

En Cádiz, a 21 de abril de 2023.

[REDACTED] magistrado del Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad, visto el procedimiento nº 298/2022 de DESPIDO (DISCIPLINARIO) Y DERECHOS FUNDAMENTALES (DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD) en el que han intervenido:

DEMANDANTE:
ASIST. PROFES.:

DEMANDADA:
ASISTENCIA PROFESIONAL:

INTERVINIENTES:

MINISTERIO FISCAL (NO COMPARECE);

FOGASA (NO COMPARECE);

Ha dictado esta resolución conforme a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento se inició mediante demanda formulada el 22/03/22 entre las partes antes mencionadas que con fundamento en los hechos que exponía solicitaba que se dictara sentencia que calificara el despido como nulo y subsidiariamente improcedente con las consecuencia legales.

Presentada en el Servicio Común del Partido Judicial de Cádiz se repartió a este juzgado que la admitió a trámite y convocó a juicio que finalmente se celebró el 17/04/23.

SEGUNDO.- El desarrollo del acto de juicio fue el siguiente:

1.- en fase de alegaciones:

a.- la parte demandante manifestó que ratificaba la demanda;



b.- la demandada opuso:

- la relación se transformó en indefinida en octubre de 2021;
- conforme con la categoría de oficial de primera desde octubre de 2021; (se intentará hacer constar las alegaciones de la demandada no sin esfuerzo interpretativo del juzgador ante las varias imprecisiones apreciadas)
- el 12/08/(¿?) el demandante fue dado de alta (médica) sin que lo comunicara a la empresa y siguió en esta situación hasta el día 29/(¿?)/(¿?); el segundo periodo fue por una nueva dolencia, cervicalgia, que el INSS resolvió “no da lugar” (posteriormente a requerimiento del juzgador aclaro que lo que la entidad gestora acordó fue no otorgarle efectos económicos);
- empresa y trabajador pactaron y aceptaron que ese segundo periodo se imputase a vacaciones;
- existe informe sobre los periodos vacacionales disfrutados;
- "de “motu proprio” seguirá de baja dijo el trabajador”;
- el viernes 22/(01)/(22) el trabajador envió un correo a la administrativa preguntándole cuantos días de quedaba, a lo que ella respondió que el lunes (25) le confirmaría los días;
- utilizando telefónicamente el dispositivo de manos libres, [REDACTED] comunicó por teléfono al demandante que sólo le quedaba de vacaciones el día 31/01/22 le comenta que el 04/02/20 se había de entregar una obra en mala de modo que en los días desde el 01/02/22 al 04/04/22 debía estar presente en la obra, a lo que respondió el trabajador enviándole una ubicación en Madrid;
- el 02/02/22 el operario [REDACTED] envió whatsapp indicando que ya estaban las balizas disponibles, sin que el demandante contestara ese día, siendo el día siguiente cuando envió una ubicación desde Valencia, lo cual comunicó [REDACTED] al señor [REDACTED] diciéndole que no podía colocar las balizas; ese día por la tarde el señor [REDACTED] intentó comunicar sin éxito con el demandante último, a las 11:00 de la noche del miércoles le envió correo indicándole que por malentendido estaba de vacaciones y que se comprometía a estar el 04/02/20 por la tarde; el 03/02/21 el señor [REDACTED] comunicó mediante correo al trabajador diciéndole que no tenía vacaciones;
- las balizas tenían que estar instaladas antes del 04/02/20, por tanto se acudió a una empresa externa para que hiciera el trabajo;
- no hubo contacto los días posteriores sino hasta el martes día 08/02/22 a las 8:33, fecha en la que el demandante envía parte de baja a la empresa;
- a las 8:45 del 08/02/22 la empresa le comunica carta de despido con tan sólo una diferencia de dos minutos, si bien estaba firmada con anterioridad; por tanto, la decisión fue con anterioridad a la baja médica;
- el 04/02/22 se pusieron los hechos en conocimiento del representante de los trabajadores;
- en definitiva se sanciona la ausencia desde el 01/02/22 hasta el 08/02/20, lo cual aparece tipificado en el convenio colectivo aplicable; hay “reincidencia” (a



requerimiento del juzgador quiere decir que hubo “reiteración” en las ausencias);

c.- el demandante contestó:

- .- el despido es provocado por su baja de larga duración;
 - .- en fecha de 02/02/22 se emitió luego parte de baja médica;
 - .- cuando el demandante se incorporó en agosto, la empresa se negó a concederle vacaciones;
 - .- es incierta la conversación que se dice de alisada mediante manos libres;
 - .- en el WhatsApp de 01/02/22 con [REDACTED] no se le indica que no pueda coger vacaciones, a pesar de que le dijo que se tomaría vacaciones;
 - .- no es cierto que por dos días haya podido producir perjuicio a la empresa;
 - .- no hubo expediente disciplinario;
 - .- en la fecha de despido el 08/02/22 ya conocía la baja médica de 02/02/22 pues lo comunicó a recursos humanos;
 - .- finalizó sin imposición refiriéndose a la doctrina jurisprudencial sobre la gravedad de los incumplimientos que justificaron despido disciplinario, la ley para la igualdad que se aprobaría con posterioridad a los hechos y que subsidiariamente el despido debe considerarse improcedente;
- 2.- en periodo probatorio se practicaron las pruebas propuestas por las partes, en concreto:
- .- documental, sin que se cuestionara su regularidad formal;
 - .- testificales prestadas por [REDACTED] y [REDACTED]

3.- en fase de conclusiones las partes informaron en apoyo de sus pretensiones; tras ello el procedimiento quedó concluso para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido los requisitos y formalidades legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- [REDACTED] ha venido prestando sus servicios dirigidos y retribuidos por cuenta [REDACTED] en los siguientes términos:

- *.- desde el 20/05/19, transformándose en indefinida el 05/10/21;
- *.- con aplicación del convenio colectivo propio de la empresa;
- *.- inicialmente como oficial de segunda electricista y posteriormente como oficial de primera;
- *.- con salario mensual bruto de 1.768,05 €;



*.- la empresa tenía su oficina central en Calle [REDACTED]
Polígono Industrial [REDACTED] Provincia de Cádiz, si
bien las obras en las que estaba destinado [REDACTED] se ubicaban en Málaga;
*.- no ha tenido representación de otros trabajadores.

SEGUNDO.- Han sido incidencias en la ejecución de dicha relación las
que se exponen a continuación.

[REDACTED] estuvo ausente de su puesto de trabajo los días que se contienen
relacionados en el documento número 10 que aporta la parte demandada en el
acto de juicio y cuyo contenido se debe tener por reproducido en este lugar,
ausencias que se debieron a las circunstancias que se exponen a continuación.

[REDACTED] estuvo de baja médica desde marzo de 2020 hasta el 12/08/21 a
causa de operaciones quirúrgicas (sin mayor concreción) .

En fecha de 19/05/21 el INSS dictó resolución que denegado la
prestación de incapacidad permanente a [REDACTED] por no ser las lesiones que
padece susceptibles de determinación objetiva o previsiblemente definitivas,
resolución administrativa que aquel ha impugnado judicialmente.

Han sido comunicaciones entre [REDACTED] y otros empleados de la empresa
las siguientes:

- *.- mediante correo electrónico de 22/01/22 [REDACTED] escribió a [REDACTED] que aún le
quedaban unos días de vacaciones de años anteriores pendientes de disfrute y
los necesitada desde el 31/01/(22) en adelante, solicitando que confirmaran
cuantos días eran porque tenía dudas si eran 14 o más;
- *.- mensaje enviado en 24/01/22 de [REDACTED] a [REDACTED] indicándole que cuando
llegue a la oficina le confirma;
- *.- WhatsApp entre [REDACTED] y [REDACTED]: en fecha de 27/01/22 [REDACTED] envió un
mensaje por WhatsApp a [REDACTED] empleada de dicha empresa, preguntándole
cuantos días le quedaba de vacaciones;
- *.- WhatsApp entre [REDACTED] y [REDACTED] en fecha de 01/02/22 [REDACTED] envió
WhatsApp a [REDACTED] preguntándole si estaba en Madrid, añadiendo la
expresión "qué guay! disfruta mucho!";
- *.- WhatsApp entre [REDACTED] y [REDACTED] antes del martes
01/02/22 [REDACTED] envió WhatsApp a [REDACTED] en la que expresaron:
 - .- Quedan las balizas;
 - .- Que parecen que llegan la semana que viene;
 - .- A finales de semana me dijeron ayer;
 - .- Si esa estamos a la espera de que lleguen que debe estar a comienzos de la
semana que viene;



