



Roj: **STSJ AS 406/2024 - ECLI:ES:TSJAS:2024:406**

Id Cendoj: **33044340012024100253**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2024**

Nº de Recurso: **63/2024**

Nº de Resolución: **273/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00273/2024

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

Correo electrónico:

NIG: 33037 44 4 2023 0000138

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000063 /2024

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000136 /2023

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña ALIMENTOS EL ARCO S.A.

ABOGADO/A: BELÉN FRAGA FERNÁNDEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, Vicenta , FONDO DE GARANTIA SALARIAL

ABOGADO/A: , IGNACIO IZQUIERDO VAZQUEZ , LETRADO DE FOGASA

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

Sentencia nº 273/24

En OVIEDO, a veinte de febrero de dos mil veinticuatro.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ y D. JOSE LUIS NIÑO ROMERO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,



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 SUPPLICACION 63/2024, formalizado por la LETRADA DOÑA BELEN FRAGA FERNÁNDEZ, en nombre y representación de ALIMENTOS EL ARCO S.A. contra la sentencia número 258/2023 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL Nº 1 de MIERES en el procedimiento DESPIDO CON VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES y CANTIDAD 136/2023, seguido a instancia de Vicenta frente a la empresa recurrente, en el que fueron parte el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra. D^a MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Vicenta presentó demanda contra ALIMENTOS EL ARCO S.A., FONDO DE GARANTIA SALARIAL MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 258 /2023, de fecha veinticinco de octubre de dos mil veintitrés

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"1º.- La actora, Vicenta y la demandada, ALIMENTOS EL ARCO SA, concertaron el 14 de noviembre de 2019 contrato temporal, eventual por circunstancias de la producción. En la cláusula segunda se expresa que la jornada es a tiempo completo de 40 horas semanales, de lunes a sábado.

Prorrogado el contrato, el 15 de abril de 2020 la empresa comunica que la jornada de la actora pasará a ser de 40 horas semanales a partir de 4 de mayo de 2020, del modo que consta al folio 93 de autos.

El 13 de noviembre de 2020 las partes convierten en contrato de trabajo indefinido aquel temporal.

Ejecutaba la actora en virtud de los referidos contratos indistintamente tareas de auxilio de dependiente, junto con la de reponedora.

Prestaba la actora sus servicios tres días a la semana en Pola de Lena y tres días a la semana en el Economato de Morcín.

2º.- Causó baja de IT por enfermedad común el 3 de febrero de 2022. Se expide alta el 24 de noviembre, incorporándose el 25 al trabajo. Se le destina desde entonces a centros de trabajo sitios en Barredos, Fondón, Mieres, Carbayín, Moreda o Turón. Abonó la empresa en concepto de kilometraje la cantidad de 53,58 € en el mes de noviembre y de 191,14 € en el mes de diciembre.

Siendo costumbre en la empresa que los trabajadores no tomen vacación en diciembre por el volumen de trabajo derivado de la campaña navideña, la empresa decide que la trabajadora las disfrute durante todo el mes de enero de 2023, lo que fue acatado por ésta.

3º.- El 24 de enero de 2023 recibe la actora llamada telefónica citándola para que concurra a las dependencias de la empresa al día siguiente.

El 25 de enero la empresa le entrega carta de despido disciplinario del siguiente tenor:

"Mediante la presente ponemos en su conocimiento que la Dirección de esta Empresa ha tomado la decisión de despedirle con efectos inmediatos del día de hoy, 25 de enero de 2023.

El motivo que justifica su despido es la disminución de su rendimiento habitual de trabajo, de modo que hemos podido apreciar que en los últimos tiempos es considerablemente inferior a la actividad que venía realizando con anterioridad, con la consiguiente repercusión en el servicio.

Es por ello que, entendemos, no ha cumplido Usted con las tareas y funciones que le han sido encomendadas con el rendimiento exigible a una persona de su categoría profesional y experiencia, lo que es constitutivo de una falta laboral muy grave, merecedora, a tenor de lo establecido en el artículo 54.2 e) del Estatuto de los Trabajadores (disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado) del despido que se le comunica mediante la presente.



Le informamos que queda a su disposición la liquidación de haberes que le corresponde, pidiéndole, asimismo, se sirva firmar la presente en concepto de acuse de recibo e informándole que damos traslado de la misma a la representación legal de los trabajadores".

