



Roj: **STSJ M 13357/2025 - ECLI:ES:TSJM:2025:13357**

Id Cendoj: **28079340012025100973**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2025**

Nº de Recurso: **720/2025**

Nº de Resolución: **976/2025**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANGELA MOSTAJO VEIGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 43, 23-01-2025 (proc. 546/2024),
STSJ M 13357/2025**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG:28.079.00.4-2024/0053314

Procedimiento Recurso de Suplicación 720/2025

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 43 de Madrid Despidos / Ceses en general 546/2024

Materia:Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 720/2025

Sentencia número: 976/2025

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

Ilma. Sra. D^a ÁNGELA MOSTAJO VEIGA

Ilma. Sra. MARIA DEL CARMEN LÓPEZ HORMEÑO

Ilma. Sra. MARIA DE LA SOLEDAD ORTEGA UGENA

En la Villa de Madrid, a catorce de noviembre de dos mil veinticinco, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 720/25, formalizado por D^a Clara contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2.025, dictada por el Juzgado de lo Social número 43 de los de Madrid, en sus autos número 546/24, seguidos a instancia de D^a Clara contra LDEEL PROLL SL con intervención del MINISTERIO FISCAL, en materia de DESPIDO, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a ANGELA MOSTAJO VEIGA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO:En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

"PRIMERO. -La demandante venía prestando servicios en la empresa demandada, desde el día 23 de agosto de 2022, con contrato indefinido a tiempo completo y salario de 3.825 euros con prorrata de pagas extras., adscrita al centro de trabajo sito en calle Poeta Joan Maragall, nº3, 1º Izquierda, CP. 28020, Madrid, Madrid, en régimen de trabajo a distancia.

SEGUNDO. -Con fecha de 1 de marzo de 2024 la empresa notifica a la trabajadora su despido, con efectos del mismo día, "Por medio de la presente, la Dirección de LDEEL PROLL, S.L. le comunica la decisión adoptada de proceder a la extinción de su contrato de trabajo".

La empresa planteo una propuesta de acuerdo con objeto de reconocer la improcedencia del despido.

"Por medio de la presente, la Dirección de LDEEL PROLL, S.L. le comunica la decisión adoptada de proceder a la extinción de su contrato de trabajo, cuyos efectos se producirán a partir del día de hoy, 1 de marzo de 2024, con fundamento en lo establecido en los artículos 54 y 58 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre. Sin otro particular, le rogamos se sirva firmar un duplicado de la presente a los efectos exclusivos de acreditar su recepción."

El 29-2-2024 la empresa intento llegar a un acuerdo con la trabajadora.

La empresa reconoció en el acto de juicio la improcedencia del despido.

TERCERO. - La demandante desarrolla su jornada laboral en la modalidad de teletrabajo, tiene flexibilidad horaria y los excesos de jornada se compensan con días de permiso.

CUARTO. - Por indicación médica de fecha 23-2-2024 la actora debía de permanecer en reposo los días 24, 25 y 26 de febrero.

QUINTO. - Con fecha 26-3-2024 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC y 17-4-2024 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia.

SEXTO. - La trabajadora trabaja en equipo, la jornada es de lunes a domingo no tienen un horario fijo, no estaba disponible cuando la llamaban otros compañeros de trabajo y no acababa los trabajos, no hubo exceso de jornada (testigo).

SEPTIMO. - La trabajadora inició un proceso de incapacidad temporal (IT) el 16/10/2023 que finalizó el 14/12/2023.

En fecha 23/02/2024, la trabajadora comunico a la empresa, que los días 24, 25 y 26 de febrero de 2024 debe permanecer en reposo".

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

"Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por Dña. Clara contra LDEEL PROLL SL, con intervención del MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado por la empresa con efectos 1-3-2024, con la obligación de indemnizar a aquella con la cantidad de 6.570 euros declarando extinguida la relación laboral a la fecha del despido. Y absuelvo a la empresa del resto de las pretensiones deducidas en su contra".

