulta de la normativa europea y española analizada, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...*

En definitiva, existe discriminación en el empleo contra una persona por razón de su discapacidad cuando ésta sufre de una condición o patología a largo plazo que tiene la suficiente importancia como para impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y la empresa le niega el empleo (mediante su no contratación o, como en este caso, mediante su despido) pese a ser viable el mantenimiento del empleo aplicando unos ajustes razonables que no implican una carga desproporcionada ni indebida..."

Aplicando estos criterios en este caso no tendríamos un supuesto de nulidad por discapacidad, porque lo que consta probado es que "Don Hugo inició un periodo de baja médica por contingencia común en fecha 4 de julio de 2022 con el diagnóstico de "trastornos de disco intervertebral dorsal, dorsolumbar y lumbosacro" y alta el 28 de julio de 2022", de manera que no se cumplirían cuando menos los puntos primero y segundo del anterior test, ya que ni aparece una previsión de baja a largo plazo ni una situación de tal gravedad que afecte a la integración laboral y social del trabajador.

Ahora bien, en ese caso el despido se produce mediante una carta fechada el 22 de julio de 2022 y extinguiendo el contrato el 27 de julio, por lo que ya es de aplicación la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuya entrada en vigor se produjo el 14 de julio de 2022.

Dicha Ley constituye un desarrollo del artículo 14 de la Constitución, que recoge el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación. No tiene el carácter de Ley Orgánica porque el artículo 81.1 de la Constitución reserva las mismas para, entre otras, las "relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", lo que remite a la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución, que se inicia en el artículo 15, quedando el artículo 14 fuera de dicho ámbito. Cabe significar que dicho ámbito no es coincidente con el definido en el artículo 53.2 de la Constitución, que dice que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". Es decir, en el artículo 53.2 se adiciona el artículo 14, que no aparece en el artículo 81.1. Esto es importante, porque el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas del capítulo XI del título II de la Ley de la Jurisdicción Social, con todo lo que implica, es aplicable en dicho ámbito del

artículo 53.2, tal y como señala el artículo 177 de nuestra Ley procesal ("los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso"). El derecho fundamental de igualdad no queda por tanto fuera de su ámbito, también a los efectos del artículo 184 de la Ley de la Jurisdicción Social.

En cuanto a la nulidad del despido, la misma se aplica cuando éste tenga como móvil "algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador" (artículos 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 y 122.2.a de la Ley de la Jurisdicción Social). Un despido vulnerador del derecho fundamental de igualdad por tanto es nulo.

Frente a la interpretación jurisprudencial de las causas de discriminación ilícita y, en concreto, sobre si la cláusula residual del artículo 14 de la Constitución ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social") incluye o no la enfermedad o el estado de salud, la Ley 15/2022, en la función de desarrollo de la Constitución y de los derechos fundamentales que compete al legislador, la ha incluido en el ámbito de aplicación. El artículo 2.1 incluye entre las razones de discriminación prohibida la "enfermedad o condición de salud", además del "estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos". El artículo 2.3 añade 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". El artículo 3.1.a dice que la ley se aplica en el ámbito del "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". Y el artículo 4.1 dice:

"El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2. En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes".

Por tanto a partir del 14 de julio de 2022 debemos considerar que en principio un despido que tenga como móvil la enfermedad del trabajador tiene naturaleza discriminatoria y debe ser declarado nulo. No obstante el artículo 2.3 excepciona tres supuestos, en los que la diferencia de trato por razón de enfermedad no tendría naturaleza discriminatoria o ilícita:

- El propio proceso de tratamiento de la enfermedad
- Las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades
- Las limitaciones exigidas por razones de salud pública

Independientemente de lo anterior también subsiste la discapacidad como causa de discriminación prohibida, siendo aplicable para definir la misma la doctrina anteriormente expuesta, incluida la obligación de ajustes razonables que recoge ahora también la Ley 15/2022 (artículos 4.1 y 6.1.a, referida en este último artículo únicamente a la discapacidad).

Sobre esta base debemos resolver el caso que nos ocupa. Es de aplicación a estos casos, como hemos visto, el artículo 181.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, que dice 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".

Por tanto el test de aplicación en casos de enfermedad, para determinar si el despido ha tenido como móvil la misma, exige:

- a) Comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido;
- b) Determinar si existe un panorama indiciario de que el móvil del despido ha sido la enfermedad;
- c) En caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria.

En relación con este último punto y siguiendo el texto de las leyes aplicables, las justificaciones objetivas y razonables, que deben respetar el principio de proporcionalidad, puede ser que quede acreditado que el móvil de la causa del despido es ajeno a la enfermedad o condición de salud del trabajador, pero también, aunque el móvil sea la enfermedad o condición de salud, queda excluida la antijuridicidad si:

A) La diferencia de trato deriva de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (artículo 4.2 de la Ley 15/2022);

B) O que la extinción del contrato viene 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).

Y esto será así cuando se acredite la concurrencia de estas circunstancias justificativas, aunque no fueran alegadas en la carta de despido, puesto que las deficiencias formales del despido y de la carta solamente determinarán la declaración de improcedencia del mismo.

En el caso presente el primer punto que ha de resolverse es si existe un panorama indiciario de que el despido pudo tener como móvil la enfermedad del trabajador, teniendo en cuenta que existía un contrato temporal de fecha 28 de julio de 2021 con duración inicial prevista hasta el 27 de noviembre de 2021 y prorrogado en aquel momento hasta el 27 de julio de 2022, de manera que lo que hizo la empresa el 22 de julio de 2022 fue meramente comunicar que la extinción se produciría en la fecha prevista en el contrato. Lo que puede introducir el citado panorama indiciario es que Don Hugo inició un periodo de baja médica por contingencia común en fecha 4 de julio de 2022 con el diagnóstico de "trastornos de disco intervertebral dorsal, dorsolumbar y lumbosacro", del que fue alta el 28 de julio de 2022, día siguiente a la extinción de su contrato.

Pues bien, en los supuestos en que un contrato temporal se extingue al llegar la fecha predeterminada y conocida de su finalización, a priori no existe un panorama indiciario de discriminación, puesto que la extinción aparece prima facie debida a la propia finalización pactada del contrato y ello aunque se pueda llegar a determinar que la temporalidad del contrato no era correcta y por ello el despido pueda ser declarado procedente. Como hemos dicho, por ejemplo, en sentencia de 17 de noviembre de 2021 (recurso 864/2021), "con carácter general, si el contrato de trabajo temporal tiene fijada una fecha cierta de finalización, cuando el empresario extingue el contrato por llegar la misma, con ello a priori demuestra que la causa de tal extinción fue ajena a la intencionalidad de represalia, puesto que de lo contrario estaríamos obligando a los empresarios que suscriben contratos temporales a renunciar a la extinción de los mismos llegados a su término si el trabajador ha presentado una demanda previamente o ha realizado cualquier acto susceptible de generar una sospecha fundada de represalia". Ello no significa que no pueda construirse la presunción a partir del panorama indiciario de represalia o de discriminación, pero para ello tienen que concurrir elementos fácticos de cierta relevancia que permitan asentar, como hipótesis probable, que el empresario iba a adoptar otra decisión (la prórroga del contrato o su conversión en indefinido) y no lo hizo porque apareció una circunstancias que cambió su criterio, de manera que ese cambio de

criterio quede vinculado probabilísticamente a una represalia, discriminación o conducta contraria a un derecho fundamental.

Por tanto tenemos que ver si, frente a la fecha de finalización pactada, conocida y predeterminada del contrato, concurre alguna circunstancia que permita establecer ese panorama indiciario de discriminación, en concreto si lo es la baja médica unos días antes de la finalización del contrato, pero analizando los datos del caso concreto al que nos enfrentamos creemos que tal baja no llega a crear ese panorama indiciario porque, además de ser una baja de corta duración y sin que conste que obedece a una causa especialmente grave que pudiera llevar a una actuación de esa índole al empresario, no existe el más mínimo elemento que permita inducir que, de no haber concurrido la misma, el empresario hubiera prorrogado el contrato, máxime cuando esa prórroga debía ser ya por tiempo indefinido, porque la regulación a la sazón vigente del contrato por circunstancias de la producción no permitía una nueva prórroga en condición de temporalidad.

Por tanto el motivo es desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la infracción del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. De lo que se trata es de determinar si el contrato temporal que consta probado era válido como tal o por el contrario debe considerarse como un contrato por tiempo indefinido, de manera que la extinción del mismo deba calificarse como un despido improcedente.

La Sala debe reiterar el criterio asentado en esta materia, expresado por ejemplo en sentencia de 28 de abril de 2021 (recurso 228/2021), aplicando la legislación a la sazón vigente en relación con estos contratos temporales:

"El Estatuto de los Trabajadores define en su artículo 15.1.b el contrato temporal por acumulación de tareas como aquél en el que se contrata al trabajador "cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa". El Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, añade en su artículo e.2.a que "el contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo.". Es decir, no basta con especificar la duración y que la misma se encuentre dentro de los parámetros fijados en el artículo 15.1.b del Estatuto de los Trabajadores, sino que es necesario que se concrete "con claridad y precisión" en qué consisten las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos que justifican la temporalidad. No puede darse por válido un contrato de tal índole como temporal si en el mismo no se halla identificada de forma suficiente la causa de la temporalidad. La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que se resume en la sentencia de 30 de junio de 2005, RCU 2426/2004, no solamente exige que concurra la casusa de la temporalidad, sino también que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad. Esta misma es la doctrina que recogen las sentencias de 21-9-93 (rec. 129/93), 26-3-96 (rec. 2634/95), 20-2-97 (rec. 2580/96), 21-2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/96), 17-3-98 (rec. 2484/97), 30-3-99 (rec. 2594/98), 16-4-99 (rec. 2779/98), 29-9-99 (rec. 4936/98), 15-2-00 (rec. 2554/99), 31-3-00 (rec. 2908/99), 15-11-00 (rec. 663/00), 18-9-01 (rec. 4007/00), 21-3-02 (rec. 1701/01) y 11-5-05 (rec. 4162/03), y las demás que en ellas citan que, aun dictadas, en su mayor parte, bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2104/1984, 2546/1994 y 2720/1998. Todas las sentencias citadas ponen de manifiesto que la Sala Cuarta ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada cumplidamente la causa de la temporalidad. Y de ahí la trascendencia de que se cumpla inexcusablemente la previsión normativa de especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la causa de temporalidad. Por consiguiente, la falta de especificación en el contrato escrito de una causa válida de temporalidad suficientemente precisa determina la consideración del contrato

como fijo. Lo que en todo caso podría admitirse es que, a pesar de dicha deficiencia formal, se pudiese acreditar que las partes en el momento de la contratación pactaron la temporalidad en base a una causa, conocida y aceptada por ambas, que justificase real y suficientemente la limitación de la duración del contrato, no bastando con que a posteriori el empresario pueda buscar y acreditar supuestas causas de temporalidad cuyo conocimiento y aceptación por el trabajador en el momento de concertar el empeño laboral no conste probado. En tal caso lo que sería preciso acreditar no es solamente que existe una causa que podría justificar el que el contrato se pactase de duración determinada, sino que dicha causa se incorporó al negocio jurídico por voluntad concordante de ambas partes, siendo conocida y aceptada por ambas en el momento de la contratación, aún cuando no se hubiese incorporado al documento contractual celebrado por escrito. Lo que no puede admitirse es que, pactándose el contrato sin cumplir los requisitos formales y sin que conste acreditado que la voluntad de las partes de fijar una duración temporal al mismo estaba vinculada a una causa justa y suficiente conocida y aceptada por ambas, se venga a admitir que la empresa, una vez que se encuentra frente a la reclamación del trabajador o frente a una sanción administrativa por vulneración de las normas relativas a la contratación temporal, venga a alegar causas novedosas justificativas de la contratación temporal que eran desconocidas y no habían sido aceptadas por el trabajador".

Por tanto para que la finalización del contrato temporal impugnada sea considerada válida no basta con que no se haya superado el plazo máximo de duración del contrato temporal, sino que, siendo la temporalidad de naturaleza causal, es preciso que:

- a) Conste en el contrato expresada con claridad y precisión una causa de temporalidad que encaje con la definición legal de acumulación de tareas o, en defecto de consignación escrita de la misma con dicha claridad y precisión, la empresa acredite que en el momento de la contratación ambas partes conocían plenamente la causa de temporalidad y estuvieron de acuerdo en limitar la duración del contrato en virtud de la misma;
- b) Si se discute la realidad de la causa consignada, la empresa acredite los hechos constitutivos de la misma.

En este caso, como señala el recurrente, la sentencia de instancia ha considerado que, tratándose de un contrato de acumulación de tareas, el mismo es válido simplemente por no superar el plazo máximo legal de duración del mismo y respecto a la concurrencia de la causa que basta con lo consignado formalmente en el texto del contrato y es el trabajador el que debe acreditar que no existe una causa de acumulación de tareas.

Tal orden de resolución del problema jurídico no se compadece con la doctrina expresada. En este caso hay que partir de la comprobación de cuál fue la causa pactada y si la misma aparece expresada con claridad y precisión. Esto resulta dudoso en base a la literalidad de la misma:

"Atender la acumulación de tareas y exceso de trabajo consistentes en un aumento en la actualidad de la cantidad de reparaciones de vehículos a consecuencia de las nuevas promociones y campañas lanzadas apostando por la seguridad del vehículo y la revisión de sus elementos, más si cabe tras el periodo de poca movilidad que han tenido muchos de nuestros clientes".

Se menciona un incremento temporal del número de vehículos que debían repararse en el taller, o sea un incremento en la producción de la empresa, como consecuencia de "nuevas promociones y campañas apostando por la seguridad del vehículo y la revisión de sus elementos" y que había existido, sin duda como consecuencia de la epidemia, de un "periodo de poca movilidad... de nuestros clientes". No se precisan más datos, pero a juicio de la Sala la mención sería suficiente como identificación de la causa. Ahora bien, discutida la misma, compete a la empresa aportar en el juicio los datos concretos de producción, demanda y clientela que justifiquen la realidad de la causa expresada y lo cierto es que en los hechos probados, que no pretenden reformarse en este extremo tampoco por la parte recurrida la amparo del artículo 197.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, nada

absolutamente consta al respecto. Por tanto no ha quedado acreditada la causa de temporalidad invocada y el despido ha de ser calificado como improcedente, estimando este motivo subsidiario de recurso.

Lógicamente la estimación de este motivo deja sin efecto la condena al pago de la indemnización por extinción del contrato temporal.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Álvaro Martínez González en nombre y representación de D. Hugo contra la sentencia de 29 de noviembre de 2022 del Juzgado de lo Social número 35 de Madrid en autos nº 820/2022. Revocamos el fallo de la sentencia de instancia y, en su lugar, declaramos la improcedencia del despido del recurrente, condenando a Motor Gamboa S.A. a optar, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, entre readmitir al recurrente en su puesto de trabajo en las condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios de tramitación a razón de 52 euros diarios o indemnizar al mismo con 1.716 euros, debiendo devolver éste (compensándose en su caso) la indemnización por extinción del contrato temporal que hubiera podido percibir en cumplimiento de la sentencia recurrida. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827- 0000-00-0118-23 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0118-23.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo

Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.