

**SUMARIO:**

**Despido. Nulidad. Principio de igualdad y no discriminación. COVID-19. Incapacidad temporal de duración incierta. Carácter duradero de la enfermedad. Discapacidad. Trabajador contratado por obra o servicio que en fecha 25 de marzo de 2020 comunica a la empresa su baja por IT con diagnóstico de COVID-19, informando al mismo tiempo a efecto de que las personas que habían estado en contacto con él tomaran las medidas necesarias por haber tenido contacto estrecho. Baja del trabajador en la Seguridad Social sin previo aviso. Fijación en el primer parte de comunicación de una duración del proceso de curación de 50 días. Incomparecencia de la empresa a los actos de conciliación y juicio. Según se desprende la Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 [Asunto C-395/15 (NSJ055258)], a falta de remisión expresa al Derecho de los Estados miembros el concepto de limitación duradera de la capacidad de la persona con arreglo al concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78 debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. De ello resulta que el régimen jurídico de la IT con arreglo al derecho español no puede excluir la calificación de la limitación de la capacidad, como duradera o no, en el sentido de la Directiva reseñada, interpretada a la luz de la Convención de la ONU. Entre los indicios que permiten considerar que la limitación es duradera figuran, en particular, el que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio (despido/extinción) la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona. Entiende la juzgadora que de la duración estimada de 50 días se concluye que el padecimiento no presenta una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, considerándose una limitación duradera y, por consiguiente, una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78. Entendiéndose que no se ha despedido al trabajador por el mero hecho de encontrarse en situación de IT, ni por la mayor o menor duración del periodo de cuarentena, el verdadero motivo del despido es el hecho que el trabajador, que prestaba servicios como peón especialista, era sospechoso de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa. Y esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo. Hay que tener en cuenta que el momento en que se produce el despido, 27 de marzo de 2020, solo habían pasado unas dos semanas de la declaración del estado de alarma y había una situación sin precedentes de temor generalizado frente a contagios masivos. Siendo indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no. Lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio. Y en el presente caso hay suficiente prueba para estimar que la empresa acordó el despido, no porque estuviera de baja médica, sino porque era sospechoso de haberse contagiado de COVID-19 y podía ser percibido por terceras personas como foco de riesgo de contagios. Indemnización por daños morales. Habiendo incurrido la empresa en la comisión de una falta muy grave de las contempladas en el artículo 8.12 del TRLISOS, procede una indemnización de 6.251 €, ante la apreciación de discriminación por la enfermedad padecida.**

**PRECEPTOS:**

Constitución Española, art. 14.

Directiva 2000/78/CE (Igualdad de trato en el empleo y la ocupación), art. 2.2.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 179.2.

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 4.2 c) y g), 17.1, 54 y 55.5.

**PONENTE:**

*Doña Raquel Martín Bailón.*

En Mataró a 1 de febrero de 2021.

Vistos por Dña. Raquel Martín Bailón, Magistrada-Juez Titular del Juzgado de lo social nº 1 de Mataró, los presentes autos número 363/20, seguidos a instancia de D. Hilario frente a " GAPE SERVICIOS Y OBRA SL " sobre Despido nulo o improcedente y Reclamación de cantidad.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

En fecha 10.06.2020 tuvo entrada en este Juzgado demanda suscrita por la parte actora, en la que después de alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes a su derecho, solicitó se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el suplico de la misma.

**Segundo.**

Que señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y en su caso juicio, estos tuvieron lugar el día previsto. En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda; solicitando la declaración de nulidad del despido, habida cuenta que en fecha 25 de marzo de 2020 el actor causo IT con diagnostico "COVID 19", informando a la empresa en fecha 25.03.2020 a fin que las personas que habían estado en contacto con el tomaran las medidas necesarias. En fecha 27.03.2020 la empresa demandada sin ningún tipo de comunicación previa procedió a dar de baja de la Seguridad Social al trabajador demandante. Dicha actuación empresarial supone una vulneración del artículo 14 de la CE. Solicitando de forma subsidiaria la declaración de improcedencia del cese y la aplicación de los intereses moratorios en caso que la empresa opte por el pago de la indemnización. Reclamando la cantidad de 2.632,60 euros en concepto de deuda salarial, relativa a la nomina de mes de marzo, paga extra junio y los ochos días de vacaciones no disfrutados ni abonados. Sin comparecer la demandada, practicándose a continuación las pruebas propuestas y admitidas.