CUARTO:Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación conforme consta en autos.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 2 de julio de 2025 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada la Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 12 de noviembre de 2.025 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora presentó demanda impugnando la extinción de su contrato efectuada por la empresa el 1 de marzo de 2.024 así como solicitando un total de 18.651,16€ en concepto de horas extraordinarias.

Se reivindicaba la declaración de nulidad del despido por haberse efectuado con vulneración de derechos fundamentales a la que anudaba una petición indemnizatoria de 30.000 € por los daños sufridos. De forma subsidiaria se postulaba la calificación del despido como improcedente.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 43 de Madrid a quien se atribuyó el conocimiento del asunto, estimó la petición subsidiaria, declaró la improcedencia del despido absolviendo a la empresa de los demás pedimentos.

Se entiende en la sentencia, en línea con lo informado con el Ministerio Fiscal, que la actora no vio extinguido su contrato por el hecho de haber sufrido un período de baja seguido de un período de reposo sino debido a que la empresa no estaba de acuerdo con su desempeño.

Se desecha también la petición relativa a las horas extra al haberse acreditado que la actora no se encontraba disponible cuando se la requería por la empresa, que no acababa los trabajos y nunca llevo a cabo excesos en su jornada.

Disconforme con el sentido del fallo, la parte actora se alza en suplicación mostrando su rechazo a lo resuelto a través de cuatro motivos que residencia en las letras a), b) y c) del artículo 193 de la LRJS.

SEGUNDO.-Bajo la cobertura de la letra a) del artículo 193 de la **ley** procesal laboral la actora denuncia la infracción del artículo 217.7 LEC, sin embargo, no adosa a su argumento la correlativa petición que justifica la alegación de indefensión, esto es, la nulidad de lo actuado desde el momento en el que tuvo lugar la infracción de las normas procesales que ha generado el desequilibrio entre las partes.

Se señala en el recurso que en la demanda se solicitó que la empresa aportase el registro horario de su jornada de los ejercicios 2.023 y 2.024 y que, pese a que se admitió la petición, la empresa no cumplió con su obligación de presentación de la documentación correspondiente.

Entiende la parte recurrente que el principio de facilidad probatoria obligaría a la empresa a presentar el correspondiente registro de jornada y que su falta de aportación debería haber tenido como consecuencia el tener acreditada la petición de horas extra que contenía en la demanda.

Afirma que el testigo que sirvió a la magistrada a quo para alcanzar su convicción era una empleada de la empresa al mismo nivel que la actora y que, por tanto, sus manifestaciones no son indicios de nada.

La nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter extremo y excepcional al que solo debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha venido declarando (por ejemplo, en sentencias SSTC 70/1984, 48/1986, 89/1986, 98/1987 y 140/1996) que el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos todavía puede equipararse la indefensión con dimensión constitucional con cualquier infracción de normas procesales que los órganos judiciales puedan cometer. Para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.2 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones para que le sean reconocidas.

Por ello no existe indefensión cuando no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa ni cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas

procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado, de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta (STC 289/1993).

De lo expuesto se desprende que para dar una respuesta hemos de examinar no solo la infracción que se dice cometida, sino también si se ha producido una indefensión de la parte que invoca la nulidad, entendida esta como un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, si se da una situación en la que el órgano judicial impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa privándola de su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el uso del indispensable principio de contradicción.

De esta forma, para apreciar tal vulneración y estimar la pretensión de nulidad es necesario:

- a) Que se haya infringido una norma procesal;
- b) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia;
- c) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida;
- d) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto y
- e) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión (ex art. 24.1 CE).

