

Juzgado de lo Social N°. 1 de Granada, Sentencia de 15 Feb. 2023, Rec. 753/2022

Ponente: Rodríguez Alcázar, Jesús Ignacio.

Nº de Recurso: 753/2022

Jurisdicción: SOCIAL

ECLI: *ES:JSO:2023:5*

Declarado nulo un despido de trabajador enfermo por aplicar la reciente ley de igualdad de trato

Cabecera

DESPIDO NULO. Baja del trabajador en la Seguridad Social el mismo día de sufrir accidente de trabajo. Reacción empresarial a su situación de enfermedad. Aplicación de la nueva Ley 15/2022 de igualdad de trato y no discriminación. Bajo ese novedoso paraguas legal, es directamente discriminatorio despedir a un trabajador enfermo, aunque no sea equiparable a una situación de discapacidad por enfermedad de larga duración. La norma no exige propiamente la situación de incapacidad temporal ni tampoco que la enfermedad tenga una determinada intensidad, gravedad, o permanencia en el tiempo. Existen indicios fundados. Se debe readmitir al trabajador y regularizar su situación en la S.S. Indemnización por daño moral rebajada teniendo en cuenta la escasa antigüedad, que es una empresa pequeña y que no es una actuación reiterada. FINIQUITO. A pesar de haber firmado el finiquito, no tiene valor liberatorio cuando no hubo un verdadero acuerdo transaccional.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El J.S. núm. 1 de Granada estima en parte la demanda y declara la nulidad del despido condenando a la empresa al abono de indemnización adicional.

Juzgado Social 1 Granada

Despido nº 753/22

SENTENCIA N°

En la Ciudad de Granada a 15 de febrero de 2023, Jesús I. Rodríguez Alcázar Magistrado del Juzgado de lo Social nº 1 de esta ciudad, ha visto los presentes autos con el nº 753/22 sobre

Despido, promovido a instancia de D. Camilo contra Alborán Adventure y Charter S.L. y con intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15-09-2022 fue presentada demanda interpuesta por D. Camilo, en la que tras alegar los hechos que estimó pertinentes e invocar los fundamentos de Derecho que consideraba de aplicación, terminó solicitando se dictase Sentencia estimando íntegramente la demanda declarando la nulidad o improcedencia del despido, condenando a la demandada a que readmita al trabajador en su puesto de trabajo o le abone la indemnización legal, y al abono de indemnización por daños y perjuicios.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se citó a las partes para el acto de juicio que tras una suspensión se celebró el 8-02-2023, compareciendo la parte actora y la demandada. La demandante se ratificó en la demanda, tras lo que se concedió la palabra a la parte demandada que contestó oponiéndose, dando nuevo traslado a la demandante.

TERCERO.- Las partes propusieron la práctica de prueba practicándose la admitida con el resultado que consta en autos, realizando a continuación sus conclusiones tras lo que se dio por terminada la vista, quedando el pleito concluso para Sentencia.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las formalidades legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D. Camilo con DNI NUM000, comenzó a prestar servicios el día 25-06-2022 para la empresa Alborán Adventure y Charter S.L., suscribiendo un contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, con la categoría de monitor de actividades recreativas y salario de 1800 euros mes. La jornada era completa. En el contrato no consta causa del mismo y tenía fecha de finalización de 30-09-2022.

SEGUNDO.- El demandante realizaba su actividad como patrón de barco. La actividad de la empresa de paseos en barco y cursos se desarrolla principalmente en periodo de verano. La empresa ha tenido contratados 27 trabajadores en distintos periodos en 2019, 2020, 2021 y 2022.

TERCERO.- En fecha 28-07-2022 D. Camilo sufrió accidente de trabajo que le produjo contusión lumbar y esguince de rodilla, siendo atendido en el servicio de urgencias del Hospital de Motril el mismo día.

CUARTO.- D. Camilo preguntó cuál era la Mutua con la que la empresa tenía concertada la cobertura de contingencias profesionales, contestándole un compañero a las 9:24 horas de la mañana del día 29 de julio que era la Mutua FREMAP. El demandante acudió a los servicios de la Mutua iniciando el mismo día baja por accidente de trabajo.

QUINTO.- La empresa procedió a tramitar la baja del trabajador en Seguridad Social el día 29 de julio a las 9:41 horas de la mañana con efectos de 31 de julio. El día 29 a las 11:04 horas la esposa del demandante remitió parte de baja a la empresa por correo electrónico y el 1 de agosto parte de confirmación.

SEXTO.- En fecha 31-07-2022 el demandante suscribe documento de finiquito que se da por reproducido en el que consta fin de contrato temporal y la fórmula *"El trabajador suscrito cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa arriba indicada, y recibe en este acto la liquidación de partes proporcionales, en la cuantía y detalle que se expresa a continuación, con cuyo recibo reconoce hallarse saldado y finiquitado, por todos y cuantos devengos salariales le pudieran corresponder, por razón de trabajo en la mencionada empresa, quedando totalmente rescindida su relación que le unía a la misma"*. En el documento se reconoce una cantidad como indemnización de 60 euros.

SÉPTIMO.- El demandante fue alta médica el 9-08-2022. El 10-08-2022 se expide nueva baja por el SAS con el diagnóstico de esguince de rodilla.

OCTAVO.- D. Camilo promovió conciliación el 24-08-2022 siendo citada ante el CEMAC el 11-10-2022, interponiendo demanda el 15-09-2022. El acto de conciliación se celebró el 11 de octubre con el resultado de sin avenencia.

NOVENO.- D. Camilo no ha sido representante de los trabajadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se formula demanda en la que se solicita se declare la nulidad del despido, considerando que el mismo ha sido una reacción de la empresa a su situación de enfermedad. Por la parte demandada se formula oposición alegando que no se agotó la vía previa al formularse la demanda sin haberse celebrado el acto de conciliación, señalando que no existe acción pues se firmó un finiquito y que el mismo tiene carácter liberatorio, y que le comunicaron el día 28 de julio el cese sin conocer que se había producido un accidente de trabajo. Se considera que en cualquier caso no habría nulidad pues no existe una situación de posible discapacidad del trabajador.

En cuanto a los hechos declarados probados el primero de ellos consta en virtud de la documental aportada, básicamente el contrato de trabajo, no existiendo controversia acerca del salario. El segundo consta mediante la documental siendo relevante el informe de vida laboral de la empresa y la testifical practicada en el acto de la vista. Señalar en cuanto a la categoría del trabajador que según la testifical y la documental de los mensajes de whatsapp consta que era patrón de barco, pero en cualquier caso como se ha dicho no existe discusión acerca del salario del actor. En relación a la actividad de la empresa la parte actora aporta unas capturas de pantalla en las que parece que cabe reservar visitas en barco también durante el invierno, pero de acuerdo a la vida laboral de la empresa y la testifical debe considerarse que la actividad se produce básicamente en verano, siendo en su caso esas actividades en otros periodos excepcionales. De hecho solo constan dos o tres contratos de días de duración en periodo de invierno. El resto de hechos constan igualmente en virtud de la prueba documental principalmente informes médicos. Señalar en concreto que consta mensaje de whatsapp (que no ha sido impugnado) de un compañero del demandante a este indicándole el nombre de la Mutua de accidentes de trabajo. Se alegó por parte de la empresa que existió una comunicación verbal del despido el día 28 de julio, pero esta afirmación que no se concreta (quién hizo esa comunicación, dónde o a qué hora) no ha sido acreditada de ningún modo.

SEGUNDO.- En cuanto a la falta de agotamiento de la vía previa o caducidad, dicha alegación debe ser rechazada ya que el demandante presentó papeleta de conciliación el 24 de agosto de 2022 (dentro de los veinte días de plazo de caducidad) y fue citado ante el CEMAC el 11 de octubre de 2022. Dado que de acuerdo al art. 65 LRJS el cómputo de la caducidad se reanuda tras transcurridos quince días hábiles, se interpone demanda el 15 de septiembre de 2022 (tras quince días), pues en otro caso la acción habría caducado, y posteriormente acuden las partes al acto de conciliación el 11 de octubre que se celebra sin avenencia. Nada se puede reprochar por tanto a la parte actora.

TERCERO.- En cuanto a la alegación de falta de acción derivada de la firma del finiquito. Consta la suscripción del mismo en fecha 31 de julio por parte del trabajador. En el documento se reconoce una cantidad como indemnización de 60 euros y consta fin de contrato temporal y la fórmula *"El trabajador suscrito cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa arriba indicada, y recibe en este acto la liquidación de partes proporcionales, en la cuantía y detalle que se expresa a continuación, con cuyo recibo reconoce hallarse saldado y finiquitado, por todos y cuantos devengos salariales le pudieran corresponder, por razón de trabajo en la mencionada empresa, quedando totalmente rescindida su relación que le unía a la misma"*.

En cuanto al valor liberatorio del finiquito. La STSJ de Cantabria de 30-06-2022 señala: *"Como recuerda la S.T.S de 23-12-2011 "La Sala ha mantenido que los finiquitos sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio -deducible en principio de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la*

buena fe del otro contratante- vienen sometidos como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo -mutuo acuerdo, o, en su caso, transacción- en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de voluntad, ya por falta de objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (art. 1261 C.C ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros, (STS 28- 02-00, rec. 4977/98 ;24-07-00, rec. 2520/99;11-06-08, rec. 1954/07 y 21-07-09, rec. 1067/08)". Asimismo, laSTS 12 de junio de 2012 (rec. 3554/2011 precisa que "para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario "

La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa nos obliga a desestimar el recurso ya que la sentencia recurrida hace una correcta aplicación de la doctrina unificada. En el recibo de finiquito, suscrito con fecha 11 de noviembre del 2021, se declara: "El suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación (...) con cuyo percibo reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa, por lo que se compromete a nada más pedir ni reclamar. La transacción sólo comprende los conceptos (derechos) expresados en ella y la renuncia general de derechos no comprende a los que no fueron objeto del acuerdo, no pudiendo aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprenden derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia".

También la STS de 28-04-04 ha señalado que "el correcto entendimiento de la prohibición que establecen los preceptos citados del ET y de la LGSS exige tener en cuenta los límites que derivan de la recepción en el ámbito laboral de la transacción como medio de poner fin a las controversias laborales (art. 1809 CC) relación con los arts. 63,67 y 84 LPL). Los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción y, aún en ese marco, han de establecerse las necesarias cautelas, como muestra el art. 84.1 LPL a tenor del cual si el órgano judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, no aprobará el acuerdo " y concluyendo sobre este extremo que " Desde esta perspectiva parece claro que el finiquito puede cumplir esa función transaccional, aunque quede al margen, como en el presente caso, de los cauces institucionales de conciliación. Pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia (art. 1809 Cc), en la que el derecho en cuestión aparezca como problemático. Por otra parte, el objeto de la transacción debe estar suficientemente precisado,

como exige el art. 1815 Cc, sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprendan derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia".

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, puede apreciarse cómo *el finiquito que ahora se analiza no incluye pacto, transacción o acuerdo alguno, pues la empresa se limita a abonar una cantidad por el supuesto fin de un contrato temporal, recibiendo el trabajador el importe de esa suma de 60 euros. Una declaración genérica que no viene precedida de conversaciones o acuerdo de ningún tipo como la incluida en el documento, en modo alguno implica la imposibilidad de que el trabajador accione ante el cese. Distinto sería que ante la eventual reclamación del actor ambas partes hubieran alcanzado un pacto y eso se plasmase en un documento de finiquito que incorporase una real transacción, pero este no es el caso, sirviendo por tanto este finiquito como mera prueba de recepción de la cantidad indicada en el mismo.*

CUARTO.- En cuanto a la calificación del cese del trabajador. La empresa sostiene la regularidad del contrato eventual suscrito con duración entre el 25 de junio de 2022 y el 30 de septiembre. Debe recordarse aquí el contenido del art. 15.1 ET, según el cual *el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista.* El incumplimiento de estos requisitos implica según la misma norma la declaración de fijeza. En este caso *el contrato eventual se suscribe sin referencia a causa alguna, a lo que se añade, algo que de todos modos carecería ya de relevancia, la falta de justificación por parte de la empresa de la necesidad temporal de contratación.*

Ello hace que la relación deba ser calificada como indefinida, si bien dadas las características de la actividad que desarrolla la empresa, la misma sería fija discontinua.

El trabajador es dado de baja en Seguridad Social en fecha 29 de julio con efectos del día 31, cese que a falta de comunicación escrita o verbal acreditada debería apreciarse como despido tácito. Posteriormente es cuando se le dice al trabajador que pase a recoger la liquidación y a firmar el finiquito. Teniendo en cuenta que el fin previsto para el contrato era el 30 de septiembre, que puede considerarse coincidente con el fin de la temporada de verano, ese cese anticipado sin justificación alguna solo puede ser calificado como un despido improcedente.

QUINTO.- La parte actora interesa sin embargo la declaración de nulidad del despido, aludiendo para ello a que la situación del trabajador es de discapacidad, o bien interesando la aplicación de la reciente Ley 15/2022 para la igualdad de trato y no discriminación.

En este ámbito *la jurisprudencia previa a la publicación de dicha norma orgánica era clara, y así se recoge entre otras en la STS de 3-05-2016 que rechaza la calificación de nulidad del cese de una trabajadora por estar en IT con referencia entre otras a la STC de 26-05-2008. Del mismo modo la STS de 15-03-2018 establece: "Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la incidencia que sucesivas resoluciones del TJUE pudieran tener en litigios sometidos a nuestra consideración pudiendo citar las recaídas el 30 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2152) (Rcud. 3348/2014), 21 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4307) (Rcud. 782/2016). Las citadas resoluciones se han hecho eco de las SSTJUE dictadas el 11 de julio de 2006 (TJCE 2006, 192) en el asunto Chacón Navas- C 13/05 , el 13 de abril de 2013 (TJCE 2013, 122) - asunto Ring acumulados C 335/11 y 337/11 y de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 308) , asunto Daouidi- C 345/15). Con posterioridad el TSJUE ha incidido nuevamente en la cuestión a través de la sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero- C 270/16 (TJCE 2018, 3), que reitera el criterio interpretativo sentado en los asuntos acumulados C 335/11 Y 337/11, sentencia de 13 de abril de 2013 conocida como asunto Ring.*

En la última de las sentencias dictadas por esta Sala, STS de 24-9-2017 (Rcud. 782/2016 (RJ 2017, 4307)), se expresaba así la evolución experimentada por comparación entre los acumulados C- 13/15 (Chacón Navas) y los acumulados C- 335/11 y C- 337/11 (Ring) así como en el C- 395/15 (asunto Daouidi): "Es elemento inicial en orden a la extensión de la aplicabilidad es la legislación provisional laDirectiva 2000/78 de 27-11 cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:

"(art. 1); "se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una ir discapacidad determinada,

el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo" (art. 2); "Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos.... (art.3)"

En cuanto a la primera resolución del TJUE dictada sobre el particular, sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), en la que el supuesto de controversia era un despido acordado hallándose la trabajadora en IT la respuesta dada sobre el concepto de discapacidad fue la siguiente:

" .- Sobre la cuestión principal y dado que el juez nacional solicita se dilucide si la Directiva 2000/78 en cuanto elemento de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su protección al trabajador despedido exclusivamente a causa de una enfermedad, se señala que debe iniciarse interpretando el concepto de discapacidad a efectos de la mencionada directiva y al respecto se realizan una serie de afirmaciones:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (40)".

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad (44).

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 200/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las

tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51)."

En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJUE responde:

«1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).

21.- que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva.»

En las sentencias posteriores, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva, 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 200/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención 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».

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que «el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o 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.

Prosigue afirmando que: «41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57).»

Al historial del análisis de la Directiva 2000/78 se añade la STJUE de 1-12-2016 (395/15 (TJCE 2016, 308)), (Daouidi) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 2000/78 , asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias."

Resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre "la enfermedad en cuanto tal" y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de "discapacidad" distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C- 270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las

ausencias sean debidas a "enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador" sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora".

SEXTO.- *Llegados a este punto la pregunta se refiere a la incidencia que la nueva Ley 15/2022 tiene en este ámbito. La norma reconoce en su art. 2.1 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. El apartado tercero 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 art. 9 relativo al Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena establece en su apartado primero que No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.*

A la vista de las anteriores disposiciones, *no puede sostenerse que la situación tras la entrada en vigor de la norma sea igual a la que existía hasta su aparición. El art. 55 ET prevé que Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, y en este caso la discriminación por situación de enfermedad se encuentra recogida en una ley con rango orgánico. El despido por tener el trabajador una enfermedad es además un supuesto de discriminación directa, en los términos en los que esta es definida en el art. 6.1.a) de la ley (la discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2). Aún en el caso de que no se considerase directamente aplicable el art. 55 ET, la aplicación de la ley conduciría a las mismas consecuencias que dicho precepto impone, ya que constatada la existencia de discriminación por las causas que señala la ley, el art. 26 impone la declaración de*

nulidad de pleno derecho de 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 la ley, y para reparar el daño causado el art. 27 exige fijar una indemnización y restituir a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio cuando sea posible, lo cual en supuestos de despido implica necesariamente la readmisión del trabajador en el puesto de trabajo. Además si existe discriminación se presume la existencia de daño moral.

Es relevante por otro lado que la norma se refiere simplemente a enfermedad, sin exigir propiamente la situación de incapacidad temporal, aunque esta es un dato para comprobar su existencia. Tampoco establece que la enfermedad tenga una determinada intensidad, gravedad, o permanencia en el tiempo, separándola así de la noción de discapacidad. No estamos sin embargo ante un supuesto de nulidad objetiva de las previstas también en el art. 55 ET como el supuesto de embarazo. La ley prevé en su artículo 30 en términos similares a lo establecido en el art. 96.1 LRJS sobre su existencia, y en tal caso corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En definitiva, hasta ahora como consecuencia de la prohibición de discriminación contenida en la Directiva comunitaria 2000/78 para los casos de discapacidad, los Tribunales venían entendiendo que si se producía el trato discriminatorio por dicha discapacidad el despido debería ser calificado como nulo. Con la Ley 15/2022 este espacio se amplía, y la nulidad no requiere de una existente o previsible discapacidad, sino que también queda protegido el trabajador ante actuaciones discriminatorias motivadas por la simple enfermedad.

SÉPTIMO.- *Procede ahora aplicar lo anteriormente expuesto al caso concreto. La parte que alega la actuación discriminatoria por razón de enfermedad debe otorgar como se ha dicho un indicio de dicha afirmación. En este supuesto consta que el trabajador sufre accidente de trabajo el día 28 de julio a mediodía, acude a urgencias por la tarde, y pregunta a la mañana siguiente a un trabajador de la empresa que acude a la vista como testigo cuál era la Mutua que prestaba la asistencia. Pocos minutos después la empresa procede a cursar la baja del trabajador en Seguridad Social. La empresa tuvo conocimiento por tanto de la situación de baja del trabajador, y la conexión temporal entre ese hecho y el despido es tan evidente que debe apreciarse que existe el indicio exigido por la norma.*

La empresa debe por tanto justificar su actuación, y en este punto sólo se indica que dio de baja al trabajador el mismo día 28 antes de saber del accidente. Se trata sin embargo de una afirmación genérica, pues no se concreta más acerca de esa supuesta comunicación, y que carece de prueba

alguna. En cuanto al fondo, *no se da ninguna razón en concreto para que despidiera a un trabajador en plena campaña turística y con contrato vigente hasta finales de septiembre. Esta falta de justificación implica apreciar que el despido se produce como consecuencia de la situación de enfermedad del demandante y en relación exclusivamente con ella.*

OCTAVO.- Conforme al art. 55 ET *debe declararse el despido nulo, y la demandada deberá readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, algo que atendiendo al carácter fijo discontinuo de la relación implicará su necesario llamamiento en la siguiente temporada, si bien deberá regularizar su situación de Seguridad Social hasta la fecha prevista en el contrato para su terminación.* Igualmente en aplicación del art. 55 ET, procede condenar a la demandada al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión sea efectiva, aunque en este caso, estando previsto el fin de la temporada el 30 de septiembre y estando el trabajador en situación de IT no ha lugar al abono de ninguna cantidad por dicho concepto.

Por otro lado se ha solicitado indemnización por el daño moral causado a tenor del art. 183 LRJS) y art. 27 de la Ley 15/2022, en la cantidad de 12.000 euros, utilizando la LISOS de manera orientativa.

Sobre esta cuestión se pronuncia la STS de 20-04-2022: *"Por otro lado, como recientemente han recordado nuestras SSTS de 22 de febrero de 2022, Rjud. 4322/2019 y de 9 de marzo de 2022, Rjud. 2269/2019 (RJ 2022, 1154), la STS de 5 de octubre de 2017, Rjud. 2497/2015 contiene un resumen de la doctrina actual de la Sala en la materia, con cita de sentencias anteriores de la Sala en las que hemos dicho que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. Reiterando esa doctrina, la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados" no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [SSTS/1ª 27/07/06 Ar. 6548 (RJ 2006, 6548); y SSTS/4ª 28/02/08 -rec. 110/01 " (SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08); y 11/06/12 -rcud 3336/11 137896/2012)(RJ 2012, 9283))", de tal forma que "en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de "circunstancias*

relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada".

2.- Igualmente, hemos afirmado que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas en el caso, ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio (RTC 2006, 247)), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3892), Rjud. 6701 ;de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13;de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13;de 19 de diciembre de 2017, Rjud. 624/2016 (RJ 2017, 5973) y de 13 de diciembre de 2018 ; entre muchas otras). Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS - del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente.

3.- Sin embargo, 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 si 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".

También la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19-05-2022 señala como criterios orientativos aspectos tales como gravedad de la lesión y culpabilidad del agente, eventual perjuicio patrimonial, revocabilidad de la medida, reiteración de la lesión, gastos de litigación, circunstancias concurrentes y proporcionalidad.

Partiendo de lo anterior es relevante que se trata de un trabajador con una antigüedad muy escasa en la empresa. Esta es además una empresa pequeña con pocos trabajadores y su actuación ha sido contemplada tradicionalmente por la jurisprudencia como un ilícito sancionable solo con la improcedencia del despido. La imposición de la readmisión supone la vuelta al puesto de trabajo una vez termine la situación de incapacidad temporal y no hay datos adicionales para apreciar una actitud reiterada por la empresa en relación a actuaciones similares. Se estima por tanto adecuada la imposición de una indemnización de 5.000 euros, algo inferior a la prevista para las faltas muy graves en la LISOS.

NOVENO.- Por último se indica que frente a la presente Resolución cabe interponer Recurso de Suplicación conforme al art. 191 LRJS. Además, se advertirá a las partes en el momento de la notificación de las demás prevenciones legales.

Vistos los artículos citados, y demás preceptos de pertinente aplicación

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Camilo contra Alborán Adventure y Charter S.L. y con la intervención del Ministerio Fiscal, se declara la nulidad del despido decretado respecto del demandante, y se condena a la demandada a la readmisión del trabajador y al abono de los salarios dejados de percibir en los términos señalados en esta sentencia, y al pago en concepto de indemnización de la cantidad de 5.000 euros.

Contra la presente Sentencia cabe interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Granada, que deberá prepararse ante este mismo Juzgado mediante escrito o comparecencia de acuerdo con lo dispuesto en la LRJS , dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se produzca su notificación, debiendo la empresa condenada si fuere ésta la que recurriere, presentar resguardo acreditativo de haber ingresado tanto el importe de la condena como el depósito de 300 euros previsto en el artículo 229 de la LRJS en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, Jesús I. Rodríguez Alcázar, Magistrado del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada.

