



Roj: **STSJ CV 6415/2023 - ECLI:ES:TSJCV:2023:6415**

Id Cendoj: **46250340012023102828**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2023**

Nº de Recurso: **2000/2023**

Nº de Resolución: **3229/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ISABEL MORENO DE VIANA-CARDENAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso de suplicación nº **2000/2023**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA COMUNIDAD VALENCIANA

Sala de lo Social

Recurso de suplicación 002000/2023

Ilmas. Sras. e Ilmo. Sr. :

D^a. Isabel Moreno De Viana-Cárdenas, presidenta D^o. Miguel Ángel Beltrán Aleu

D^a. M^a Carmen Torregrosa Maicas

En Valencia, a veintidós de noviembre de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha dictado la siguiente,

SENTENCIA NÚM. 003229/2023

En el recurso de suplicación 002000/2023, interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de febrero de 2023, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1 DE ALICANTE, en los autos 000076/2022, seguidos sobre Despido - Cantidad - D.F., a instancia de D. Emilio defendido por el Letrado D. Vicente Teófilo Ortíz Bru, contra la empresa RN FUSTER FRIGO TRANSPORT SLU defendida por el Letrado D. Jorge Campos Roselló, el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y con intervención del MINISTERIO FISCAL, y en los que son recurrentes tanto el demandante D. Emilio como la empresa codemandada RN FUSTER FRIGO TRANSPORT SLU, ha actuado como ponente la Ilma. Sra. D^a. Isabel Moreno De Viana-Cárdenas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda presentada por Don Emilio frente a RN Fuster Frigo Transport S.L.U., declarando nulo el despido del demandante producido el 23 de diciembre de 2021, con vulneración de los derechos fundamentales a la vida e integridad física y a la no discriminación, condenando a la entidad demandada a la readmisión del actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad a la extinción, así como al abono de los salarios de tramitación devengados desde el 23 de diciembre de 2021 hasta la efectiva readmisión a razón de 51,33€/día, así como al abono de una indemnización de 30.000 euros por daños morales y al pago de 2934,13 euros y, dentro de dicha cantidad, se impone sobre el importe de 780,75 euros, el interés por mora del 10%, que asciende a 78,07 euros. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO.- Don Emilio, mayor de edad, de las circunstancias personales que constan en autos, prestó servicios por cuenta y orden de RN Fuster Frigo Transport S.L.U. con categoría de Conductor Mecánico, antigüedad 2 de septiembre de 2021 y salario mensual de 1561,50 euros (51,33€/día), incluida la prorrata de pagas extraordinarias, en virtud de un contrato de trabajo a tiempo completo temporal eventual por circunstancias de la producción,



siendo la causa "Atender las exigencias circunstancias del mercado, acumulación e tareas o exceso de pedidos, consistentes en cubrir nueva ruta..." con duración prevista hasta el 2 de diciembre de 2021 y con prórroga comunicada al SEPE del 3 al 23 de diciembre de 2021, sin firma del trabajador. (No controvertidos categoría, salario y antigüedad; causa de temporalidad- documento 1 del actor; prórroga documento 1 de la demandada). SEGUNDO.-El demandante, estando desempeñando su trabajo de conductor por cuenta y orden de la demandada, el 12 de diciembre de 2021 fue ingresado en Hospital Marien de Euskirchen, recibiendo tratamiento hasta el 14 de diciembre de 2021, con diagnóstico IAMSEST tipo 2 (infarto de Miocardio tipo 2) bajo urgencia hipertensiva en enfermedad coronaria de 1 vaso- hipertensión arterial, hiperlipidemia y depresión, administrándosele medicación, quedando monitorizado y, estabilizado, al no existir indicación de intervención, se le dio Alta Hospitalaria el 14 de diciembre para su valoración de tratamiento posterior ambulatorio advirtiéndole de que, en caso de empeoramiento de síntomas acudiera a centro médico. (Documentos 3 y 4 de la parte actora). TERCERO.-El demandante comunicó por whatsapps a Don Fulgencio , Jefe de Tráfico de la demandada, el 12 de diciembre de 2021, a las 11:36 horas que había enfermado y estaba en un Hospital, le estaban haciendo pruebas y le dolía el pecho desde la noche anterior, que tenía que descargas en Suecia al día siguiente y después tenía viaje a Noruega y no estaba en condiciones, tranquilizándolo el Sr. Fulgencio ; por la tarde, a las 18:40, el Sr. Fulgencio le preguntó como estaba, contestándole "Tranquilo, estoy **perfecto**", continuando manifestándole su preocupación porque se había dejado palets arriba del Frigo y no estaba para mover palets, contestándole Don Fulgencio que no se preocupara, que se lo dijera a Íñigo Ya el 15 de diciembre a las 09:41 horas, el demandante comunicó por whatsapps Fulgencio que tenía que estar en casa el 31 viernes porque se le acababan los medicamentos y que

estaba asustado, trasladándole el Sr. Fulgencio las dificultades para bajarlo lo antes posible, que estaba buscándole viajes sencillos sin intertercambio, que tenía alta médica y podían buscarle una farmacia para ir con el camión, incidiendo en que sin una baja médica no tenía cubierto el traslado y si lo iba a hacer por su cuenta que se lo indicara. Después, el Sr. Fulgencio le preguntó, a las 10:41 horas, si iba a llegar a descarga y si se encontraba mal lo llamara. A las 20:19, el trabajador comunicó al Sr. Fulgencio que estaba en el sitio de descarga y le iba a mandar la baja de su médico, por lo que ya podían buscar como bajarlo a casa. Se produjo entre los dos una discusión al no entender el Sr. Fulgencio que le hubieran dado el alta con un infarto y un cateterismo y ordenándole que le enviara la documentación del Hospital, lo que hizo el trabajador a las 20:52 horas. Al día siguiente, Don Fulgencio le preguntó como estaba, el trabajador le preguntó en donde tenía que dejar el camión y el Jefe de tráfico le dio la localización. Ese día, en horas de la tarde, volvieron a discutir por la baja, incidiendo el trabajador en que tanto su médico como el del Hospital le habían dicho que no trabajase hasta que lo vieran sus médicos y el Sr. Fulgencio en que el problema es que tenían una baja médica por teléfono; cuando el trabajador le dijo que volvía a su casa con el camión, el Sr. Fulgencio le dijo que tenía totalmente prohibido circular con el camión, insistiendo el trabajador en que lo bajaran ya a su casa, que lo había tenido conduciendo ese día. Después, el Sr. Fulgencio le pidió el certificado de vacunas del Covid, contestándole el trabajador que no estaba vacunado. (Documento 26 del actor, 8 y 9 de la demandada). CUARTO.- El trabajador , el 14 de diciembre, se trasladó con el camión de la empresa cuando salió del Hospital, desde Alemania a Países Bajos y de allí a Francia, quedando en Estrasburgo, a la espera de que lo trasladara la empresa a su domicilio, haciendo un total de 674 kilómetros. La empresa ordenó a Don Roque , compañero de trabajo del demandante, que lo recogiera en Estrasburgo; el Sr. Roque , para ello, se desvió de su ruta a Dinamarca. Cuando llegó a Estrasburgo, tuvo que cumplir su descanso de 24 horas y luego se dirigió con el actor en el camión a Barcelona, a realizar siete repartos que le encomendaron. El Sr. Roque ignoraba que el demandante estaba enfermo y que no estaba vacunado de Covid. El 21 de diciembre de 2021, aún estaban en Cataluña, volviendo a Alicante el 23 de diciembre de 2021, fecha en que la empresa lo dio de baja en TGSS. (Documentos 2, 29 y 31 del demandante- testifical del Sr. Roque , 10 de la demandada). QUINTO.- La empresa demandada remitió correo electrónico a Mutua MC Mutual, con la que tenía cubiertas las contingencias profesionales y la Incapacidad temporal por contingencias comunes, el 16 de diciembre de 2021, a las 11:45 horas, comunicándole que el Sr. Emilio había estado en urgencias del Hospital alemán e ingresado desde el 12 al 14 de diciembre, volviendo a encontrarse indispuerto el 15 de diciembre, circulando y que pedía su traslado inmediato el 16 de diciembre, encontrándose el trabajador en el extrarradio de Estrasburgo, a la espera de su traslado. El mismo día, en horas de la tarde, desde la Mutua, el Director Provincial ,

Sr. Carlos Alberto , comunicó a la empresa que no se trataba de un Accidente de trabajo sino de una patología común, no correspondiendo el traslado del Sr. Emilio , según el informe facilitado por Teladoc. (Testifical del Sr. Carlos Alberto y Documento 11 de la demandada). SEXTO.-El demandante, que fue sometido a reconocimiento médico por Europrevén, prevención de riesgos laborales, antes del inicio de la relación laboral con la demandada, fue calificado por el servicio médico apto sin restricciones. (Documento 39 del demandante). SÉPTIMO.-El SPS emitió baja médica el 15 de diciembre de 2021 por enfermedad común al actor, con diagnóstico "angina inestable", por teléfono, con una duración estimada de 40 días y fijando como revisión médica el 21 de diciembre. El 17 de diciembre de 2021, se emitió baja médica en Francia y se le expidió al



trabajador receta para la medicación que precisaba y se le había prescrito en el Hospital alemán, con nueva baja médica el 21 de diciembre en el SPS, de larga duración- 90 días. (Documentos 5 A 8 del demandante). OCTAVO.-El Instituto Cardiológico e Imagen Cardíaca, tras las estudio de las pruebas e intervenciones sufridas, incluido cateterismo en Alemania en diciembre de 2021, nuevo cateterismo en febrero de 2022 con implante de stent, y cateterismo coronario en mayo de 2022, informó como diagnóstico diagnosticó Infarto de Miocardio antiguo. (Documento 14 del demandante). NOVENO.-El demandante ha sufrido múltiples ingresos por dolor torácico sin evidencia de nuevas lesiones epicárdicas significativas desde el 7enero de 2022, con estudio de angina microvascular positivo en mayo 2022, ajustándose tratamiento antianginoso con buena evolución en todos los casos y siendo dado alta hospitalaria, derivándolo a consultas externas del Hospital, continuando el seguimiento en cardiología. Sigue de baja médica por "Angina Inestable"(Documentos 9 a 26 y 38 del demandante). DÉCIMO.- El 23 de diciembre de 2021, la empresa pidió a través de mensajes de whatsapps al demandante que le llevara el teléfono y tarjetas de forma urgente, contestando el demandante que las llevaría al día siguiente su mujer porque no se encontraba bien, insistiendo la empresa en que tenía que ir él porque tenía que firmar documentación, a lo que el actor manifestó que las tarjetas y el móvil lo llevaría su mujer y él iría cuando estuviera mejor. El 30 de diciembre, el Sr. Emilio preguntó por el mismo medio al Sr. Fulgencio cuando le iban a ingresar las dietas de noviembre, contestándole que tenía que ir a la empresa a firmar documentación y, tras discutir ambos, el demandante quedó en ir al día siguiente a firmar y añadiendo que quería en metálico el pago. Finalmente, el Sr. Emilio se negó a firmar y la empresa no le pagó.(Documento 12, testifical de Don Fulgencio). UNDÉCIMO.- El demandante, al igual que el resto de conductores de la empresa, cobraba dietas a mes vencido. (Documento 12 de la demandada y testifical del Sr. Roque). DÉCIMO SEGUNDO.-El demandante disfrutó 14 días de vacaciones: del 17 al 25 de septiembre y del 9 al 13 de octubre de 2021. (Documento 7 de la demandada). DÉCIMO TERCERO.-El demandante no ostentó la condición de representante de los trabajadores o delegado sindical. (Cuestión no controvertido). DÉCIMO CUARTO.- La empresa adeuda 2934,13 euros en concepto de dietas de noviembre y diciembre, así como salario de 15 días de diciembre. (Testifical del Sr. Fulgencio y del Sr. Roque „ documentos 33 a 36 del demandante). DÉCIMO QUINTO.- El 31 de enero de 2022 se celebró el correspondiente acto conciliación ante el SMAC, resultando intentado sin efecto. (Documento acompañado a la demanda)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de suplicación por las representaciones letradas tanto de la parte demandante D. Emilio como de la empresa codemandada RN FUSTER FRIGO TRANSPORT SLU, impugnándose recíprocamente ambos recursos . Recibidos los autos en esta sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren en suplicación tanto la representación letrada de la empresa RN FUSTER FRIGO TRANSPORT SLU, como la del trabajador demandante, la sentencia que estimando parcialmente la demanda, ha declarado nulo el despido de 23 de diciembre de 2021, por vulneración de derechos fundamentales, condenando a la empresa con sus legales consecuencias, incluyendo una indemnización por daños morales que ha cifrado en

30.000 €, y acogiendo en parte la reclamación de cantidad que se acumuló al despido, condena a la empresa recurrente al pago de 2.934,13 € de los que solo impone el interés por mora del art. 29 del ET a 780,75 € de salarios de 15 días del mes de diciembre de 2021, con la responsabilidad subsidiaria, en su caso, del FOGASA.

El recurso de la empresa, que impugna el trabajador demandante, después de alegar que la sentencia no recoge en sus antecedentes ni valora la pericial que se admitió y practicó en el juicio, se estructura en dos motivos, formulados por los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, solicitando que se deje sin efecto la condena impuesta; y el recurso del trabajador que contiene un solo motivo para la censura jurídica de la sentencia, por la letra

c) del art. 193 de la LRJS, interesa que se eleve la indemnización por daños morales a la cantidad solicitada de 50.000 €

Por razones de método debe abordarse en primer lugar el recurso de la empresa porque de ser estimado no procedería resolver el del trabajador.

SEGUNDO.- En el primer motivo de recurso de la empresa, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, propone que se modifiquen los hechos probados cuarto, quinto, sexto, noveno y décimo cuarto, según se pasa a exponer:

1.- Para el hecho cuarto interesa la inclusión de los matices que aparecen en negrita en el nuevo texto que ofrece, que dice se desprenden del hecho probado anterior y de los documentos 8 y 9 de la demanda, defendiendo la imposibilidad de que el demandante llegara a Elche el 23 de diciembre de 2021, haciéndolo el



21 de diciembre anterior, día en que se le extendió la baja médica por el médico de cabecera tras la obtenida por vía telefónica (documento n.º 8 de la demanda), deduciendo de todo ello que la baja en SS se produjo el 23 de diciembre coincidiendo con la resolución del contrato temporal al finalizar su prórroga, todo comunicado al SEPE según sus documentos 1, 3 y 4, haciendo relación al documento n.º 12 de su prueba que son WhatsApp de 23 de diciembre.

El nuevo texto que propone es el siguiente: "El trabajador, (a los dos días), el 14 de diciembre, se trasladó con el camión de la empresa cuando salió del Hospital, al ser dado de alta hospitalaria y sin comunicar síntomas, o impedimento alguno personal o documental por el alta Hospitalaria, a la empresa, desde Alemania a Países Bajos y de allí a Francia hasta que el día 15 el trabajador a las 20:52 en el sitio de la descarga, envió la documentación de la baja médica telefónica y documentación del alta del Hospital de Alemania, quedando en Estrasburgo a la espera de que lo trasladara la empresa a su domicilio.

La empresa ordenó a Don Roque, compañero de trabajo del demandante, que lo recogiera en Estrasburgo; el Sr. Roque, para ello, se desvió de su ruta de Dinamarca. Cuando llegó a Estrasburgo, tuvo que cumplir su descanso de 24 horas y luego se dirigió con el actor en el camión a Barcelona, a realizar siete repartos que le encomendaron. El Sr. Roque ignoraba que el demandante estaba enfermo y que no estaba vacunado de Covid. El 21 de diciembre de 2021, aún estaban en Cataluña, volviendo a Alicante ese mismo día que acudió a Elche a por su Parte Médico de Baja / Comunicado de Baja de ese día 21 por contingencias comunes sin precisar asistencia médica alguna posterior hasta el día que acudió de urgencias al Hospital el 07 de enero de 2022 por dolor torácico, y una vez finalizada la prórroga comunicada al SEPE del 3 al 23 de diciembre de 2021, el 23 de diciembre de 2021, fue la fecha en que la empresa le dio de baja en la TGSS. (Documentos 4, 5, 7, 8, 9 y 31 del demandante-testifical del Sr. Roque, 1,3,4,8, 9, 10 y 11 de la demandada y prueba Pericial Directora Médica Dra. Lidia)".

La modificación va a ser desestimada. La ampliación del hecho impugnado está plagada de deducciones de la parte de la misma prueba que valoró la magistrada para sustentar su versión, debiéndose precisar además que los matices que pretende introducir la recurrente son irrelevantes, como se verá, para valorar la conducta de la empresa sin que de los mismos quepa deducir la legalidad o ilegalidad del cese del contrato temporal suscrito entre las partes, que es una conclusión jurídica, de modo que el hecho combatido quedará incólume.

2.- Con apoyo en la pericial de la Dra Lidia de la Mutua (documento n.º 11 de la demandada) y en la testifical del Sr. Carlos Alberto, solicita que se amplíe el hecho quinto que quedaría redactado como sigue: "La empresa demandada remitió correo electrónico a Mutua MC Mutual, con la que tenía cubiertas las contingencias profesionales y la Incapacidad temporal por contingencias comunes, el 16 de diciembre de 2021, a las 11:45 horas, comunicándole que el sr. Emilio había estado en urgencias del Hospital alemán e ingresado desde el 12 al 14 de diciembre, volviendo a encontrarse indispuesto el 15 de diciembre, circulando y que pedía su traslado inmediato el 16 de diciembre, encontrándose el trabajador en el extrarradio de Estrasburgo, a la espera de su traslado. El mismo día, en horas de la tarde, desde la Mutua, el director Provincial, Sr. Carlos Alberto, comunicó a la empresa que el Equipo Médico que se encarga de los traslados tras examinar los Informes indica textualmente que: no se trataba de un accidente de trabajo sino de una patología común, no correspondiendo el traslado del Sr. Emilio, según el informe traducido y facilitado por Teladoc e informando la Directora médica Sra. Lidia, que el paciente no necesita ningún traslado, que no está en ningún centro, por lo que seguiría el proceso médico por los medios habituales. (Testifical del Sr. Carlos Alberto y Documento 11 de la demandada corroborado por la Pericial de la Sra. Lidia en juicio)"

Tampoco vamos a acoger la modificación que no añade dato de interés a la sentencia, como no sea que contrariamente a lo argumentado por la empresa la magistrada valoró la pericial de la médico de la Mutua.

3.- Por lo que se refiere al hecho sexto, la empresa recurrente quiere que figure en la sentencia que por parte del trabajador no se informó a la empresa de su dolencia cardíaca. Se propone la ampliación que figura en negrita: "El demandante, que fue sometido a reconocimiento médico por Europrevén, prevención de riesgos laborales, antes del inicio de la relación laboral con la demandada, fue calificado por el servicio médico apto sin restricciones, no informando de los antecedentes e ingresos por dolores torácicos en reposo por los que ingresó y fue remitido a Cardiología en el año 2.020 y tampoco del tratamiento habitual de Bromazepan (Benzodiacepina con contraindicaciones en la conducción) y Fluoxetina, ambas medicinas para la depresión y ansiedad que debió informar en su reconocimiento médico al explorarle y preguntarle sobre su medicación y antecedentes personales" (Documento 9 y 39, del demandante y la Pericial en juicio)"

Se trata de deducciones de parte de documentación que ya relaciona y ha valorado la sentencia, por lo que ante la necesidad de preservar la valoración de la prueba que corresponde al Juzgador y no a la parte (art.97.2 de la LRJS) se va a desestimar la ampliación que no es un hecho como tal que deba figurar en el relato probado, ni se desprende de forma evidente y patente de la prueba relacionada.



4.- Para el hecho noveno, se insiste en la dolencia cardiaca que padecía el demandante con ingresos anteriores a su alta en la empresa, denunciando el error en la valoración de la prueba, y proponiendo un texto que lo corrija, para lo que valora los mismos documentos ya señalados en el hecho impugnado: " El demandante ha sufrido múltiples ingresos por dolor torácico sin evidencia de nuevas lesiones epicárdicas significativas desde el año 2.020 como refieren los Antecedentes de urgencias del 7 enero de 2022, con estudio de angina microvascular positivo en mayo 2022, ajustándose tratamiento antianginoso con buena evolución en todos los casos y siendo dado alta hospitalaria, derivándolo a consultas externas del hospital, continuando el seguimiento en cardiología. Sigue de baja médica por "Angina Inestable" (Documentos 9 a 26 y 38 del demandante).

Por la misma razón ya expuesta se va rechazar esta modificación, ya que se trata de una deducción que pudiera desprenderse de los mismos documentos que se valoran en la sentencia por lo que se abordará en el lugar correspondiente.

5.- Por último, se opone la empresa a la redacción del hecho décimo cuarto ("La empresa adeuda 2934,13 euros en concepto de dietas de noviembre y diciembre, así como salario de

15 días de diciembre. (Testifical del Sr. Fulgencio y del Sr. Roque ,, documentos 33 a 36 del demandante"), proponiendo un nuevo texto que diga: "La empresa adeuda 2.091,14 euros en concepto de dietas de noviembre y diciembre, así como salario de 15 días de diciembre. Al estar conforme la demandada y resultar probado en este procedimiento sólo el importe indicado. (Testifical del Sr. Fulgencio y del Sr. Roque , documentos 5 y 6 de la demandada).", porque las dietas se abonan en la empresa a mes vencido, como reconoce la sentencia, y reclamadas las de los meses de noviembre y diciembre no pueden determinarse hasta que la empresa las calcula tras los viajes del trabajador con la tarjeta del conductor y tacógrafo del camión, siendo necesaria la firma del trabajador a lo que se negó, y desde luego no corresponden las que en los documentos relacionados se dicen devengadas los meses de septiembre y octubre de 2021, según figura en las nóminas de esos últimos meses (documento 33 a 36 de la demandante), por lo que procedería desestimar la reclamación por dietas que no resultaron acreditadas. La empresa reconoce en el recurso adeudar 2.091,14

€ netos (1270 € de dietas y 821,14 € de nómina de diciembre), y no la de 2.934,13 € que dice la sentencia haber devengado el trabajador los meses reclamados, por dietas y 15 días

de diciembre, razón por la que propuso la indebida acumulación de acciones, ante la complejidad de su calculo. El trabajador se opone en la impugnación al ser cuestión nueva.

Tampoco podemos acoger la nueva redacción que propone el recurso para este hecho décimo cuarto. Tal y como señala el trabajador demandante en la impugnación del recurso y expresa el fundamento séptimo de la sentencia, sobre las cantidades reclamadas nada opuso la empresa en el acto del juicio por lo que el reconocimiento inferior por dietas que ahora se solicita es cuestión nueva no discutida en el plenario.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de la empresa, que formula por la letra c) del art. 193 de la LRJS, cuenta con cinco submotivos en los que denuncia:

1.- La infracción del artículo 15 y el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, alegando al respecto que no se trata de un despido, sino de la válida extinción de un contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción llegada su finalización, por lo que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente la causa objetiva de nulidad del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Niega la empresa el fraude en la contratación aduciendo, en esencia, que tras la pandemia había surgido la necesidad en la empresa de la contratación temporal que suscribe con el demandante para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas y exceso de pedidos consistentes en cubrir una nueva ruta, que especifica ahora era hacia Noruega-Suecia campaña invierno-navidad productos perecederos, lo que dice era conocido por el trabajador al firmar el contrato eventual, que se prorrogaría hasta Navidad, por indicación del demandante que quería pasar la Navidad en su casa, prórroga anterior a la enfermedad del trabajador y baja ocurrida en el extranjero, y por lo tanto sin relación alguna con aquellos acontecimientos, añadiendo que del detalle de las dietas con los lugares a los que se envió al trabajador se desprende la recuperación de clientes tras la pandemia en aquella ruta, alegando que del documento n.º 12 de la demandada que son las conversaciones ultimas con la empresa, se desprende que nada menciona el trabajador sobre la extinción de su contrato.

2.- La infracción del artículo 181.2 LRJS y la tutela judicial efectiva del artículo 24 Constitución Española. La recurrente razona que no se ha acreditado indicio alguno de discriminación que traslade la carga de la prueba a la empresa, como consideró el Ministerio Fiscal al justificar su inasistencia al juicio. Alega que en la cláusula adicional segunda del contrato se especifica que las causas de IT del art. 45 y 46 del ET no interrumpirán la duración del contrato, que no se trata de una larga enfermedad sino en todo caso media, que se siguieron las instrucciones de la Mutua para la asistencia médica, así como que



derivó al trabajador al Servicio público y a la Mutua sin más consideración, manteniendo el contrato hasta su extinción, por causa ajena a la dolencia del actor. Añade que el compañero Sr Roque que lo trasladó ignoraba que estuviera enfermo, que de haberlo estado hubiera sido atendido en el Hospital Alemán o trasladado en virtud de los conciertos con Alemania, y en fin que al llegar a Alicante no fue trasladado por el médico de cabecera a Urgencias ni al Centro Hospitalario hasta el 7 de enero de 2022, habiéndose descartado en el Hospital Alemán intervención alguna.

3.- Dice la recurrente que en este submotivo que "El motivo se destina a combatir el pronunciamiento de la instancia, estimatorio de la pretensión de nulidad y adicional de indemnización, por vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física, discriminación por discapacidad, citando como infringidos, los arts. 14 y 15 de la Constitución Española, Directiva 2000/78, así como la doctrina judicial que cita (en concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, número 395/2015, de 1 de diciembre de 2016, conocida como caso DAUDI, si se dan las circunstancias determinadas, es decir, una limitación de larga duración, puede estar incluida en el concepto de discapacidad, en el sentido que le da la directiva europea 2000/78)." : Remitiéndose a la doctrina contenida en las sentencia de esta Sala de 22-03-2018 (rec. 381/2018) y sentencia 16-12-2021 (rec. 2365/2021) Sentencia 3674/2021, alegando la STJUE de 11 de abril de 2013 C335 y 337/2011, y en relación al carácter duradero de la limitación a la STJUE de 1 de diciembre de 2016 C-395/2015, la empresa disiente de la decisión adoptada en la instancia, porque en nuestro sistema de relaciones laborales el despido sin causa legal se considera improcedente / art. 55.4 del ET), de modo que la declaración de nulidad esta prevista para los supuestos del art. 55.5 y para el caso de que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca una violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, como ha señalado nuestra jurisprudencia, "la enfermedad "en sentido genérico", "desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo", no puede ser considerada en principio como un motivo o "factor discriminatorio" en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001 o de 27 de enero de 2009 rcud 602/2009), añadiendo que en el caso no hay vínculo entre el cese (ya previsto) y la baja por enfermedad común del trabajador .

Con mención del RD 81/2014 de 7 de febrero que establece las normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, la directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, y el Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de la Seguridad Social, considera la recurrente que a estos efectos el demandante estaba provisto de la Tarjeta Sanitaria Europea , y estuvo

atendido en todo momento en Alemania, Francia y por el servicio público de salud español sin vulneración del derecho a la Salud o a su integridad física por actuación alguna de la empresa.

4.- La Infracción del artículo 55.4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores y normativa del Art. 40.1.c) en relación al Art. 8.12 LISOS. Insistiendo en las razones ya alegadas considera el recurso que la indemnización que concede la sentencia es desproporcionada y no se fundamenta en los hechos acreditados, atendiendo a que lo que se produjo fue la extinción de un contrato temporal de escasa duración, y que la actuación de la empresa fue la correcta siguiendo instrucciones de la Mutua.

5.- La Infracción del Artículo 26.3 párrafo segundo de la LRJS, en relación con el Artículo

217.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Reproduce aquí la recurrente la excepción opuesta en el juicio de indebida acumulación de acciones con la reclamación de cantidad y otros conceptos extrasalariales como son las dietas y el importe de un supuesto ordenador, junto con la acción de despido.

CUARTO.- Planteado el recurso en los términos expuestos, prescindiendo de las valoraciones que efectúa la empresa recurrente de toda la prueba, y atendiendo a las reglas de la suplicación que no es una segunda instancia y que exige la prueba del error judicial evidente que se desprenda directamente de prueba documental o pericial, lo que según se ha visto no se ha conseguido por la recurrente, lo primero que hay que despejar es, atendiendo a los hechos que declara probados la sentencia, cual es el supuesto a enjuiciar:

- Estamos ante un trabajador que había suscrito con la empresa un contrato de trabajo a tiempo completo temporal eventual por circunstancias de la producción, siendo la causa "Atender las exigencias circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en cubrir nueva ruta..." con duración prevista de 2 de septiembre de 2021 hasta el 2 de diciembre de 2021 y con prórroga comunicada al SEPE del 3 al 23 de diciembre de 2021, sin firma del trabajador.

- Mientras desempeñaba su trabajo de conductor, el demandante fue ingresado 12 de diciembre de 2021 en el Hospital Marien de Euskirchen, recibiendo tratamiento hasta el 14 de diciembre de 2021, con diagnóstico IAMSEST tipo 2 (infarto de Miocardio tipo 2) bajo urgencia hipertensiva en enfermedad coronaria de 1 vaso-hipertensión arterial, hiperlipidemia y depresión, administrándosele medicación, quedando monitorizado y,



estabilizado, al no existir indicación de intervención, se le dio Alta Hospitalaria el 14 de diciembre para su valoración de tratamiento posterior ambulatorio advirtiéndole de que, en caso de empeoramiento de síntomas acudiera a centro médico.

-

- La sentencia resulta clara al señalar en el hecho tercero como el demandante pone este hecho en conocimiento de la empresa a través del Jefe de Tráfico Sr. Fulgencio . Comunica el día 12 de diciembre a las 11,36 horas que está ingresado, que le estaban haciendo pruebas, que tenía que descargar en Suecia al día siguiente y después tenía un viaje a Noruega y no estaba en condiciones, y a las 18,40 que estaba preocupado porque se había dejado unos palets y no estaba para moverlos, recibiendo mensajes tranquilizadores por parte del Sr. Fulgencio . El día 15 el demandante comunica a las 9,45 que esta preocupado porque tenía que volver el día 31 Viernes porque se le acaba la medicación, manifestándole el Sr. Fulgencio que estaba de alta y había dificultades para trasladarlo y que podía buscar una farmacia para ir con el camión, incidiendo en que sin baja médica no tenía cubierto el traslado y si lo iba a hacer por su cuenta se lo indicara, preguntándole el Sr. Fulgencio a las 10,41 si iba a llegar a la descarga y si se encontraba mal que lo llamara. A las 20,19 de ese mismo día 15 de diciembre el trabajador comunica que estaba en el sitio de descarga y que iba a mandar la baja de su médico, por lo que ya podían buscar como bajarlo a casa, produciéndose una discusión entre ambos que terminó con la petición del Sr Fulgencio al actor de que le enviara la documentación del Hospital Alemán donde había estado ingresado lo que hizo el actor a las 22,52 horas. Al día siguiente el Sr. Fulgencio preguntó al actor como estaba, preguntando el trabajador donde tenía que dejar el camión y el Jefe de tráfico le dio la localización. Ese día, en horas de la tarde, volvieron a discutir por la baja, incidiendo el trabajador en que tanto su médico como el del Hospital le habían dicho que no trabajase hasta que lo vieran sus médicos y el Sr. Fulgencio en que el problema es que tenían una baja médica por teléfono; y cuando el trabajador le dijo que volvía a su casa con el camión, el Sr. Fulgencio le dijo que tenía totalmente prohibido circular con el camión, insistiendo el trabajador en que lo bajarán ya a su casa, que lo había tenido conduciendo ese día. Después, el Sr. Fulgencio le pidió el certificado de vacunas del Covid, contestándole el trabajador que no estaba vacunado.

- Declara probado en la sentencia (paralelamente a todas estas comunicaciones) que:

1.- el 14 de diciembre, el actor se trasladó con el camión de la empresa cuando salió del Hospital, desde Alemania a Países Bajos y de allí a Francia, quedando en Estrasburgo, a la espera de que lo trasladara la empresa a su domicilio, haciendo un total de 674 kilómetros.

2.- La empresa ordenó a Don Roque , compañero de trabajo del demandante, que lo recogiera en Estrasburgo; el Sr. Roque , para ello, se desvió de su ruta a Dinamarca. Cuando llegó a Estrasburgo, tuvo que cumplir su descanso de 24 horas y luego se dirigió con el actor en el camión a Barcelona, a realizar siete repartos que le encomendaron. El SR. Roque ignoraba que el demandante estaba enfermo y que no estaba vacunado de Covid. El 21 de diciembre de 2021, aún estaban en Cataluña, volviendo a

Alicante el 23 de diciembre de 2021, fecha en que la empresa lo dio de baja en TGSS.

3.- La empresa demandada remitió correo electrónico a Mutua MC Mutual, con la que tenía cubiertas las contingencias profesionales y la Incapacidad temporal por contingencias comunes, el 16 de diciembre de 2021, a las 11:45 horas, comunicándole que el actor había estado en urgencias del Hospital alemán e ingresado desde el 12 al 14 de diciembre, volviendo a encontrarse indispuesto el 15 de diciembre, circulando y que pedía su traslado inmediato el 16 de diciembre, encontrándose el trabajador en el extrarradio de Estrasburgo, a la espera de su traslado. El mismo día, en horas de la tarde, desde la Mutua, el Director Provincial, Sr. Carlos Alberto , comunicó a la empresa que no se trataba de un Accidente de trabajo sino de una patología común, no correspondiendo el traslado según el informe facilitado por Teladoc.

- Se añaden otros datos de interés para resolver el debate:

1.-El demandante, que fue sometido a reconocimiento médico por Europeven, prevención de riesgos laborales, antes del inicio de la relación laboral con la demandada, fue calificado por el servicio médico apto sin restricciones.

2.- El SPS emitió baja médica el 15 de diciembre de 2021 por enfermedad común al actor, con diagnóstico "angina inestable", por teléfono, con una duración estimada de 40 días y fijando como revisión médica el 21 de diciembre. El 17 de diciembre de 2021, se emitió baja médica en Francia y se le expidió al trabajador receta para la medicación que precisaba y se le había prescrito en el Hospital alemán, con nueva baja médica el 21 de diciembre en el SPS, de larga duración- 90 días.



3.- El Instituto Cardiológico e Imagen Cardíaca, tras las estudio de las pruebas e intervenciones sufridas, incluido cateterismo en Alemania en diciembre de 2021, nuevo cateterismo en febrero de 2022 con implante de stent, y cateterismo coronario en mayo de 2022, informó como diagnóstico Infarto de Miocardio antiguo.

4.- El demandante ha sufrido múltiples ingresos por dolor torácico sin evidencia de nuevas lesiones epicárdicas significativas desde el 7enero de 2022, con estudio de angina microvascular positivo en mayo 2022, ajustándose tratamiento antianginoso con buena evolución en todos los casos y siendo dado alta hospitalaria, derivándolo a consultas externas del Hospital, continuando el seguimiento en cardiología. Sigue de baja médica por "Angina Inestable"

- La sentencia refiere otras comunicaciones entre la empresa y el trabajador, y en concreto

el día 23 de diciembre de 2021 para que llevara a la empresa el teléfono y tarjetas, a lo que contestó que las llevaría su mujer al día siguiente porque no encontrarse bien, insistiendo la empresa en que tenía que ir el para firmar documentación, y el 30 de diciembre de 2021 en el que el trabajador requiere el pago de las dietas con discusión porque no podía ir para firmar negándose a pagar la empresa.

QUINTO.- Entrando ya a conocer las distintas cuestiones jurídicas suscitadas por la empresa vamos a abordar en primer lugar la última relacionada con la indebida acumulación de acciones que desestima la sentencia.

El art. 26.3 párrafo segundo de la LRJS dispone: "El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, sin que por ello se altere el orden de intervención del apartado 1 del art. 105 de esta Ley. No obstante, si por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad, para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante."

En el caso la magistrada niega la complejidad necesaria sobre el calculo de las dietas debidas de los meses reclamados, noviembre y diciembre de 2021, que la empresa se negó a pagar al no firmar el trabajador el finiquito, desglosadas por conceptos desde la demanda, sin que la empresa opusiera en el juicio nada a la cantidad reclamada por tales conceptos, por lo que la desestimación tácita en el fallo de la excepción y la condena sobre este particular, resulta acertada y debidamente fundamentada y se desestima el quinto submotivo del segundo motivo de los que formula la empresa.

SEXTO.- En los submotivos segundo y tercero, que se analizarán conjuntamente se mezclan las cuestiones relacionadas con la legalidad del contrato temporal y otras relativas a la vulneración de los derechos fundamentales para rebatir las pretensiones que se solicitan en el demanda de forma subsidiaria de nulidad o improcedencia del despido.

Debemos dejar sentado en primer lugar que el despido que enjuicamos es un despido tácito, ya que se concreta en una baja en la Seguridad Social el día 23 de diciembre de 2021. No consta comunicación alguna al trabajador del cese de un contrato temporal, de modo que con independencia de la legalidad del contrato temporal que tenían suscrito las partes, con su prórroga, no hay comunicación de cese como parece defender el recurso en

contra de lo que declara probado la sentencia.

En relación con la legalidad del contrato temporal la Sala comparte los argumentos contenidos en la sentencia recurrida que no da valor a la causa de temporalidad del contrato, desde el momento en que en el mismo contrato no se determina ni precisa la nueva ruta que justifica la contratación, sentando la sentencia al valorar la testifical del Sr. Roque que ninguno de los trabajadores de la empresa tenía una ruta asignada; y, por lo tanto, tal y como razona la sentencia, ni la causa de temporalidad se ha acreditado, ni esta debidamente especificada en el contrato, y en estas condiciones el contrato es indefinido, por lo que la baja en la Seguridad Social es un despido, que procedía declarar al menos como improcedente, siendo que además el contrato se había extendido más allá de su duración inicial mediante una prórroga que no aparece firmada por el trabajador, deduciéndose de las comunicaciones que declara probadas la sentencia entre el trabajador y el Jefe de tráfico que se esta hablando de la necesidad de volver a Alicante el 31 de diciembre de 2021 porque se acaba la medicación, lo que se compadece mal con el conocimiento que pudiera tener el trabajador de la prorroga que no extendía la duración temporal hasta esa fecha. De este modo la sentencia no ha infringido el art. 15 y 49.1 del ET.

SEPTIMO.- Desde la demanda se defiende la nulidad del despido por discriminatorio por causa de discapacidad y por atentar contra la salud y la vida del trabajador, ante la orden de conducir el camión pese a su situación



de baja médica, y al no poner los medios para que el demandante pudiera regresar a su domicilio para recibir la asistencia sanitaria correspondiente a la baja médica que obtuvo ya desde el 15 de diciembre, dejando al trabajador desamparado en un país extranjero.

La sentencia recurrida considera que el trabajador ha probado los indicios necesarios de la vulneración de los derechos fundamentales que denuncia: el derecho a la integridad física y a la no discriminación por discapacidad, con el siguiente razonamiento "el actor sufrió una afección cardíaca en Alemania, a donde se desplazó por cuenta y orden de la empresa y en ejecución de las funciones propias de su puesto de trabajo, precisando ingreso hospitalario; tras el Alta Hospitalaria, tuvo que continuar trabajando y conduciendo un camión de transporte internacional más de 500 kilómetros y, teniendo una baja médica, la empresa no lo trasladó a España hasta nueve días después, en camión de transporte que realizó siete repartos y, al llegar a España lo despidió."

Pues bien, en relación a la vulneración del derecho fundamental a la integridad física, la Sala no puede atender a los razonamientos que expone el recurso de la empresa que

trata de justificar su actuación alegando que se siguieron las instrucciones de la Mutua para la asistencia médica, cuando fue la empresa la que no adoptó las medidas oportunas para el regreso inmediato, reteniendo al trabajador e incluso intentando que siguiera prestando servicios en situación de baja médica, hasta que otro compañero lo trae a su domicilio, lo que se efectuó mediando hasta nueve días en los que estuvieron efectuando repartos ordenados por la empresa, de modo que hay indicio razonable de vulneración del derecho fundamental desde el momento en que la empresa conociendo la situación del trabajador no actúa de la manera adecuada, sino todo lo contrario, lo somete a retrasos, viajes, ordenes de trabajo etc que han vulnerado su derecho a la integridad física, poniendo su salud en grave riesgo.

Trasladada la carga de la prueba a la empresa esta no ha conseguido acreditar que hizo todo lo posible para atender a la afección del demandante salvaguardando su integridad física y que el despido obedece a causa ajena a la dolencia del actor, sino que lo que se desprende de lo probado en la sentencia es que lo despidió como consecuencia de esa dolencia de larga duración por la que aún continúa de baja, atentando contra la integridad física del actor.

La sentencia recurrida es muy oportuna al traer a colación, cuando se refiere al derecho a la integridad física o moral que garantiza el art. 15 de la CE, la STCo 160/2007, porque pone de relieve que el derecho a la integridad personal no implica situar en el ámbito del artículo 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud. Al contrario, supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el artículo 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad cassum, de la causación de un perjuicio para la salud, habiéndose precisado que para apreciar la vulneración del artículo 15 CE en esos casos no sería necesario que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse.

OCTAVO.- Mayor dificultad presenta justificar la nulidad del despido sobre la discriminación por discapacidad con base a la enfermedad de larga duración (90 días previstos en la baja médica confirmada en 21 de diciembre de 2021, lo que se evidencia tras el largo periodo en

el que el trabajador está de baja), ya que en la fecha del despido no era de aplicación todavía la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y de no discriminación, que entra en vigor el 14 de julio de 2022, y que contempla la enfermedad como una más de las causas de discriminación del art. 14 de la CE, siendo que la jurisprudencia viene calificando como despido improcedente las situaciones de baja médica del trabajador desde la STS de 29-1-2001 que no supongan trato de segregación.

Como hemos señalado en la sentencia 4516/2020 de 22 de diciembre rs 2033/2020: "Al respecto sobre los supuestos de despido de trabajadores en situación de Incapacidad Temporal es doctrina unificada la expuesta en STS 15-3-18 rcud 2766/16, que es improcedente y no nulo el despido alegando una causa ficticia cuando la causa real es la enfermedad o situación de incapacidad temporal de un trabajador, sin que se pueda apreciar discriminación por incapacidad, reiterando la doctrina ya expuesta en STS 30-5-16 rcud 3348/14 y 24-9-17 rcud 782/16 con aplicación de las previsiones de la Directiva 2000/78 de 27-11. Tal doctrina recoge la doctrina europea obrante en SSTJUE dictadas el 11 de julio de 2006 en el asunto Chacón Navas- C 13/05, el 13 de abril de 2013 - asunto Ring acumulados C 335/11 y 337/11 y de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi- C 345/15), así como otras posteriores como 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.

La doctrina viene a entender que ninguna disposición del Tratado de la CE (RCL 1999, 1205) prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" y que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos como causa de discriminación de forma que "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. De este modo 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, pero 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.

Criterios estos que han venido a ser reiterados en las más recientes SSTs 22-5-20 rcud 2684/17 y 15-9-20 rcud 3387/20 que exponen 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 el hecho de estar en situación de Incapacidad Temporal no supone a constancia de supuestos en que la constancia 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", supongan la vulneración de derecho fundamental alguno, por más incluso que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del trabajador, pues incluso 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. De modo que no cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión, incluso 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. Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita."

En el caso que analizamos aparece una situación de IT, que por mucho que se haya alargado en el tiempo no produce ni comporta la discriminación por situación de discapacidad probada, ni siquiera indiciariamente en el sentido de la Directiva.

De cualquier forma, la vulneración del derecho fundamental del trabajador a la integridad física y moral (art.15 de la CE) según se ha expuesto, es suficiente para confirmar la calificación de la nulidad del despido, tal y como decide la sentencia, que procede confirmar en este punto.

NOVENO.- Tanto el recurso de la empresa, en el submotivo cuarto del motivo segundo, como el recurso del trabajador, en el único motivo que contiene para la censura jurídica de la sentencia, muestran su disconformidad con la cuantía que para la indemnización por daños morales declara la sentencia recurrida, denunciando el letrado que actúa en representación del trabajador, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, la infracción de los arts. 183.1 y 2 de la LRJS en relación con los arts. 14 y 15 de la CE, art. 40.1 c), en relación con el art. 13.9 y 10 y art. 12.15 b) de la LISOS, y de la jurisprudencia que los desarrolla.

Las dos partes realizan un extenso alagato de porque procedería ampliar la

indemnización a la cantidad solicita en la demanda de 5.000 €, o no procedencia acordarla razonando sobre la gravedad de los derechos fundamentales vulnerados y las circunstancias del supuesto.

Pues bien en este punto la Sala va a suscribir los razonamientos de la sentencia que cifra los daños en los 30.000 € que vamos a confirmar, aun cuando no hayamos estimadola vulneracion del derecho fundamental de discriminación por discapacidad que aprecia la sentencia.

Con la STS de 23 de febrero de 2022 rcud 43/2019 y las en ella relacionadas, hay que seguir la doctrina referida en la STS de 5 de octubre de 2017 rcud 2497/2015, que allí se alegaba de contraste, y que se ha mantenido en las otras resoluciones del Alto Tribunal por ejemplo en las resolutorias de los rcud 2269/2019 o 2391/2019. En ella se señala que "La sentencia de contraste contiene un resumen de la doctrina actual de la Sala en



la materia, con cita de las SSTs 17 diciembre 2013 (rco 109/2012), 8 julio 2014 (rco 282/2013), 2 febrero 2015 (rco 279/2013), 26 abril 2016 -rco 113/2015- o 649/2016 de 12 julio (rec. 361/2014), 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.

A lo que añadimos, que la sentencia que se dicte dispondrá la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho fundamental, incluyendo expresamente la indemnización, y ha de pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, especialmente cuando se trate del resarcimiento de daños morales.

2.- Reiterando esa doctrina, y como así refleja la propia sentencia referencial, 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/Iª 27/07/06 Ar. 6548; y 28/02/08 -rec. 110/01-] (SSTs 21/09/09 - rcud

2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11-), 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"....."

La STS de 20 de abril de 2022 rcud 2391 relacionando precedentes ha precisado que: "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), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTs de 15 de febrero de 2012, Rcd. 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, Rcd. 624/2016 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." Añadiendo que "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 sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y

225.018 euros, según el artículo 40 LISOS; y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y

protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización."

En el caso la sala debe confirmar la cuantía de la indemnización que determina la sentencia de 30.000 €, al considerarla justa y proporcionada, pues aunque en esta sentencia se ha reducido la vulneración a un único derecho fundamental, y aún tendiendo en cuenta la escasa antigüedad del trabajador en la empresa, la conducta de la demandada ha de calificarse de extrema gravedad, no solo atendiendo al derecho protegido de la vida e integridad física (art. 15 de la CE), sino al comportamiento de la empresa para reducir el impacto de



las consecuencias que pudieran haber generado al demandante, y su persistencia en la vulneración dadas las circunstancias que rodean el supuesto, teniendo en cuenta que la situación en la que se encuentra el trabajador de baja médica es incompatible con la percepción de salarios de tramitación, de modo que ambos recursos será desestimados.

DÉCIMO.- 1.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no proce la imposición de costas al gozar el recurrente trabajador del beneficio de justicia gratuita.

2.- a) Se condena a la parte recurrente empresa a que abone las costas que incluyen los honorarios del abogado o graduado social que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte (art. 235.1, 2º LRJS).

b) Se acuerda la pérdida de las consignaciones y que se mantengan los aseguramientos prestados para recurrir hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que resuelva la realización de los aseguramientos. También se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir (art. 204 LRJS).

FALLO

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos en nombre de RN FUSTER FRIGO TRANSPORT SLU y de D. Emilio , ambos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Socia n.º 1 de los de Alicante de fecha 8 de febrero de 2023; y en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la recurrente empresa RN FUSTER FRIGO TRANSPORT SLU a que abone 600.- euros concepto de costas que incluyen los honorarios del abogado o graduado social que hubiera impugnado el recurso; se acuerda la pérdida de las consignaciones y

que se mantengan los aseguramientos prestados para recurrir hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que resuelva la realización de los aseguramientos y se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00

€ en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander. El depósito se puede efectuar en metálico, en la cuenta y con los datos siguientes: 4545 0000 35 2000 23, o por transferencia a la cuenta centralizada siguiente: ES55 0049 3569 9200 05001274, añadiendo a continuación en la casilla "concepto" los datos señalados para el ingreso en metálico. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave 66 en lugar de la clave 35. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Así se acuerda y firma.