O como ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sección en nuestra Sentencia de 26 de mayo de 2023 rec 1245/2022:

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional la relativa a que: a) la nulidad de actuaciones procesales constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal, que constituye una de las metas a cubrir como servicio público que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hacen a los órganos judiciales, por lo que su estimación queda condicionada al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos que han de ser analizados en el caso concreto y no de forma general, sin que la no concurrencia de alguno de ellos, de carácter formal en todo caso, sea constitutivo de indefensión, por cuanto la indefensión constitucionalmente prohibida es la material y no la formal"; b) que "la indefensión es un concepto fundamentalmente procesal que se concreta en la posibilidad de acceder a un juicio contradictorio en el que las partes, alegando y probando cuanto estiman pertinente, pueden hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos" (Ss. TC 156/85; 64/86; 89/86; 12/87; 171/91 y ATC 190/83; c) que "el concepto constitucional de indefensión tiene un contenido eminentemente material, lo cual impide apreciar lesión del artículo 24.1 de la CE, cuando por circunstancia del caso pueda deducirse que el afectado tuvo oportunidad de defender sus derechos e intereses legítimos" (Ss TC 215/89 y 15.2.93) y que "para que exista vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales, ni basta cualquier infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales sino que de las mismas ha de derivarse un perjuicio material para el interesado, esto es, ha de tener una repercusión real sobre sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, pues no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos la eliminación o discriminación sustancial de derecho que corresponden a las partes en el proceso" (STC 124/94).

El primer problema que encontramos para poder valorar la exposición de la parte es que no pide que se acuerde ninguna consecuencia en el caso de que se admitiesen sus argumentos. Debería haberse solicitado la reposición de los autos al momento en el que tuvo lugar la infracción procesal declarando la nulidad de lo actuado, sin embargo, reiteramos, esa petición no se incluye en el motivo.

Aun en el caso de que se hubiese llevado a cabo la correspondiente petición, según señala el propio recurrente, es posible, a través de los motivos b) y c) llevar su visión del proceso al ánimo de la Sala por lo, la nulidad sería innecesaria y únicamente supondría una dilación indeseable.

TERCERO.-Bajo la cobertura de la letra b) del artículo 193 de la LRJS se solicita la introducción de un nuevo hecho probado y, como consecuencia de éste, la modificación del hecho probado primero.

La propuesta novedosa y con apoyo en la argumentación vertida en el motivo previo supondría incluir un nuevo hecho bajo el ordinal octavo que tendría el siguiente tenor:

La trabajadora realizó entre marzo de 2023 y febrero de 2024, incluidos ambos meses, 418 horas extraordinarias, por las que debió percibir 18.651,16 €.

Como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de marzo de 2.016 (recurso 153/2015), para que prospere el motivo por el que se busca la modificación del relato fáctico es preciso:

1. *Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).*

2. *Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.*

(...)

La incorrecta redacción del hecho nos impide poder validar su inclusión puesto que la propuesta de modificación debe cumplir con las mismas exigencias técnicas que una adecuada formulación de los hechos probados.

La propuesta es predeterminante del fallo en tanto que afirma que se han realizado las horas extraordinarias que se reclaman.

La forma de incluir en un hecho probado la realización de excesos de jornada obliga a un esfuerzo de redacción ya que exige que se fije cual era la jornada habitual contratada y expresar fecha por fecha y hora por hora la efectiva jornada realizada. En otras palabras, hubiese obligado a que la parte en su demanda y en su recurso indicase el horario realizado en cada uno de los días del período al que se contrae su reclamación, lo que puede resultar prolijo pero no imposible.

De acuerdo con lo expuesto debemos desestimar la inclusión del nuevo hecho probado.

Consecuencia de lo expuesto, no se puede modificar el hecho probado primero puesto que su petición se centra en la alteración del salario fijado como probado atendiendo a una hipotética admisión de la realización de horas extras. Ya hemos rechazado la petición que era la base de esta segunda modificación lo que conlleva necesariamente la desestimación íntegra del segundo motivo.

CUARTO.-Con encaje en la letra c) del artículo 193 de la **ley** de ritos se denuncia la infracción del artículo 56.1 de la LRJS al considerar que, habiéndose alterado el salario regulador a efectos de despido, procede recalcular la indemnización con el que hubiese sido el correcto.

Comoquiera que no se ha atendido a ninguna de las peticiones previas, la sentencia ha aplicado de forma correcta el artículo 56 calculando la indemnización en la forma legalmente prevista.