En trámite de conclusiones la parte actora elevó sus respectivas conclusiones provisionales a definitivas, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

**Tercero.**

En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**HECHOS PROBADOS****Primero.**

El trabajador demandante, D. Hilario, mayor de edad con DNI nº NUM000, ha venido prestando servicios para la empresa demandada, "GAPE SERVICIOS Y OBRAS SL" con CIF B67405159 y domicilio social en la localidad de Mataro, Passatge d'Adolf Comeron nº 4, desde 29.10.2019 mediante contrato de trabajo de obre o servicio determinado, ostentando una categoría profesional de peón especialista, percibiendo un salario diario con la inclusión de pagas de 64,50 euros prestando servicios a jornada completa, prestando servicios en las obras de Caldes de Montbui, y en ampliación de aceras de las calles de Sant Feliu, Lleida, Dr. Xalabarder y Rector Alemany sin que haya ostentado funciones de representación ni sindicales.

Es de aplicación el Convenio colectivo de trabajo a la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona.

**Segundo.**

En fecha 25 de marzo el actor causa baja por Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común, por "infección de covid 19" fijándose en el primer parte de comunicación un proceso de curación medio, duración estimada 50 días.

**Tercero.**

En fecha 27.03.2020 la empresa demandada dio de baja al actor de la Seguridad Social sin comunicación previa.

**Cuarto.**

La empresa demandada adeuda al trabajador demandante la cantidad de 2.632,60 euros en concepto de deudas salariales:

1.319, 59 euros salario mes marzo  
879,17 euros paga extra junio  
433,84 euros 8 días de vacaciones

**Quinto.**

En fecha 27.08.2020 la actora presentó papeleta de conciliación en el SMAC, celebrándose el acto conciliatorio el 10.06.2020, que concluyó con el resultado "intentado sin efecto" por la incomparecencia de la demandada.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS, se hace constar que los hechos que se declaran probados se desprenden de los documentos aportados por la parte actora, así como de las alegaciones de hecho contenidas en la demanda, respecto de las cuales se ratificó la actora en el acto del juicio, y que se consideran como ciertas ante la incomparecencia de la empresa demandada, en virtud del art. 91.2 de la LRJS.

**Segundo.**

Señala el art. 91.2 de la LJS que "si el llamado a comparecer no comparece sin justa causa a la primera citación, rehusase declarar o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso en la sentencia", estableciendo una confesión presunta de carácter legal deduciendo de la no comparecencia injustificada la imposibilidad de oponerse con éxito a la pretensión actora. Dicha posibilidad no puede conducir sin más a la estimación de la demanda ya que en autos pueden aparecer hechos o pruebas que acrediten lo contrario, siendo por tanto una mera facultad del Juez y no obligación que se le impone, a ejercitar en caso de no concurrir circunstancias que lo impidan.

Igualmente debe tenerse en cuenta la doctrina que señala que la incomparecencia del demandado no exime al actor de probar los hechos en que fundamenta su propia petición, por aplicación del principio de distribución de la carga de la prueba contenida en el art. 217 de la LEC, que impone al actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los impeditivos o extintivos de la misma, y que la aplicación de este principio a la reclamación de pago de salarios determina que el reclamante venga obligado a demostrar la prestación de los servicios cuyo pago reclama, así como el devengo del importe solicitado y que al demandado incumba demostrar su pago ( STS 2 de marzo de 1993).

**Tercero.**

Por la parte demandante se interesa la declaración de nulidad del despido del trabajador, al haber sido despedido estando en periodo de IT conforme al reciente sentencia del TJCE y de forma subsidiaria solicita la improcedencia del mismo al no existir causa alguna que justifique la extinción de la relación laboral.

La empresa demandada a pesar de estar citadas, no compareció al juicio.

La relación laboral entre demandante y la demandada se justifica por medio de la documental aportada al procedimiento, la cual se da totalmente por reproducida, así como también los datos de antigüedad, categoría y salario señalados en la demanda, que en nada han sido discutidos por la empresa y que además se derivan de la documental aportada.

**Cuarto.**

La empresa procedió a dar de baja al actor de la Seguridad Social sin comunicación previa, y sin que haya comparecido a juicio a fin de acreditar finalización de obra o servicio para la cual fue contratado el actor u otros motivos que permitan acreditar de forma objetiva la extinción de la relación laboral. Así mismo, es hecho probado ya que no ha sido objeto de discusión por la parte demandada que el actor causó baja por IT en fecha 25 de marzo de 2020 derivada de enfermedad común, por infección por coronavirus.