4º.- La empresa abonó la liquidación a la actora el 23 de febrero de 2023 en cuantía de 1.352,85 €, correspondiendo 904,31 € a salario y prorrata de pagas extras del mes de enero de 2023 y 448,54 € a 12 días de vacación.

5º.- Percibía la actora un salario diario de 40,30 €, con inclusión de todos los conceptos.

6º.- No ostenta ni ha ostentado cargo sindical o representativo alguno de los trabajadores

7º.- Presentó papeleta de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 7 de febrero de 2023, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el siguiente día 16 de febrero de 2023, con el resultado de sin avenencia; tuvo entrada escrito de demanda en este Juzgado el 17 de febrero de 2023."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Que estimando en parte la demanda deducida por Vicenta contra ALIMENTOS EL ARCO SA, FOGASA Y MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro la NULIDAD del despido de que ha sido objeto la actora, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y, consiguientemente, a la inmediata readmisión de aquélla en el puesto de trabajo que venía desempeñando, así como al abono de los salarios dejados de percibir por la misma; condenándola igualmente a que abone a la demandante en concepto de indemnización la cantidad de 7.501 €; y desestimando la acción de cantidad acumulada, debo declarar y declaro no haber lugar a ella, absolviendo a la demandada de tal pedimento."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por ALIMENTOS EL ARCO S.A. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 12 de enero de 2024.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 8 de febrero de 2024 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La accionante formuló demanda frente a Alimentos el Arco SL mercantil para la que prestaba servicios desde el 14 de noviembre de 2019 como dependienta/reponedora, para impugnar la decisión disciplinaria adoptada por la empresa con efectos del 25 de enero de 2023. Pedía la declaración de despido nulo con las consecuencias inherentes, más una indemnización de 3.000 € por daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales, al haberse adoptado la decisión extintiva como represalia a su reclamación de horas extraordinarias o por su situación de baja médica. Subsidiariamente solicitaba la improcedencia, y acumulaba al despido una acción de reclamación de cantidad de 1986,66 € por diferencias salariales.

Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Social de Oviedo donde el 25 de agosto de 2023 se dictó sentencia estimatoria que declaró el despido nulo y condenó a la empresa a responder de las consecuencias derivadas, así como a abonar a la trabajadora 7.501 € de indemnización por daños morales derivados de la vulneración, absolviéndola de la reclamación de cantidad acumulada.

Disconforme con ese pronunciamiento se alza en suplicación la empleadora mediante recurso articulado por su representación letrada con motivos amparados en el art. 193 b) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para pedir se revoque la sentencia y se declare la improcedencia del despido con todas las consecuencias legales, dejando sin efecto la condena de indemnización por daño moral.

El recurso se impugna por la representación letrada de la trabajadora y por el Ministerio Fiscal, que defienden el acierto de lo resuelto en la instancia y piden su confirmación.

SEGUNDO: Por el cauce procesal habilitado en el apartado b) del precepto procesal antedicho, la mercantil propone una doble modificación del relato fáctico de la sentencia.

Con apoyo en los contratos de trabajo de la actora que constan incorporados como documentos 3 y 6 de su ramo de prueba (folios 91 a 95 de los autos), interesa completar el hecho probado primero con un nuevo párrafo del siguiente tenor:



"...Consta incorporada como cláusula adicional primera de los contratos de trabajo de la actora la obligación de prestar servicios a requerimiento de la empresa en cualesquiera de los centros de trabajo que la empresa tenga actualmente o en el futuro en la zona de POLA de LENA, como parte integrante y consustancial del contrato. "

La siguiente petición se orienta a incorporar un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal

"3º.- Existen multitud de trabajadores en la empresa que han estado incursos en situaciones de IT, incluso reiteradas, y que continúan prestando servicios en la empresa".

Sustenta el cambio en el documento 4 de su ramo de prueba, (folios 36 a 74 del procedimiento) IDCs de trabajadores en los que se puede ver los numerosos y diversos periodos de IT que han atravesado, y que no obstante, continúan prestando servicios en la empresa, lo que tiene relevancia a efectos DE hacer decaer cualquier sospecha discriminatoria en la actitud de la empresa respecto a las situaciones de IT.