QUINTO.-El último motivo denuncia la vulneración de los artículos 2.1 y 26 de la **Ley 15/2022**, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, 14 y 15 de la CE con aplicación de la STS de 19-12-17, recurso 624/16 en materia de fijación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

Se argumenta por la parte actora que se procede a llevar a cabo un despido tras un período de baja por IT seguido a las pocas fechas de unos días de reposo.

El despido es reconocido como improcedente lo que evidenciaría que el motivo último de la decisión extintiva descansa en su enfermedad lo que en todo caso vulneraría las previsiones legales a las que alude en el motivo.

Partiendo , como se hace en el recurso, del iter cronológico previo a la extinción podemos resumirlo como sigue:

1.- incapacidad temporal (IT) desde el 16/10/2023 al 14/12/2023.

2.- El 23/02/2024, la trabajadora comunico a la empresa, que los días 24, 25 y 26 de febrero de 2024 debe permanecer en reposo.

3.- 01/03/2024, la empresa comunica a la actora su despido con efectos de ese mismo día.

Se fija como hecho probado que *trabaja en equipo, la jornada es de lunes a domingo no tienen un horario fijo, no estaba disponible cuando la llamaban otros compañeros de trabajo y no acababa los trabajos, no hubo exceso de jornada (testigo).*

Aunque nada se diga en este motivo sobre la valoración de la prueba y tampoco se haya conseguido desterrar de las probanzas el contenido de este hechos probado tercero, debemos recordar que la valoración de la prueba testifical es materia exclusiva y excluyente del magistrado de instancia que cuenta con la herramienta de la inmediatez para alcanzar su convicción, estando descartado que se pueda llevar a cabo por la Sala en recurso una fijación alternativa del contenido de la testifical practicada.

Esta exclusividad y preferencia lo que ha sido avalada por TS entre otras en su Sentencia 157/2020 de 19 de febrero de 2020 dictada en Recurso 183/2018:

El motivo no puede prosperar en aplicación de nuestra reiterada doctrina sobre las revisiones fácticas. - Así, en las SSTs 11 de febrero de 2014, Rec. 27/2013, 8 de noviembre de 2016 (Rec. 259/2015) y 17 de enero de 2017 (Rec. 2/2016), hemos señalado que para que pueda prosperar un error de hecho en casación es preciso, entre otras exigencias, que: 1º) la equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba, 2º) se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone, 3º) el error debe desprenderse de forma clara, directa e inequívoca del documento, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones.

Por dichas razones, aunque se invoque prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor. En definitiva, no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).

Sentado el relato fáctico en la sentencia, procedemos a dar respuesta a las infracciones denunciadas.

El Marco de regulación en el que nos moveremos vendrá determinado por la Estatuto de los Trabajadores, **Ley 1/2013** de protección de las personas con discapacidad, la **Ley 15/2022**, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y la Directiva 2000/78

Estatuto de los trabajadores.

Artículo 17. versión modificada por la **Ley 62/2003**, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social No discriminación en las relaciones laborales.

1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Artículo 55.5

*5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la **ley**, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.*

Será también nulo el despido, en los siguientes supuestos:

a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), disfrute del permiso parental a que se refiere el artículo 48 bis, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o cuando se notifique la decisión en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén

disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las personas trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual, por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta **ley** para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

LEY 15/22

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación.

1. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con

independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena.

1. No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta **ley** para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

2. Se entenderán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta **ley**.

3. Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas deberán velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta **ley**, favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin como el currículo de vida anónimo.

4. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos previstos en la normativa aplicable, deberá velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo. Para ello, en el ejercicio de su función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas de orden social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá en su plan anual integrado de actuación con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo. Asimismo, en los centros de trabajo y establecimientos militares esta labor se llevará a cabo por los organismos competentes del Ministerio de Defensa. En el ámbito del empleo público, la misma se llevará a cabo por la inspección general de servicios y los órganos equivalentes de las comunidades autónomas.

5. El empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto.

6. Por vía reglamentaria, se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias del artículo 2.1

DIRECTIVA 2000/78

Artículo 1 Objeto La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

Concepto de discriminación

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 efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas,

salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que (

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa

práctica.

...

4. Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

El artículo 5 de dicha Directiva dispone:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

De forma consistente el TS ha venido señalado que enfermedad y discapacidad no son términos equivalentes a la hora de fijar si una extinción del contrato de trabajo puede ser calificada como nula o improcedente. Omitimos cualquier pronunciamiento sobre una posible procedencia del despido puesto que ello nos pone ante una decisión ajena a cualquier intención discriminatoria.

La consideración de la enfermedad no ha tenido siempre el mismo tratamiento. Aun siendo incontestado que un despido efectuado por el único motivo de que el trabajador esté en situación de IT nunca puede ser procedente, la nulidad no se ofrecía como una solución atendiendo a que en el artículo 14 de la CE no se incluye como razón concreta de discriminación.

El TC en sentencia 62/2008, de 26 de mayo, en la que examinó si debía calificarse de nulo, por discriminatorio, el despido de un trabajador que, con anterioridad a ser contratado había sufrido múltiples episodios de IT, relacionados con su profesión habitual de oficial de 1ª albañil, en empresa de construcción, contiene el siguiente razonamiento:

"5. Como ha señalado con reiteración este Tribunal al analizar el art. 14 CE, dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 2). Por ello, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, hemos venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos

peyorativos en los que operan como factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (STC 39/2002, de 14 de febrero , FJ 4, y las que en ella se citan).

A diferencia de los casos que habitualmente ha abordado nuestra jurisprudencia, relativos por lo común a factores de discriminación expresamente citados en el art. 14 CE o, aún no recogidos de forma expresa, históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero), en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador; en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador. Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el art. 14 CE una intención tipificadora cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto , FJ 3 ; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10 ; y 37/2004, de 11 de marzo , FJ 3).

Para ello debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE , pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).

Así como los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya ex Constitución, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido este Tribunal en el caso de los expresamente identificados en la Constitución (así, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre , FJ 6 ; 128/1987, de 26 de julio , FJ 7 ; 229/1992, de 14 de diciembre , FJ 2 ; 126/1997, de 3 de julio , FJ 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero , FJ 8), sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE , en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por "la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral" (STC 197/2000, de 24 de julio , FJ 5).

"No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún perjuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla".

Sólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 17/2007), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres.

Y es que, como señalaba la Sentencia del TS de 27 de enero de 2009 Recurso: 602/2008

A su vez, esta jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad enlaza expresamente (STS 29-2-2001 , citada) con una línea jurisprudencial anterior, según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo -el llamado "despido fraudulento"- no justifica por sí misma la calificación de nulidad. De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la **Ley** de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990 , no modificado en este punto en el texto refundido vigente de 1995, el art. 108.2 LPL "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese. Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecuadrados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido -concluye STS 29-2-2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo.

Se partía de que, como ya ha tenido la oportunidad de señalar el TS, el artículo 14 de la CE contiene dos normas diferenciadas: Derecho a la igualdad en lo que implica la igualdad de trata ante la **Ley** y ante los poderes públicos y derecho a no ser discriminado en las relaciones entre particulares.

Este segundo derecho parte de circunstancias concretas que se enumeran en el propio texto y que aluden a nacimiento, "raza", "sexo", "religión", "opinión") y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social").

Manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que 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 , citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que "el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa" (STS 29-1-2001 , citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET , pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación"

Hasta ahora hemos atendido al concepto de "enfermedad", sin embargo ya la directiva 2000/78 señalaba que era discriminatorio cualquier comportamiento que suponga que una persona 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 entre los que se encuentra la discapacidad (discriminación directa) a que, aun tratándose de una norma neutra implique una afectación de peor condición a determinado grupo.

Esto nos llevó a tener que distinguir entre uno y otro concepto puesto que, como hemos visto, el despido motivado en la enfermedad del trabajador , per se, no podía ser calificado como NULO.

La Sentencia el Tribunal Europeo de Justicia (Gran Sala) de 11 de julio de 2006 (caso Chacón Navas) abordó la diferenciación entre enfermedad y discapacidad a los efectos de valorar si ambos conceptos se encontraban incluidos en la Directiva 2000/78.

Para ello parte de la normativa nacional (CE, ET) y de la normativa comunitaria representada por la propia directiva y por la Carta comunitaria de los derechos sociales relativa a la integración social y laboral de los minusválidos.

Se partía de la exposición del órgano remitente en la que se hacía hincapié en dos cuestiones:

- 1.-existen resoluciones que niegan la nulidad en los casos en los que, como el que ocupaba , se ha declarado improcedente y no nulo un despido efectuado por causa de una enfermedad período de IT prolongado)
- 2.- La enfermedad de larga duración permite una relación de causalidad entre ésta y discapacidad.

De forma subsidiaria se solicitaba que, en caso de considerar que enfermedad y discapacidad son conceptos diferentes con tratamientos diferentes, se admitiera la enfermedad como una señal identitaria adicional frente a las que proscriben discriminación la Directiva 2000/78.

Se afirma que la enfermedad no está contemplada en el ámbito de protección de la Directiva, entre otras cosas, porque si se hubiese pretendido su inclusión así se hubiese hecho constar sin que pueda considerarse como una señal identitaria que permita por esta vía llevar a cabo un tratamiento igualitario entre ambos conceptos.

El TJUE estudia nuevamente la cuestión en la STJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y 337/11 (Ring) y nos da una clara delimitación partiendo de que 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 Directiva 2000/78 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 (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C 335/11 y C 337/11, EU:C:2013:222, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, Z., C 363/12, EU:C:2014:159, apartado 76, y de 18 de diciembre de 2014, FOA, C 354/13, EU:C:2014:2463, apartado 53).

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

- *El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.*

- *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.*

debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración...".

Por tanto la regulación expuesta daba como consecuencia:

- 1.- Despido durante período de IT motivado en causas disciplinarias acreditadas: Despido procedente.
- 2.- Despido por causas disciplinarias u otras (p. ejemplo durante período de prueba) no acreditadas durante IT de corta duración. Despido improcedente.
- 3.- Despido por causas disciplinarias u otras (p. ejemplo durante período de prueba) no acreditadas durante IT de larga duración (asimilable a discapacidad): está protegido por la Directiva como causa de discriminación y por tanto es NULO.

Sin embargo, y como hemos podido apreciar, una de las bases que determina que una enfermedad no pueda ser considerada como discapacidad - dejando aparte su larga o corta duración- siempre ha sido la ausencia de referencia a la misma en las normas que regulan la materia.

Pues bien, esa ausencia de regulación pasa a ser cosa del pasado en el momento en el que entra en vigor la **Ley 15/22** de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que introduce en su artículo 2 como parte del ámbito subjetivo de forma expresa la enfermedad como elemento de discriminación: 3. *La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública.*

Pasando al campo "objetivo" se señala en el artículo 3 :

Esta ley se aplicará en los siguientes ámbitos:

a) *Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.*

Hasta este punto podríamos, forzando un poco el tenor de la norma, mantener el criterio de calificación de los despidos que hemos expuesto en tanto solo se habla de "diferencias de trato" y teniendo en cuenta que esas diferencias ya se ve en cierta medida protegidas por la declaración de improcedencia.

Sin embargo, el legislador cierra cualquier posibilidad de interpretación con el artículo 4 al señalar:

*El derecho protegido por la presente **ley** implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.*

En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

Solamente se excluye cuando

*2. No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta **ley** derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla.*

3. El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

4. En las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros.

Junto con esta excepción y como ha tenido oportunidad de señalar esta sección en sentencia de 18 de octubre de 2024 dictada en el recurso 695/24, también debe ponerse en juego, desde el punto de vista procesal, el artículo 30 relativo a la carga de la prueba, equiparando las exigencias a las que se vienen dando a las alegaciones de vulneración de tutela, digamos, "tradicionales":

Artículo 30. Reglas relativas a la carga de la prueba.

*1. De acuerdo con lo previsto en las **leyes** procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo primero, el órgano judicial o administrativo, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad.

3. Lo establecido en el apartado primero no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores, ni a las medidas adoptadas y los procedimientos tramitados al amparo de las normas de organización, convivencia y disciplina de los centros docentes.

Podríamos pensar que se afirma que no se puede discriminar pero hemos venido señalado que ni el texto constitucional ni la normativa europea introducen la enfermedad como objeto de especial protección salvo en los casos que hemos expuesto"

La **Ley** 15/22 no deja lugar a duda cuando en su artículo 26 expone:

Artículo 26. Nulidad de pleno derecho.

*Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta **ley**.*

En definitiva, un despido motivado en la enfermedad del trabajador siempre tendrá como consecuencia la nulidad de la decisión siempre que no se acredite la racionalidad de la decisión.

Con el panorama indiciario que hemos expuesto y que obedece a la lógica cronológica, lo que corresponde examinar es si la empresa ha aportado contraindicios relevantes que permitan contrarrestar la importancia de esta prueba.

El TC en la Sentencia: 140/2014 dictada en el Recurso 7535/2006 en fecha 11 de septiembre de 2014 establece sobre este particular:

Para llevar a cabo esta labor debemos partir de nuestra consolidada doctrina relativa a la dificultad probatoria que acompaña a los supuestos en los que se discute la motivación de los actos empresariales de despido o equiparables a éste y la importancia que en esta materia tienen las reglas de la distribución de la carga

de la prueba. Como recordábamos en la STC 87/2004, de 10 de mayo (FJ 2), sistematizando y resumiendo nuestra reiterada doctrina anterior, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos bajo la cobertura formal del ejercicio por parte del empleador de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. La finalidad en estos casos de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre , FFJJ 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo , FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio , FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

Naturalmente, el indicio razonable de que se ha producido la lesión del derecho fundamental no consiste en la mera constatación de que en un momento precedente tuvo lugar el ejercicio del derecho -en este caso que se participó en una huelga o en que se formuló una reclamación judicial- sino que es preciso justificar -indiciariamente- la existencia de una relación de causalidad entre tal ejercicio y la decisión o acto calificado de lesivo del derecho. El que en un momento pasado se haya ejercitado un derecho fundamental constituye un presupuesto de la posibilidad misma de la violación denunciada, pero no un indicio de esta que por sí solo desplace a la otra parte la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto, pues la aportación de la prueba que concierne a la parte demandante deberá superar inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria (SSTC 17/2003, de 30 de enero , FJ 4 ; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 3 ; y 41/2006, de 13 de febrero , FJ 6). Dicho de otro modo, "si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas, o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo inverosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado" (STC 31/2014, de 24 de febrero , FJ 3).

Es en este punto en el que la sentencia de instancia da pleno valor a lo que manifestó la testigo de la empresa que señaló que el desempeño de la actora resultaba deficiente tanto por no poder ser localizada como por no terminar los trabajos encomendados que tenían que ser finalizados por sus compañeros.

No estamos señalando que la actora haya incurrido en incumplimientos laborales que puedan afectar a la calificación del despido sino que estamos valorando la existencia de datos objetivos puesto que así se han fijado en la relación fáctica, que justifican la decisión empresarial de poner fin al contrato.

Al haberlo entendido así la sentencia de instancia procede su confirmación sin que haya lugar a entrar a conocer sobre la corrección de indemnización y cálculo de la misma.

SEXTO.-Sin costas (artículo 235 LRJS).

Vistos los preceptos citados,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación 720/25, formalizado por D^a Clara contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2.025, dictada por el Juzgado de lo Social número 43 de los de Madrid, en sus autos número 546/24, seguidos a instancia de D^a Clara contra LDEEL PROLL SL con intervención del MINISTERIO FISCAL, en materia de DESPIDO y confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

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

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



Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número **2826000000 072025** que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

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

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número **2826000000072025**.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

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

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