**Quinto. Improcedencia o nulidad del despido.**

En relación con la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, dispone el art. 55.5 del E.T. que "Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador". Y el apartado 6 añade "El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir".

A los efectos señalados, viene declarando la jurisprudencia que cuando se alegue que un despido, formalmente disciplinario, encubre en realidad una extinción de la relación laboral lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, incumbe al empresario probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional. Pero, para que opere este desplazamiento al empresario del «onus probandi», no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato y, frente a esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Al efecto, lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímelmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una causa que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. No se impone, pues, al empresario la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. En consecuencia, cuando se ventile una vulneración del art. 14 CE, los órganos de la jurisdicción social han de alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria, de modo que pueda estimarse que el despido en todo caso habría tenido lugar verosímelmente por existir causas suficientes, razonables y serias para entender como razonable la decisión empresarial desde la mera perspectiva disciplinaria. El órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputados al trabajador, además de tener una realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador y calificar tales hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio.

En relación con la garantía de indemnidad, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11/11/2013 (Rec. 3285/2012) señala que "el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface ... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza ... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» ( SSTC 14/1993, de 18/Enero, FJ 2 ; ... 125/2008, de 20/Octubre, FJ 3 ; y 92/2009, de 20/Abril , FJ 3. SSTS 17/06/08 -rcud 2862/07 - 24/10/08 -rcud 2463/07 -) y de 5/7/13 (rcud 1683/2012 ). [...] Tratándose de tutelar derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el art. 179.2 LPL [«una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas». Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS ( SSTC 38/1981, de 23/noviembre; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; y 342/2006, de 11/Diciembre , FJ 4. .Y - a título de ejemplo- SSTS 20/01/09 -rcud. 1927/07 -; 29/05/09 -rcud 152/08 -; y 13/11/12 -rcud 3781/11 -). Pero para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquella [la vulneración constitucional] se haya producido», que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (aparte de muchas otras anteriores, SSTC 92/2008, de 21/Julio, FJ 3 ; 125/2008, de 20/Octubre ; y 2/2009, de 12/Enero , FJ 3. Y SSTS 14/04/11 -rco 164/10 -; 25/06/12 (-rcud 2370/11 -; y 13/11/12 -rcud 3781/11 -). Y presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales»".

Pues bien, en relación con esta materia la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en sentencia de 12 de julio del 2006, dictada en Sala General, si bien con un importante voto particular, ha entendido en un supuesto de despido de otro trabajador de los despedidos por la empresa el mismo día y por la misma causa que el recurrido, que existe nulidad del despido por causa de discriminación. Cita dicha sentencia las SSTS de 20-01.2001, 23.09.2002, 12.07.2004 y 23.05.2005, que han declarado la improcedencia del despido en supuestos de extinción del contrato por causa de enfermedad en base a la distinción entre el principio de la igualdad de trato y la prohibición de la

discriminación, de modo que lo que caracteriza a esta última, justificando su especial intensidad y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas- frente al principio de igualdad, que se impone a la Ley y a la aplicación de la Ley- es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de presión o segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales, para terminar entendiendo que la enfermedad no puede recibir la consideración de uno de tales factores. Sigue argumentando la sentencia de la Sala que la doctrina sentada por el tribunal supremo con todo, ofrece unos matices que han de ser también apuntados. La enfermedad a la que se refiere como situación que no puede constituir el citado factor se tiene en cuenta, dirá el alto Tribunal, desde una perspectiva genérica o estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, y la misma podría todavía configurarse como factor de discriminación en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. Entendemos que la decisión de la empresa que ahora se enjuicia ha superado los límites marcados por dichos matices pudiéndose y debiéndose perfilar por ello como una auténtica decisión discriminatoria.... Discriminar es en esta perspectiva y según uno de los sentidos acogidos por el propio Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia dar trato de inferioridad a una persona o colectividad ... la prohibición de la discriminación se perfila y justifica, ha de recordarse como una de las esencias, de los elementos esenciales de los derechos fundamentales a los que da sentido en su conjunto y en la medida en que la actuación discriminatoria rompe la equivalencias lógica del ser humano restringiendo o eliminando los derechos que como tal mantiene y le pueden ser reconocidos.

Dicho lo anterior, hay que destacar la reciente sentencia del TJCE 2016 (asunto C-395/15) y en relación con la quinta pregunta planteada en seno de cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, determinó lo siguiente: " La directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido que: " el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal con arreglo al Derecho nacional de duración incierta a causa de un accidente laboral no significa por sí solo que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera" con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las NACIONES UNIDAS sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009. Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran en particular el que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Al comprobar ese carácter "duradero" el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales". (...) Por esa razón, a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el Tribunal de Justicia ha estimado que el concepto de "discapacidad" en el sentido de la dictada directiva debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo, 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. En consecuencia la expresión "personas con discapacidad" contenida en el artículo 5 de esta Directiva debe interpretarse en el sentido de englobar a todas las personas que tengan una discapacidad que se corresponda con la definición expuesta en el apartado anterior. En relación con el carácter duradero de la enfermedad, dicha sentencia dice lo siguiente: " La Convención de la ONU no define el concepto del carácter "a largo plazo" de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. La Directiva 2000/78 no define el concepto de "discapacidad" ni establece e l de limitación "duradera" de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto. Pues bien, según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la UNIÓN de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate. Así pues, a falta de tal remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el concepto de limitación "duradera" de la capacidad de la persona con arreglo al concepto de " discapacidad" al que se refiere la Directiva 2000/78 debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. De ello resulta que el hecho que se aplique al Sr. D. el régimen jurídico de la incapacidad temporal, con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como duradera, en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de la Convención de la ONU. "

Pues bien dicho esto y para aplicar la doctrina comunitaria al presente caso, debemos analizar en primer lugar, la concurrencia de una limitación duradera calificable como "discapacidad". La referida sentencia comunitaria dice que entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien

delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona".

Pues bien, en el informe médico de IT se indica que el tipo de proceso que padece el actor es "medio" y establece como una duración estimada de 50 días. A la luz de tales elementos facticos solo puede concluirse que estando el demandante en situación de "incapacidad temporal" por infección de COVID '19 la limitación que padecía el mismo no "presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo. La situación analizada al concurrir ambos "indicios" indicados por la sentencia comunitaria, -la evidencia ya en la fecha del despido de no recuperación a corto plazo, debe ser considerada indiscutiblemente una "limitación duradera" y por consiguiente, una situación de discapacidad" a efectos de la Directiva 2000/78. Y ello por cuanto, la finalización de dicha enfermedad es incierta para la empresa. Ahora bien, ello no obstante, no determina necesariamente la calificación como discriminatorio del despido impugnado. Sino que es necesario que el trato desfavorable por motivos de discapacidad debe constituir una discriminación con arreglo al art. 2 apartado 2 de la dictada Directiva.

El artículo 2 de la Directiva 2000/78 define el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación en los siguientes términos: " 1- a efectos de la presente Directiva 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 los 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 puedan 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 necesario o que ii) respecto de las personas con una 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 art. 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición ese criterio o esa práctica".

Pues bien, partiendo de dichas definiciones debemos plantearnos si el despido del demandante tuvo por "causa" su situación de discapacidad, entendida como "limitación duradera" o alternatively ha generado el "efecto de obstaculizar o anular su derecho a la estabilidad en el empleo por dicho motivo. Pues bien, como se ha expuesto y razonado en los fundamentos anteriores, la empresa demandada procede a dar de baja al actor de la Seguridad Social sin comunicación previa. Y sin que haya comparecido a juicio a fin de acreditar la finalización de servicio u obra para la que fue contratado, existiendo indicios que dichas imputaciones genéricas esconden la verdadera voluntad de la empresa, de despedir al trabajador por la situación de IT en la que se encontraba. Y ello por cuanto, la empresa no ha aportado una explicación objetiva y razonable de la razón del despido del actor, que pudiera desvirtuar aquel potente panorama indiciario de la intencionalidad discriminatoria del despido.

Si bien es cierto que podría objetarse por la demandada, que la empresa no podía saber a fecha del despido, que la situación de la incapacidad del trabajador se iba a prolongar. Pero lo determinante a la luz de la doctrina sentada en la STJUE de 1.12.2016 es que a fecha del despido, la empresa conocía que el actor padecía una infección por COVID '19, por lo que su limitación "no presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo". Llegando a la convicción que la causa real del despido fue la situación de incapacidad temporal en sí misma.