Conviene recordar en este punto la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación y el papel soberano del juzgador de instancia en la valoración de la prueba que se somete a su consideración (arts. 97.2 LRJS, 326 y 348 LEC) por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica , que determina que el éxito del motivo destinado al cambio de las premisas fácticas está condicionado a la presencia de varios requisitos, señalados reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina de los tribunales de suplicación, interpretando los arts. 193 b) y 196.2 y 3 LRJS o sus antecedentes normativos. Entre ellos, que el cambio se funde en documentos o pruebas periciales de decisivo valor probatorio, no desautorizados por otros medios de igual eficacia, y que de forma directa, diáfana e indudable pongan de manifiesto un desacierto judicial trascendente para variar el signo del pronunciamiento.

A la vista de esas pautas, no es posible acoger el nuevo ordinal que se propone para completar el relato con apoyo en documentos (IDCS folios 36 a 74 de los autos) carentes de las exigentes condiciones de aptitud imprescindibles para demostrar, sin conjeturas o argumentaciones añadidas, un error judicial trascendente que justifique la revocación del fallo.

No encuentra la Sala, sin embargo, obstáculo alguno para completar el hecho probado primero con un último párrafo que incorpore la cláusula adicional primera y su contenido, pues los datos que se expresan resultan de manera fehaciente de los contratos que la parte invoca, radicando la conveniencia de su incorporación al relato judicial en que, con independencia de la valoración jurídica que nos merezcan, hacen referencia a hechos directamente vinculados con la impugnación jurídica que se formula, y además permiten a las partes acreditar la eventual contradicción en caso de formalizarse recurso de casación unificadora y disponer en dicha fase procesal de los elementos fácticos precisos para basar en dicho trámite los pertinentes motivos de censura jurídica (SSTS 19/01/98, RJ 997; 8/10/01, RJ 1423).

TERCERO: Ya en sede de censura jurídica, el siguiente motivo de recurso amparado en el artículo 193 b) LRJS, discrepa de la aplicación del derecho realizada en la sentencia, alegando infracción e incorrecta aplicación de los siguientes preceptos: 96, 122 y 108 LRJS en relación con los artículos 55.5 y 17 del Estatuto de los Trabajadores , 14 y 43 CE y 26, 27 y 30 de la Ley 15/2022 de 12 de julio, en relación con la carga de la prueba en supuestos de vulneración de derechos fundamentales y en concreto , respecto a la necesidad de aportar indicios necesarios y suficientes para invertir la carga de la prueba a fin de poder apreciar una presunta discriminación por razón de enfermedad en el marco de un despido disciplinario.

Aduce en esencia quien recurre, que no concurren indicios suficientes de discriminación que permitan invertir la carga de la prueba ni anudar el despido (acaecido en fecha 25 de enero de 2023) con la situación de IT en la que la trabajadora estuvo inmersa hasta el 24 de noviembre de 2022, ni tan siquiera anudar la propia "orden" o destino a determinadas tiendas diferentes tras la reincorporación al trabajo a su previa situación de IT, toda vez que dicha orden o cambio de destino lejos de ser una novedad, como se sostiene en la sentencia, es habitual y consustancial a la propia prestación de servicios de la trabajadora, como demuestra la cláusula adicional primera de los contratos de trabajo que recogen la obligación de prestar servicios a requerimiento de la empresa en cualesquiera de los centros de trabajo que la empresa tenga actualmente o en el futuro en la zona de Pola de Lena, entre los que se encuentra tanto la tienda de Mieres, como la de Turón, y la de Moreda (y todas las que se ubican en la zona del Caudal).

Añade, por otra parte, que la actora causó baja por IT el 3 de febrero de 2022 cuando llevaba más de 2 años prestando servicios sin incidencia , no consta ni se alega ningún periodo anterior, ni que tuviera ninguna enfermedad o condición de salud que pudiera entenderse como "causa real" del despido comunicado por la empresa. Multitud de trabajadores de la empresa han estado incursos en situaciones de IT, incluso reiteradas, y continúan prestando servicios, como se acreditado con los IDCs obrantes en su ramo de prueba (documento nº 4, folios 36 a 74 de los autos). Todas estas circunstancias, lejos de constituir un panorama indiciario de



discriminación, impiden siquiera sospechar de la actuación de la empresa y concluir que un despido llevado a cabo el 25 enero de 2023, esté vinculado a una situación de IT finalizada el 24 de noviembre del año anterior.