.- Finales...

.- A mí me dijeron martes miércoles;

.- Pues será así;

.- No sé;

.- Yo me voy de vacaciones me avisas cuando llegue;

*.- WhatsApp entre [REDACTED] y [REDACTED] el martes 01/02/22:

[REDACTED] envió WhatsApp a [REDACTED] en la que expresaron:

uno. El .- Hola ya han llegado las balizas que quedaban;

.- sucede una contestación indicando que estoy en Valencia y que las pondría AV paréntesis las balizas) el lunes y martes de la semana que viene;

*.- en fecha de 02/02/22 [REDACTED] comunicó mediante WhatsApp con [REDACTED] conforme al contenido del documento [REDACTED] que aporta la parte demandante en el acto de juicio y contenido se debe tener por reproducido en este lugar, si bien se destacará en este momento que en el, [REDACTED] admite meridianamente que quedaban vacaciones pendientes de disfrute, para posteriormente manifestar que todas las grabaciones fueron consumidas; reprocha a [REDACTED] que se halla tomado vacaciones por su cuenta estando la obra de una vivienda pendiente de entregar el 07/01/22 exponiendo a la empresa a penalización;

*.- en fecha de 02/02/22 [REDACTED] comunicó a Carlos Pérez el mensaje conforme al texto del documento número cuatro que aporta la parte demandante en el acto de juicio y cuyo contenido se debe tener por reproducido este lugar;

*.- en fecha de 08/02/22 [REDACTED] comunicó a [REDACTED] el mensaje conforme al texto del documento número cinco que aporta la parte demandante en el acto de juicio y cuyo contenido se debe tener por reproducido en este lugar;

En 2022 el SPS emitió parte de baja médica de [REDACTED] no de incapacidad temporal por enfermedad común consistente en crisis de ansiedad el 02/02/22; el parte de confirmación fue de 09/02/22; el parte de alta fue de 16/02/22, sin concreción de la causa.

Enrique no acudió a su puesto de trabajo entre los días 02/02/22 y el 08/02/20.

En fecha de 15/02/22 se emitió la factura que aporta la parte demandada en el acto de juicio como documento número [REDACTED] y cuyo contenido se debe tener por reproducido lugar, si bien se deja indicado que expresa referirse a unos trabajos llevados a cabo el 10/02/22, recogiendo como conceptos, entre otros, los de mano de obra de cuatro personas diferentes.

TERCERO.- En fecha de 08/02/22, a las 20:35 horas, la dirección de aquella empresa emitió comunicación escrita a [REDACTED] en la que le



comunicaba la extinción de su relación conforme al texto de la carta de despido que como segundo documento acompaña a la demanda y cuyo contenido se debe tener por reproducido en este lugar. La fecha de efectos era de ese mismo día 08/02/22.

CUARTO.- Aquel trabajador formuló papeleta de conciliación ante el CMAC reclamando por despido frente a aquella sociedad en los siguientes términos:

- .- presentación de papeleta: 28/02/22;
- .- celebración de la comparecencia: 21/03/22;
- .- resultado: asistencia de ambas partes, sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos objetivos anteriormente relatados quedan fijados mediante los elementos que se exponen a continuación:

**.- Las partes ADMITEN la existencia del contrato de trabajo y sus condiciones contractuales tales como la antigüedad, categoría, el salario y lugar de trabajo; dato relevante asimismo admitido por la parte demandante en el hecho sexto de la demanda aunque sin que se sepan las exactas circunstancias de ello, pues nada dice expresamente la carta de despido al respecto, es el dato consistente en "la fecha en que tendrá efectos" el despido en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo primero, del ET y cuya ausencia hubiera determinado la declaración de improcedencia del despido con posibilidad empresarial de efectuar un nuevo despido en el plazo de siete días desde la notificación de la sentencia (artículos 55.4 ET y 110.4 LRJS);

**.- la DOCUMENTAL aportada por ambas partes y no cuestionada por las mismas constatan las diferentes conversaciones mantenidas entre el demandante y el resto de miembros de la sociedad y las situaciones de bajas médicas del demandante; no obstante, de dicha documental se deben destacar los siguientes extremos:

- .- la parte demandante no acredita las circunstancias de la patología que determinó la baja médica de larga duración de 2020 y 2021, de modo que no cabe hablar de discapacidad duradera (que pudiera amparar una posible discriminación);
- .- en las comunicaciones del demandante y los organizadores de trabajo en la empresa se aprecia la indeterminación en cuanto a los días de vacaciones



pendientes de disfrute, así como la intención del demandante de ausentarse al amparo de dichos días pendientes (no por mera rebeldía);

.- lo que no acredita la empresa demandada -aunque indiferente a los efectos del presente litigio- es que la baja médica de 02/02/22 haya sido dejada sin efecto económico, pues el último documento que aporta la empresa en el acto de juicio en materia de Seguridad Social se refiere a la falta de efectos de la baja médica de 13/08/21, no la de febrero de 2022 que es la decisiva a los efectos de apreciar o no justificación en la ausencia que se toma como motivo para el despido disciplinario;

.- finalmente, la empresa no logra acreditar que haya tenido que encargar a una empresa externa los trabajos no realizados por el demandante ausente, según resulta de lo siguiente: 1) los trabajos facturados son del 10/02/22, esto es, con posterioridad a la supuesta fecha de entrega al cliente; 2) no se corresponde con el trabajo que hubiera llevado a cabo el demandante la circunstancia de que los facturados han sido llevados a cabo por cuatro personas;

**.- Las TESTIFICALES poco aportan si tenemos en cuenta que no hacen sino corroborar el contenido de las conversaciones aportadas documentalmente y cuyos contenidos no han sido cuestionados; no se puede considerar acreditada la supuesta conversación mediante manos libres pues, sin perder de vista la presumible parcialidad de los testigos, no existe corroboración objetiva alguna de ello; el resumen del contenido de las declaraciones testimoniales fue el siguiente:

*.-

.- la declarante es la que organiza el trabajo que recibe del cliente, realizar presupuesto, y asigna trabajadores para los diferentes trabajos o tareas;

.- considera que el demandante estuvo de vacaciones el 31/01/22 pues así lo escucho en una conversación;

.- estuvo presente en la conversación telefónica entre [REDACTED] y [REDACTED] mediante manos libres;

.- en cierto trabajo faltaba poner cierto material, balizas luminosas para caminos en parque de aparcamientos, que todavía no había llegado, material que llegó el 01/02/22;

.- [REDACTED] desde Chiclana, le dijo que cuando el material llegara el martes o el miércoles avisaría al demandante para ponerla en la obra de Malaga;

.- el 01/02/22 ella contacto con el demandante que se limitó a mandarle una ubicación en Madrid;

.- las vacaciones se intenta fijarla con uno o dos meses de antelación, aunque todo es en un ambiente de trato familiar;

.- el demandante faltó a su puesto de trabajo del día uno al 8 de febrero;



- realiza labores de técnico en la oficina de Chiclana; no fue a la obra de Malaga;
- es superior jerárquico de [REDACTED]
- [REDACTED] estaba asignado a la obra de Málaga; estuvo allí hasta el viernes día 28/(01/22); la baliza llegaba entre el martes y el miércoles; la obra tenía que ser entregada el lunes día 07/(02/22);
- se puso en contacto con el y quedaron en que se le avisara cuando llegara; el martes le avisó y [REDACTED] no contestó sino hasta el día siguiente (miércoles) que estaba en Valencia y que volvería el lunes o martes siguiente;
- el 01/02/22 el declarante le dijo a [REDACTED] que había llegado la baliza;
- cierto que Enrique estaba el lunes de vacaciones pero le comentó a este lo de las balizas;
- las vacaciones se suelen solicitar de uno a tres meses antes de su disfrute;
- el lunes día 07/(02/22) era el día para terminar (la obra);
- desconoce las circunstancias de supuesto accidentes padecido por [REDACTED] pues en la empresa existen numerosos vehículos;
- reconoce como cierto el contenido del mensaje de whatsapp que se le exhibe como documento número [REDACTED]
- *.- [REDACTED]
- es administradora de la empresa, con funciones administrativas y de recopilación de datos para la gestoría;
- mantenía relación directa con [REDACTED]
- (incurre en grandes imprecisiones en relación con cierta fecha);
- estuvo presente en el momento en el que [REDACTED] llamó a [REDACTED] manifestándole que no tenía vacaciones al está pendiente la obra;
- cree que Enrique tuvo vacaciones desde mediados de diciembre;
- le correspondían más días de vacaciones por motivo de la baja de incapacidad temporal; se le debía vacaciones no disfrutadas en años anteriores;
- la ausencia del demandante determinó que se tuviera que contratar a una empresa externa para la realización de los trabajos que no hizo este trabajador;
- la ausencia del declarante fue desde el día 1 al 8 de febrero;
- [REDACTED] le pregunto cuánto tiempo más le quedaba de vacaciones pues quería disfrutar de ellas;
- la fecha final de entrega de la obra como muy tarde era el lunes día 08/02/22; el día 6 como muy tarde (parece que se contradice).

SEGUNDO.- La parte demandante ejercita una acción de despido solicitando la declaración de nulidad con fundamento en la discriminación por su discapacidad o, subsidiariamente, improcedencia de la decisión extintiva al entender que su ausencia al puesto de trabajo estaba justificada por una baja médica.



En relación a la causa de nulidad que pueda suponer un estado patológico que determine baja médica podemos traer a colación los siguientes pronunciamientos judiciales.

La STSJ de Canarias de Santa Cruz de Tenerife de 08/04/22 señaló:

*.- los términos "discapacidad" y "enfermedad" no son ni equivalentes ni sustituibles entre sí. Con respecto a la mera situación de enfermedad, incluso si la misma ha provocado una situación de incapacidad temporal que se mantenía a la fecha del despido, el criterio reiterado de la Sala IV del Tribunal Supremo, en sentencias entre otras como la de 15/03/18, es que la mera situación de enfermedad o incluso de incapacidad temporal del trabajador no hace que el despido sea nulo por vulnerar los artículos 14 o 15 de la Constitución. La nulidad en estas situaciones puede producirse cuando resulta que la enfermedad se ha empleado como elemento estigmatizador con total independencia de si afecta o no a la capacidad de trabajo (STC 62/2008, de 26 de mayo); cuando se constate que la empresa apercibió de despido si el trabajador en situación de incapacidad temporal no abandonaba el tratamiento médico prescrito (STS de 31/01/11); o bien, el supuesto que la enfermedad pueda calificarse de discapacidad.

*.- Examinando la situación de discapacidad, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define en su artículo 2.a) la discapacidad como "una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás", y coherentemente con esta definición, en su artículo 4.1 señala que son "personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". Definición legal de discapacidad que se ajusta a la que sigue el TJUE, que considera discapacidad "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", siempre que tales limitaciones sean de carácter "duradero" (SS de 11/07/cero 6,11/04/13, 01/12/16, 11/09/19, entre otras). De esta normativa interna y de la doctrina del TJUE se deducen tres notas definitorias de la discapacidad: la primera, la presencia de dolencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales; la segunda, el carácter duradero de esas dolencias; y la tercera, su incidencia negativa en la participación plena y efectiva en la sociedad en general y, a lo que ahora interesa, en la vida laboral en particular.



*.- Sobre la primera nota, la de las dolencias o deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, las mismas, como señala la STJUE de 11/09/19, pueden derivar no solamente de limitaciones presentes desde el nacimiento o como consecuencia de accidentes, sino también de situaciones de enfermedad en sentido amplio, siempre que estas últimas supongan limitaciones a la normal participación en la vida profesional y tengan carácter duradero, pues ni la jurisprudencia comunitaria, ni la interna, equiparan "enfermedad" con "discapacidad". Aparte de ello, el TJUE, en la misma sentencia de 11/09/19, entiende que la figura del "trabajador especialmente sensible" a determinados riesgos, contemplada en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no tiene por qué equivaler a "trabajador discapacitado", y en la de 18/12/14, señala que la situación de discapacidad "no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad".

*.- En cuanto a la segunda nota o elemento configurador de la discapacidad, el "obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional", ese obstáculo o limitaciones han de derivar de las deficiencias o dolencias, y en principio "no sólo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta" (en TJUE de 18/12/14 y 11/04/13). Tan discapacitada es, por tanto, la persona que está totalmente impedida para desempeñar su profesión como la que solo presenta una limitación parcial, y en este último caso, la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes que pueda adoptar o haya adoptado la empresa para facilitar el desempeño normalizado del trabajo, sino que estos "ajustes razonables" que ha de adoptar el empleador son, precisamente, consecuencia de la previa existencia de discapacidad.

*.- Por último, la nota del carácter "duradero" que deben reunir las limitaciones para poder ser conceptuadas como discapacidad se desarrolla en especial en la sentencia de 01/12/16, que señala que el mismo debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio (es decir, si a la fecha del acto presuntamente discriminatorio las limitaciones ya se podían considerar de larga duración o era razonablemente previsible su permanencia en el tiempo), y que, aunque comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero» es, ante todo, de carácter fáctico, "Entre los indicios que permiten considerar que una 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".

nación que no puede ser operante en el presente caso.

La STSJ de Madrid de 23/07/21; la situación de IT no puede servir para llevar a considerar al trabajador como afecto de una discapacidad como factor



de protección frente a la discriminación. El TJUE recogía lo que ya había afirmado en la STJUE de 11/04/13 en la que había perfilado el concepto de discapacidad como factor protegido frente a la discriminación. Por vez primera el TJUE señalaba que, tras la Decisión 2010/48 de la Unión Europea que aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: "las personas con discapacidad incluyen a 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". Por consiguiente, la Directiva 2000/78, que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el TJUE en la STJUE de 11/06/06, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE. Ello supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el TJUE señala que el concepto de discapacidad" 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". A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Tras lo que definitivamente concluimos 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. Y llegados a este punto los únicos datos de que se dispone son los de la existencia de dos periodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que consten las circunstancias o causas de las bajas. Se hace extremadamente difícil deducir de ello que en, efecto, nos encontremos ante una situación 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", por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor. Las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social. No cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado,



constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente. Pues bien: sobre la base de los pronunciamientos a que anteriormente se ha hecho referencia debe concluirse que, para que la incapacidad temporal (I.T.) pueda ser considerada "discapacidad" (a efectos de poder valorarse como discriminatoria la decisión empresarial que afecte a un trabajador en situación de I.T.), no basta con que la duración de la I.T. se haya extendido o prolongado en el tiempo (pues precisamente el mantenimiento de la relación laboral durante el tiempo que la legislación de Seguridad Social permite prolongar dicha contingencia es una actuación que favorece al trabajador enfermo), sino que además es necesario que la enfermedad padecida comporte una limitación que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. En el presente caso la incapacidad temporal de la actora había durado sólo un mes y medio (aproximadamente) cuando se produjo el despido, y la causa de dicha incapacidad temporal (esguince cervical) no puede considerarse "una dolencia que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores". Por tanto, no cabe apreciar una discriminación por discapacidad determinante de la nulidad del despido.

Partiendo de los hechos probados y ajustándonos a la anterior doctrina apreciamos que no existen indicios de discriminación por discapacidad, pues la parte demandante se ha limitado acreditada que estuvo en situación de incapacidad temporal hasta agosto de 2021, sin concreción de la patología que la originó y, por ende, sin posibilidad de conocer si puede ser calificada como discapacidad en los términos doctrinalmente exigidos; no constituye discapacidad la mera ansiedad que origina la baja médica de 02/02/22 generada por las puntuales desavenencias laborales entre el demandante y sus superiores jerárquicos.

En relación a la petición de improcedencia, la empresa no puede amparar un despido disciplinario en una ausencia cuando esta está justificada mediante una situación de incapacidad temporal que, precisamente, produce el ejemplo de dejar en suspenso la obligación de prestar los servicios (artículo 45.1, letra c, del ET), motivo por el cual debe accederse a la petición de declaración de improcedencia de la decisión extintiva.

Las consecuencias del despido improcedente se contienen en el artículo 56 ET, al disponer que:



.- Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (en el periodo hasta el 11-2-12 rigen los 45 días de la legislación derogada, DT5 RDL 3/2.012).

El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

.- En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

.- En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

Por su parte la LRJS en su artículo 110 sobre los efectos del despido improcedente establece que

1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades:

a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112.

b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia.

c) En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial.



2. En caso de que se declarase improcedente el despido de un representante legal o sindical de los trabajadores, la opción prevista en el número anterior corresponderá al trabajador.

3. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia.

4. Cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha.

Resulta la siguiente cantidad en concepto de indemnización por los servicios prestados, conforme al cálculo en la aplicación de la página web del CGPJ: 5.275,09 euros.

TERCERO.- Conforme al artículo 191 LRJS, son recurribles en suplicación las sentencias que no estén exceptuadas de recurso, no estando excluidas las de despido, motivo por el cual procede admitir la posibilidad de recurso.

En atención a lo expuesto,

F A L L O

Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por [REDACTED] se declara la IMPROCEDENCIA del despido de 08/02/22 y se condena a [REDACTED] a que:

- .- en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte entre la READMISIÓN de Enrique o la extinción de la relación con el consiguiente “derecho” de este a una INDEMNIZACIÓN de 5.275,09 euros; EN CASO DE SILENCIO SE PRESUME QUE HA OPTADO POR LA READMISIÓN;
- .- asimismo, para el caso de opción expresa o presunta por la readmisión, el abono a Enrique de una cantidad de SALARIOS DE TRAMITACIÓN igual a la suma de los salarios dejados de percibir a razón de 58,935 euros diarios, durante los días posteriores al despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal



colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación;

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe recurso de SUPPLICACIÓN, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o de su representante, al hacerle la notificación de aquélla, de su propósito de entablarlo. También podrá anunciarse por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o graduado social colegiado, o representante ante el juzgado que dictó la resolución impugnada, dentro del indicado plazo. Todo el que anuncie recurso de suplicación, consignará como depósito trescientos euros, en la cuenta de depósitos y consignaciones correspondiente al órgano que hubiere dictado la resolución recurrida, estando exento de ello el que tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, Administraciones Públicas, entidades de derecho público, órganos constitucionales, sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita. Además, cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita acredite al anunciar el recurso de suplicación haber consignado en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del órgano jurisdiccional, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito. Los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constitución del depósito necesario para recurrir, en su caso, en el momento del anuncio del recurso de suplicación, hasta la expiración del plazo establecido para el anuncio del recurso. Los ingresos podrán efectuarse:

.- o bien mediante INGRESO EN SUCURSAL del Banco Santander en el número de cuenta formada por los siguientes dígitos: “1282 0000 65 (seguido de los cuatro dígitos del nº de registro del procedimiento) (seguido de los dos dígitos del año del procedimiento)”;

.- o bien mediante TRANSFERENCIA BANCARIA en la cuenta “ES55-0049 3569 92 0005001274” expresando como “concepto” el número de aquella anteriormente mencionada “1282 0000 65 (seguido de los cuatro dígitos del nº de registro del procedimiento) (seguido de los dos dígitos del año del procedimiento)”.

Por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