Entendiéndose a juicio de esta juzgadora que no se ha despedido al trabajador por el mero hecho de encontrarse en situación de IT, ni por la mayor o menor duración del periodo de cuarentena, el verdadero motivo del despido es el hecho que el actor, que prestaba servicios como peón especialista, era sospechoso de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa. Y esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo. Hay que tener en cuenta que el momento en que se produce el despido, 27 de marzo de 2020, solo había pasado unas dos semanas de la declaración del estado de alarma y había una situación sin precedentes de temor generalizado frente a contagios masivos. Siendo indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no. Lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio. Y en el presente caso hay suficiente prueba para estimar que la empresa acordó el despido del actor, no porque estuviera de baja médica, sino porque era sospechosa de haberse contagiado de covid y podía ser percibida por terceras personas como foco de riesgo de contagios.

Por todo ello, cabe concluir que el despido del actor se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador e infringiendo la prohibición de discriminación y que el despido ha supuesto una "barrera" al impedir su recuperación y con ella "la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones de los demás trabajadores.

Por todo ello, y de conformidad con los artículos 53 del Estatuto de Trabajadores, y 122 de la Ley de Jurisdicción Social, procede declarar nulo el despido de trabajador demandante.

**Sexto.**

En atención a lo previsto en los artículos 53 y siguientes del Estatuto de Trabajadores y 122 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Social para el caso en el que se declare nulo el despido, corresponde la condena de la empresa demandada a readmitir al trabajador, con el abono en este caso por parte de la empresa de los salarios dejados de percibir por el actor, una vez sea firme la sentencia, teniendo en cuenta que conforme al artículo 123.2 de la Ley de Jurisdicción Social, de los salarios de tramitación no se podrá reducir los correspondientes al periodo de preaviso.

**Septimo.**

La parte demandante ejercita también acción de reclamación de cantidad, solicitando la condena de la parte demandada a abonar al actor las cantidades debidas del salario del mes de marzo 2020, paga extra junio 2020, vacaciones.

De conformidad con el art. 4.2 f) en relación con el art. 29 del ET el trabajador tiene como derecho básico la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, contraprestación fundamental que al empresario corresponde en el contrato de trabajo por la actividad realizada por el trabajador y que viene constituida de conformidad con el art. 26 del ET por "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración o los periodos de descanso computables como de trabajo", sin incluir las "indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos".

Habiendo concluido en el fundamento anterior la existencia de relación laboral, y no habiendo comparecido la empresa demandada a fin de acreditar la existencia de pago de los salarios reclamados procede estimar dicha pretensión. Por consiguiente procede la condena de las empresas demandadas a abonar al actor la cantidad de 2.632,60 euros,

**Octavo. Intereses.**

A la cantidad salarial estimada, de 2.632,60 euros, deberá aplicarse los intereses del art. 29.3 del ET, toda vez que en cómputo anual y en atención al tiempo transcurrido entre el día del devengo de cada cantidad y la fecha de esta sentencia, y no en cambio un 10% sobre el total de la cantidad admitida. En este sentido hay que tener en cuenta la doctrina que fija el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 17 de junio de 2014.

**Noveno. Reclamación daños y perjuicios.**

La parte actora reclama la cantidad de 6.251,00 euros en concepto de indemnización por daños morales, conforme los epígrafes 11 y 12 del artículo 8 de la LISOS.

En este sentido señala por ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que "Por todo lo expuesto, con estimación del recurso, declaramos la nulidad del despido, sin que haya lugar a la fijación de una indemnización adicional por daños morales, solicitada en el siguiente motivo. Como señala la STS 1-12-2009, la solución a la cuestión así planteada no puede ser otra que la establecida en otros recursos por dicha Sala, recogida entre otras en las SSTs de 24-6-2009, 28-7-2009 o 22-10-2009. En todas ellas se parte de la afirmación básica, recogida en las sentencias anteriores que en ellas se citan, de que no es suficiente para reconocer una indemnización que se haya acreditado la infracción de un derecho fundamental, sino que es preciso para que haya condena indemnizatoria que "el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que pueda asentar una condena de tal clase". En definitiva, en cuanto al resarcimiento por daños, partiendo de la posibilidad de reclamar indemnización adicional por la agresión de un derecho fundamental, bien por daños morales, bien por daños materiales, tales daños no están exentos de la carga probatoria que pesa sobre el que alega su existencia, tanto en cuanto a su realidad como en cuanto al montante de los daños a compensar. Se necesita, como apunta el Tribunal Supremo, una mínima base fáctica, objetiva, que delimite los perfiles y elementos de la indemnización que se solicita y que se otorga, debiendo darse por el solicitante y por el Juez que concede las pertinentes razones objetivas que avalen y respalden la decisión, objetividad que no está reñida con la necesaria discrecionalidad valorativa de la que el Juez goza en ciertos aspectos. No existiendo en el presente supuesto el sustrato fáctico y objetivo preciso, no es dable indemnización reparadora alguna, no pudiendo estimarse, sin más, que toda lesión de un derecho fundamental genere automáticamente daños morales, no bastando su mera alegación sin prueba alguna de su realidad y

veracidad. En la demanda y en el recurso el trabajador alegaba genéricamente unos daños morales sin concretarlos ni demostrarlos, por lo que no queda demostrado otro perjuicio que el de la pérdida del empleo, que ha sido subsanado en la presente sentencia mediante la obligación de abono de los salarios de tramitación y la obligación de readmisión al puesto de trabajo".

De acuerdo con el artículo 8.12 de la LISOS, dispone como falta muy grave por parte del empresario las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad, o discapacidad o favorable o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de Trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión, o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento de principio de igualdad de trato y no discriminación".

Habiendo incurrido la empresa en la comisión de dicha falta muy grave, al haberse considerado por esta jugadora que el despido del actor se produjo con vulneración de derechos fundamentales, discriminándolo por la enfermedad que padecía, al ser infectado de COVID 19.

Por lo que procede la imposición de la cuantía mínima fijada en dicho precepto de 6.251 euros.

#### **Decimo. Costas.**

En atención a la incomparecencia injustificada de la empresa demandada a la previa conciliación, procede la aplicación del que prevé el art. 66.3 de la Ley de la Jurisdicción Social, de forma que procede imponer a la empresa las costas del presente proceso, incluidos los honorarios, en cantidad de 300 euros, del Letrado de la parte contraria, considerando que en esta sentencia se estiman esencialmente las pretensiones de la papeleta de conciliación, aunque la misma no haya sido aportada, a partir de la descripción que se hace en la certificación del acta de conciliación que consta adjuntado con las respectivas demandas y al haber sido una simple confesión, no procede imponer mayor cantidad.

#### **Decimoprimer.**

Por razón de la materia procede recurso de suplicación contra la presente sentencia ( art. 191 de LRJS).

#### **Decimosegundo.**

Respecto del FOGASA, procede su absolución, sin perjuicio de las responsabilidades legales que en su caso le puedan corresponder.

Vistos los preceptos citados y demás de general observancia.

### **F A L L O**

Estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Hilario frente a "GAPE SERVICIOS Y OBRAS SL" sobre Despido nulo o improcedente y Reclamación de cantidad, declaro la NULIDAD de la referida extinción, de 27.03.2020, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que readmita al trabajador demandante en las mismas condiciones que regían con anterioridad al cese con el abono en este caso por parte de la empresa de los salarios dejados de percibir por el actor, una vez sea firme la sentencia, siendo un total de 20.059,50 euros teniendo en cuenta que conforme al artículo 123.2 de la Ley de Jurisdicción Social, de los salarios de tramitación no se podrá reducir los correspondientes al periodo de preaviso y sin perjuicio de los descuentos que procede por las prestaciones de Servicios realizadas por el actor en otras empresas o terceros, o las prestaciones de otra clase percibidas por el actor. Y CONDENANDO a la empresa demandada a satisfacer al actor la cantidad de 2.632,60 euros en concepto de deudas salariales más el 10% de intereses que deberán aplicarse en la forma prevista en la presente resolución Y AL PAGO DE 6.251 euros en concepto de indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

Condenando a la empresa demandada al pago de las costas del presente procedimiento, hasta el límite de 300 euros.

El FOGASA, en su condición de responsable legal subsidiario, deberá estar y pasar por esta declaración.



Contra esta sentencia cabe la interposición de RECURSO DE SUPPLICACION ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que deberá anunciarse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la presente resolución, haciendo al propio tiempo nombramiento de Letrado. Se advierte al recurrente que no fuera trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, ni gozase del beneficio de justicia gratuita en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, que deberá acreditar en el momento de interponerlo el ingreso de 300 euros en la cuenta corriente número 0041 0000 65 0363 20 de la entidad BANCO SANTANDER, aportando el resguardo acreditativo, así como en el caso de haber sido condenado en Sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo. Dña. Raquel Martin Bailón, Magistrada-Juez Titular del Juzgado Social nº 1 de Mataró.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.