El art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, califica de nulo el despido que tenga por móvil algunas 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.

La Ley 15/2022, invocada en el recurso añade a las causas tradicionales de discriminación incluidas en el art. 14 CE la enfermedad o condición de salud. En concreto, aparecen expresamente censuradas en su art. 2.1 las actuaciones de cualquier índole que se fundamentan en criterios tales como la orientación o identidad sexual, "la expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica", a lo que se une la tradicional cláusula abierta de cierre relativa a "cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Supone un cambio radical respecto de la situación precedente (SSTJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas-asunto C-13/05, 11 de abril de 2013, HK Danmark, -asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, y 1 de diciembre de 2016, Daoudi - asunto C-395/15), pues convierte la enfermedad en causa autónoma de discriminación, sin necesidad de su vinculación con la discapacidad. Se trata de una ampliación de la tutela antidiscriminatoria cuya principal consecuencia es la nulidad de los tratos desfavorables fundados en dicha circunstancia (arts. 26 Ley 15/2022 y 17.1 ET), lo cual sería extrapolable a los supuestos de despido (arts. 53.4 y 55.5 ET y 108.2 y 122.2.a LRJS).

Ahora bien, ni antes ni después de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, una situación de incapacidad temporal del trabajador puede conllevar sin más y de forma automática, que la misma sea acreedora de la declaración de nulidad, ya que ni siquiera el poder ser considerada ahora como causa de discriminación -por causa de la enfermedad a que dicha situación forzosamente obedece- es suficiente si no aparece como la causa del despido, pues solo el que obedezca a ella como móvil puede merecer dicha calificación.

No nos encontramos ante un supuesto de nulidad objetiva del despido, pues de haberlo querido así el legislador, tendría que haber modificado los arts. 53.4 y 55.5 ET y 108.2 y 122.2 LRJS.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 30 de la Ley 15/22 y en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS entra en juego la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba en los casos de vulneración de derechos fundamentales. Esto es, no basta introducir meras sospechas en el actuar empresarial, sino que corresponde al trabajador "acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a través del alegato" (STC 293/93, 136/96), de que el despido se fundamenta esencialmente en su enfermedad, y acreditado esto, la empresa debe probar que la verdadera causa de la decisión extintiva es ajena a dicha circunstancia o situación.

En casos de enfermedad para determinar si el despido ha tenido como móvil la misma, se exige:

- a) Comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido.
- b) Determinar si existe un panorama indiciario de que el móvil del despido ha sido la enfermedad.
- c) En caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria.

En relación con este último punto y siguiendo el texto de las leyes aplicables, las justificaciones objetivas y razonables, que deben respetar el principio de proporcionalidad, puede ser que quede acreditado que el móvil de la causa del despido es ajeno a la enfermedad o condición de salud del trabajador, pero también, aunque el móvil sea la enfermedad o condición de salud, queda excluida la antijuridicidad si:

A) La diferencia de trato deriva 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 (artículo 4.2 de la Ley 15/2022);

B) O que la extinción del contrato viene exigida por el proceso de tratamiento de la enfermedad, o por las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades o por limitaciones exigidas por razones de salud pública (artículo 2.3 de la Ley 15/2022).

CUARTO: En el concreto supuesto que nos ocupa, resultan relevantes los siguientes datos:

1).- La actora, domiciliada en Pola de Lena, comenzó a prestar servicios para la empresa Alimentos el Arco SA el 14 de noviembre de 2019 con la categoría profesional de auxiliar de dependiente, en virtud de contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, que el 13 de noviembre de 2020 se convirtió en indefinido.



Ambos contratos incluían una cláusula adicional primera que recogía su obligación de prestar sus servicios en cualquiera de los centros de trabajo que la empresa tenga actualmente o en el futuro en esta zona de Pola de Lena.

2).- En virtud de los referidos contratos, la trabajadora prestaba servicios tres días a la semana en Pola de Lena y tres días a la semana en el Economato de Morcín, realizando indistintamente tareas de auxilio de dependiente y de reponedora.

3).- Causó baja de IT por enfermedad común el 3 de febrero de 2022, y fue dada de alta el 24 de noviembre incorporándose el 25 al trabajo. A partir de entonces fue destinada a centros de trabajo sitios en Barredos, Fondón, Mieres, Carbayín, Moreda o Turón.

4).- Siendo costumbre en la empresa que los trabajadores no tomen vacación en diciembre por el volumen de trabajo derivado de la campaña navideña, la trabajadora acató la decisión empresarial de que las disfrutara en enero de 2023.

5).- El 25 de ese mes, atendiendo a la llamada telefónica recibida el día anterior, acudió a las dependencias de la empresa donde se le entregó carta de despido disciplinario con esa misma fecha de efectos, "motivado por la disminución de su rendimiento habitual de trabajo, de modo que hemos podido apreciar que en los últimos tiempos es considerablemente inferior a la actividad que venía realizando con anterioridad, con la consiguiente repercusión en el servicio", constitutivo de falta laboral muy grave merecedora del despido.

A partir de tales premisas fácticas obtenidas de la testifical y documental aportada, aprecia el juzgador "a quo" que existen indicios razonables de que el despido pudiera responder a la previa situación de incapacidad temporal de la trabajadora. Y razona exhaustivamente su convicción subrayando en la fundamentación jurídica los siguientes aspectos nada desdeñables, de los que no podemos prescindir: *"A la trabajadora, que establemente estaba destinada a dos centros de trabajo tres días a la semana en cada uno de ellos (uno coincidente con su domicilio en Pola de Lena), se le ordena tras el alta médica prestar servicios en la pluralidad de lugares que se reflejan en el hecho probado segundo. Como explicación para esta novedad - nadie ha apuntado supuesto de antecedente similar desde el año de inicio de la relación laboral en 2019 - se aduce por la empresa "ajustes organizativos" desde finales de 2022 que afectan también a los centros de trabajo en que prestaba servicios la actora, Pola de Lena y Morcín; pero nada se ha querido decir respecto a en qué han consistido dichos ajustes, por qué han venido motivados, a qué centros ha abarcado - además de los de la actora-, qué vigencia han tenido, a cuántos trabajadores ha afectado el mismo, etc. En una Litis en que se postula la nulidad de un despido en el que sirve de vínculo temporal de enlace entre el mismo y la previa situación de IT una orden de trabajo que es nueva para la actora, se hacía inexcusable traspasar aquella vaguedad descendiendo en algún grado a detalle capaz de romper la continuidad de motivación que hace descansar la demanda en el intervalo trabajado. Por demás la testigo examinada que trabaja en Pola de Lena negó abiertamente la existencia de cualquier cambio a finales de 2022 en la organización del trabajo en ese centro.*

Sin esperar a que se consumara el disfrute de vacación, previa cita a las oficinas de la empresa, ésta notifica a la trabajadora "con efectos inmediatos al día de hoy" su despido disciplinario. Alega para ello pura y simplemente "disminución de su rendimiento habitual" "en los últimos tiempos". Por segunda vez la empresa rehúsa a dar alguna concreta explicación de la motivación de una decisión afectante a la actora, en este caso ya extintiva, no solo al escribir la determinación disciplinaria adoptada durante la vacación, sino lo que es más relevante en todo el desarrollo del juicio. Al contestar se limita decir que "simplemente no se está satisfecho con el desempeño de la trabajadora"(f.21), y la testigo examinada a su instancia se valió igualmente de fórmula vacua de descontento, sin más; lo que se supone hubo de nacer durante el corto período de prestación de servicios de poco más de un mes al fin del año 2022, pues nadie apunta a desempeño inadecuado previo a la incapacidad temporal de una trabajadora respecto la que ni consta ni si dice hubiera tenido algún antecedente desfavorable en la ejecución de su prestación; ceñido acotamiento temporal el descrito que hubiera facilitado a la empresa al menos el intento de una mínimamente aceptable descripción de la conducta generadora del descontento empresarial llevada a cabo en período tan identificable. El sostenido rechazo empresarial a ofrecer explicación con algún grado de concreción de las decisiones adoptadas respecto a trabajadora que cursó situación de IT durante nueve meses, primero alterando tras su incorporación y sin precedente respecto de ella su lugar de trabajo que pasa a ser múltiple, y a continuación, tras corto período de prestación de servicios, respecto de una decisión disciplinaria que, con efecto inmediato en período de vacación que se interrumpe en su disfrute, se retiene inaccesible a la posibilidad de poder captar alternativa motivación a la que le reprocha la demanda, son todas circunstancias que al tiempo que consolidan realidad indiciaria de lesión de la prohibición de discriminación por enfermedad que la IT pone de manifiesto, denotan evidentemente la inexistencia, pues no se ha intentado, del logro probatorio que la carga procesal de obtenerlo ponía del lado de la interpelada, según los preceptos y doctrina de los que se ha hecho mérito".



Para desacreditar la respuesta judicial alega la recurrente, en primer lugar, que la "orden" o destino de la trabajadora a tiendas diferentes tras su reincorporación de la incapacidad temporal, lejos de ser una novedad como sostiene la sentencia, es consustancial a su contrato y viene recogida en la cláusula adicional primera de los suscritos.

Su argumentación es sesgada, e insuficiente.

La cláusula adicional invocada por la empresa viene recogida en el contrato temporal y en el posterior indefinido, pero este último fija el centro de trabajo en Vicente Regueral 28 Pola de Lena (Cláusula Primera), y además, durante los dos años largos transcurridos entre el inicio de la relación laboral y la incapacidad temporal, la trabajadora siempre prestó servicios en Morcín y Pola de Lena, y no fue hasta su reincorporación, una vez dada de alta médica, cuando la empresa empezó a destinarla a otros centros de trabajo de distintas localidades, sin justificación objetiva, y algunas (Barredos, Fondón, Carbayín) fuera de la zona de Pola de Lena.

Igualmente ineficaz resulta el intento de desvincular la decisión disciplinaria de la enfermedad alegando, que la actora en ese momento ya estaba reincorporada de la baja, que llevaba dos meses prestando servicios, y que no consta enfermedad o condición de salud que pudiera entenderse como causa "real" del mismo.

De antemano, como bien razona el juzgador: *"Naturalmente que la construcción de la apariencia lesiva de la prohibición de discriminación con invocación de una incapacidad temporal cualquiera puede quedar facilitada por el elemento temporal en aquellos supuestos en que el despido se produce durante la suspensión del contrato o inmediatamente a alzarse la misma. Pero no necesariamente lo exige, como es claro. Como en cualquier otro supuesto habrá que ponderar sopesadamente a los efectos de establecer conexión indiciaria entre la "condición de salud" que significa toda IT y el despido, la constelación de circunstancias del caso, y no sólo aquel alojamiento temporal de la decisión extintiva en la IT."*

Y en el concreto caso que nos ocupa, ha quedado cumplidamente razonado que existe una evidente conexión temporal entre el despido decidido en enero de 2023, y la previa situación de IT de larga duración tras cuyo alta, la trabajadora únicamente prestó servicios 5 días en noviembre y el mes de diciembre.

Pues bien, con tales datos, coincidimos con el Juzgador de instancia en que hay indicios de que el despido actuado por la empresa pudiera responder a la previa situación de incapacidad temporal de la trabajadora, provocando el natural efecto de la inversión probatoria (art. 30 Ley 15/22), con lo que, no ofreciendo la empresa como le correspondía "ex" arts. 96 y 181.2 LRJS, una justificación objetiva y razonable de la medida adoptada no cabe calificarla sino como despido nulo, a tenor del art. 55.5 del estatuto laboral, lo que nos lleva a rechazar el recurso y confirmar el fallo impugnado.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por ALIMENTOS EL ARCO, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres dictada en los autos de despido seguidos a instancia de Vicenta frente a la empresa recurrente con la intervención de FONDO DE GARANTIA SALARIAL y de MINISTERIO FISCAL, y en consecuencia, confirmamos la resolución impugnada.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal, y con imposición a la recurrente de las costas del presente recurso, entre las que se incluyen los honorarios del letrado de la parte recurrida e impugnante en la cuantía de 600 euros más IVA.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que:** fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.



Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguidos de otros 6: los cuatro primeros conforman el nº de rollo -empezando por ceros si es preciso-, y después otros 2, que corresponden a las dos últimas cifras del año del rollo. Es obligado indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho, y rellenar al campo concepto aludido.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, cuando obedezcan a otros recursos de la misma o distinta clase, debe contar -en el campo de observaciones- la fecha de la resolución recurrida el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS