



Roj: **STSJ M 3697/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:3697**

Id Cendoj: **28079340052017100224**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **31/03/2017**

Nº de Recurso: **143/2017**

Nº de Resolución: **211/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 143/17-LO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0006290

Procedimiento Recurso de Suplicación 143/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid Despidos / Ceses en general 159/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 211

Ilmos. Sres

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 143/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. CESAR MARTINEZ PONTEJO en nombre y representación de D./Dña. Antonia , contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid en sus autos número 159/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Antonia frente a SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS S.L. y la AGENCIA ESTATAL CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS, habiendo sido citado el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por Despido,



siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. ALICIA CATALA PELLON, 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 en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- D^a Antonia , ha venido prestando servicios para la Agencia Estatal Consejo superior de Investigaciones científicas, en virtud de los contratos relacionados en el hecho segundo de la demanda, que se da íntegramente por reproducido, percibiendo un salario mensual de 2482,79 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras y ostentando la categoría profesional de Titulado Superior de Actividades Técnicas y Profesionales (hechos conformes).

SEGUNDO.- El día 10 de diciembre de 2015, la empresa entregó a la trabajadora dos documentos en los que se ponía fin al contrato formalizado el día 17 de febrero de 2014 con efectos de 31 de diciembre, y se realizaba una propuesta de indemnización de 1545,15 Euros. Estos documentos fueron firmados por la trabajadora.

TERCERO.- La actora desde su entrada en el CSIC, ha estado destinada en el mismo departamento, y con realización de las mismas funciones (declaración testifical practicada a instancias de la parte actora en el plenario).

CUARTO.- La parte actora presentó reclamación previa a la vía judicial, en fecha 14 de diciembre de 2015, solicitando que se le declare personal laboral indefinido de la entidad demandada CSIC (documento nº 8 de los aportados por CSIC).

QUINTO.- La parte actora, ha permanecido en situación de IT, en los periodos designados en el hecho 11 de la demanda, que se dan aquí por reproducidos (documento nº 20 de los aportados por la parte demandante).

SEXTO.- La actora firmó un contrato con la entidad Servicios Profesionales y Proyectos, S.L., en fecha 1 de enero de 2014, para prestar servicios como técnico superior de actividades técnicas, en el centro de trabajo situado en la Calle ramiro de Maeztu nº 9 de Madrid, contrato rescindido en fecha 15 de febrero de 2014 con liquidación y finiquito de 1128,25 euros (documento 1, 4 y 5 de los aportados por la entidad SEPROSER al acto de la vista). La actora realizó curso de prevención de riesgos laborales y fue sometida a reconocimiento médico por la entidad SEPROSER (documento nº 6 y 7 de los aportados por la parte demandada al plenario). Obra en autos como documento nº 7 de los aportados por CSIC a la causa, factura 0118/14 emitida por SEPROSER para el cliente CSIC, que se da por reproducida.

SEPTIMO.- La actora no tiene la condición de representante de los trabajadores.

OCTAVO.- Consta agotada la vía previa administrativa. Presentada papeleta de conciliación el 28 de enero de 2016, respecto servicios Profesionales y Proyectos, S.L., el acto tuvo lugar el día 15 de Febrero de 2016, sin efecto, constando la empresa citada".

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

"Desestimo la demanda interpuesta por D^a Antonia contra Servicios Profesionales y Proyectos, S.L. Estimo la demanda interpuesta por D^a Antonia contra Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y, en consecuencia declaro la improcedencia del despido efectuado por la empresa, condenando a ésta a que readmita a la trabajadora en las mismas condiciones anteriores al despido o a que, si así lo manifiesta éste por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, le indemnice con la cantidad de 18815,72 euros; así como, en el caso de proceder a la readmisión, a abonar los salarios devengados desde el despido hasta la efectiva readmisión, por importe diario de 81,63 euros".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Antonia , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.



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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 24/02/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 29/3/2017 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 situación fáctica a la que, en síntesis, se ciñe el examen del recurso, es la que pasamos a exponer:

a) La demandante, ha venido prestando servicios para la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, siempre destinada en el mismo departamento y con realización de las mismas funciones en virtud de los contratos que relaciona en el hecho segundo de la demanda, que la Magistrada da íntegramente por reproducidos, con la categoría profesional de Titulado Superior de Actividades Técnicas y Profesionales.

b) El día 10 de diciembre de 2015, la empresa entregó a la trabajadora dos documentos en los que se ponía fin al contrato formalizado el día 17 de febrero de 2014, con efectos de 31 de diciembre y se realizaba una propuesta de indemnización de 1.545,15 euros. Estos documentos fueron firmados por la trabajadora, la cual presentó reclamación previa a la vía judicial, en fecha 14 de diciembre de 2015, solicitando que se le declarara personal laboral indefinido de la entidad demandada CSIC.

c) La parte actora, ha permanecido en situación incapacidad temporal, en los períodos designados en el ordinal undécimo de la demanda, que también se dan en la sentencia por reproducidos.

d) El 1 de enero de 2014, la actora firmó un contrato con la entidad Servicios Profesionales y Proyectos, S.L., para prestar servicios como Técnico Superior de Actividades Técnicas, en el centro de trabajo situado en la c/ Ramiro de Maeztu nº 9 de Madrid. Dicho contrato fue rescindido en fecha 15 de febrero de 2014, con liquidación y finiquito de 1.128,25 euros.

La sentencia de instancia ha estimado parcialmente la demanda, descartando que el despido sea nulo, así como la indemnización adicional, que, por vulneración de derechos fundamentales, se reclamaba en la cuantía de 25.000 euros, pero acogiendo la pretensión subsidiaria formulada y reconociendo a la actora una relación laboral indefinida con una antigüedad de 16 de noviembre de 2009 y la improcedencia del despido con todas las consecuencias legales, razonando, en esencia, lo siguiente:

En primer lugar, que contra la empresa Seproser, no cabe acción para que se declare la existencia de una cesión ilegal (porque ésta exige que la relación laboral se encuentre viva al tiempo de ejercitarse (como dice la sentencia de esta Sala de 17 de mayo de 2010, RS nº 774/2010) y tampoco tiene acción contra la citada entidad a la que debe absolverse por falta de acreditación de la naturaleza de la relación contractual que pudiera haber sostenido con la Administración.

En segundo lugar, que el despido no puede calificarse como nulo por vulneración de la garantía de la indemnidad, pues el mero hecho de haber formulado una reclamación previa para el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral, no es indicio suficiente, puesto que la reclamación se produjo el día 14 de diciembre y la comunicación del fin de la relación laboral tuvo lugar el día 10 del mismo mes.

En tercer lugar, que el despido tampoco puede calificarse como nulo por haberse producido a consecuencia de los continuos períodos de incapacidad temporal atravesados por la trabajadora, dado que «...no cabe la equiparación de la enfermedad a la discapacidad...», citando la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007 y la medida en la que ésta recuerda que las diferencias entre la enfermedad y la discapacidad, han sido apreciadas por la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), «... correspondiendo la discapacidad a supuestos en que "la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período", por lo que "una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78". A ello se añade que "ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad" y que "no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva " (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual)...».



Y finalmente y aplicando la doctrina contenida en nuestra sentencia de 20 de abril de 2015, RS nº 984/2014 que, como la demandada *«no acredita que las funciones de la actora no sean las que pretende en su demanda (...) (se) constata que el objeto de los contratos suscritos son de identidad sustancial a juicio de la Juzgadora que revelan que los contratos no se han ajustado a necesidades temporales, sino permanentes de la empresa, desarrollándose además, sin solución de continuidad y superando los límites temporales que exige la norma...»*, el despido solo puede calificarse como improcedente.

Frente a dicho pronunciamiento, se alza en suplicación la representación Letrada de la parte actora, formulando recurso, a través del cauce previsto en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que ha sido impugnado por la representación Letrada de la empresa y por la Abogacía del Estado, en representación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

SEGUNDO .- Con carácter previo, debemos pronunciarnos sobre la procedencia de admitir el documento que, de fecha posterior a la celebración de la vista, se expresa en el primer motivo de revisión fáctica y que consiste en la resolución de la Comunidad de Madrid por la que se reconoce a la demandante un grado total de discapacidad del 66%, en la Junta celebrada en fecha 8 de julio de 2016, a consecuencia de la solicitud efectuada por la demandante en el mes de enero de 2016 y como dice la Abogacía del Estado impugnante del recurso, con posterioridad al despido.

La regla general de la que parte el artículo 233 de la LRJS, es la de inadmitir la aportación de documentos nuevos, en consonancia con el principio de preclusión del proceso, limitando esa "novedosa incorporación documental", como la califica el ATS de 3 de mayo de 2016 (Rec. nº 3226/2015), a que el documento de que se trate, sea de importancia «decisiva» para el pleito.

Requisito que en el caso no concurre, porque al margen de que a la actora se le haya reconocido un porcentaje de discapacidad, lo que se planteó en la demanda es que el despido podía ser discriminatorio por ser consecuencia de los diversos períodos de incapacidad temporal durante los que la actora no asistió a su puesto de trabajo y es a esa cuestión, a la que se circunscribió el pronunciamiento del Juzgado y a la que también debe limitarse el que haga la Sala.

Por ello y aunque guarde relación con el objeto del procedimiento, entendemos que el documento de la Comunidad de Madrid cuya aportación, ahora se solicita, no es decisivo para resolver la calificación que del despido se pedía en la demanda, al deber centrarnos en lo que en su momento se alegó y en la prueba con la que se contaba para sostener esa denuncia y por ello, la petición se desestima.

TERCERO .- En sede de revisión fáctica, se articulan cuatro motivos.

1.- En el primero se pretende que al hecho probado quinto, que expresa que la actora, ha permanecido en situación de incapacidad temporal, en los períodos designados en el hecho 11º de la demanda, que se dan aquí por reproducidos (documento nº 20 de los aportados por la parte demandante), se adicione lo siguiente:

«Que la grave enfermedad crónica que padece llevó al Equipo de Valoración y Orientación nº 21, en función del reconocimiento realizado y documentación aportada en Junta celebrada el pasado día 8 de julio de 2016, a emitir el correspondiente Dictamen Técnico Facultativo resolviendo reconocer a Doña Antonia el grado total de discapacidad del 66%».

No se admite. No solo porque introduce valoraciones personales sobre el alcance de la enfermedad padecida por la demandante, sino porque se basa en un documento que nos hemos negado a admitir en esta fase, aun siendo de fecha posterior al juicio que tuvo lugar en fecha 28 de abril de 2016.

2.- En segundo lugar, en los motivos segundo y tercero y cuarto del recurso, se pretenden dos adiciones:

En primer lugar, la de un hecho numerado como noveno, del siguiente tenor:

«Con fecha 6 de abril de 2016, el Presidente del CSIC envió comunicado a los Directores con el fin de comunicarles una serie de medidas adoptadas en materia de personal laboral.

En el referido comunicado consta que "con el fin de completar una adecuada política de recursos humanos que intenta paliar el grave perjuicio que para los intereses del CSIC suponen las situaciones que dan lugar a sentencias judiciales en las que se declara la indefinición de trabajadores contratados con cargo a proyectos de investigación, convenios y contratos". Para ello se aprueba una nueva Resolución que viene a completar el marco fijado por las Resoluciones de Presidencia del CSIC de 14 de diciembre de 2009 y 16 de mayo de 2013. En el punto 2 de esta nueva resolución se prevé: "Modulación de los plazos de autorización de la contratación de personal a solicitud de los investigadores y grupos afectados por reclamaciones judiciales en tanto no recaiga sentencia, y de los criterios de distribución de la denominada productividad 18.2 respecto a esos investigadores y grupos"».

En segundo lugar, la de un hecho numerado como décimo, redactado como sigue:



«El 6 de abril de 2016 fue dictada resolución por la Presidencia de la Agencia Estatal CSIC, por la que se establecen las actuaciones a desarrollar al objeto de reducir los desequilibrios generados por el ingreso de personal indefinido en cumplimiento de sentencia en los Institutos, Centros y Unidades del CSIC.

En dicha resolución consta: "Las demandas presentadas contra el CSIC por trabajadores contratados con cargo a proyectos de investigación que dan lugar a sentencias judiciales contrarias a los intereses de esta Agencia suponen un grave perjuicio para el desarrollo de una adecuada política de recursos humanos. Lejos de lograr solventar esta problemática con los procedimientos de consolidación que se pusieron en marcha en el año 2011, a día de hoy sigue produciéndose un elevado número de reclamaciones previas que concluyen con resoluciones judiciales desfavorables para los intereses de esta Institución".

Consta que se adoptarán las siguientes medidas:

"Segundo.- Medidas a adoptar respecto a los investigadores y grupos.

a) Aplazar cualquier nueva autorización de contratación de personal a solicitud de los investigadores y grupos en cuyo ámbito haya demandas pendientes, hasta la resolución de la demanda.

b) Modular la autorización de contratación de personal a solicitud de los investigadores y grupos afectados por resoluciones judiciales contrarias al CSIC.

c) Establecer mecanismos en la distribución de la denominada productividad 18.2 orientados a limitar la percepción y distribución de estos ingresos a aquellos investigadores principales directamente afectados por el ingreso de personas por vía judicial en el CSIC".

En tercer lugar, la de un hecho numerado como undécimo, del siguiente tenor:

«En la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Presidencia del CISC, se recoge como conclusión CUARTA, la siguiente:

Estas prácticas, que han beneficiado a algunos institutos, Centros y Unidades (ICU), dado que se han nutrido de personal, han sido enormemente perjudiciales para la organización, tanto para las respectivas relaciones de puestos de trabajo como para el personal que ha accedido por métodos abiertamente competitivos a su puesto de trabajo.

Cuando una persona ingresa por vía judicial y posteriormente participa en un proceso selectivo, ocupa un puesto de la relación de puestos de trabajo del CSIC. Por lo tanto, el CSIC en su conjunto pierde "capacidad de maniobra" respecto de un buen número de puestos».

Ninguna de ellas puede admitirse, porque aunque los tres redactados que se proponen constan en la documental que se cita en el recurso, el ordinal cuarto del relato fáctico, indica que la reclamación previa a la vía judicial solicitando que se le declare personal laboral indefinido de la entidad demandada Consejo Superior de Investigaciones Científicas, fue presentada por la actora en fecha 14 de diciembre de 2015, esto es, en fecha anterior a la eventual adopción de las medidas a las que se hace referencia y que se reflejan en la Resolución de 6 de abril de 2016.

CUARTO .- En el motivo quinto del recurso, se denuncia, de conformidad con la letra c) del artículo 193 de la LRJS, la infracción de los artículos 108 de dicha Ley, 55.5 y 6, 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Constitución Española, argumentando que si la trabajadora es indefinida, pues así se ha declarado en la sentencia en un pronunciamiento firme, el despido debe calificarse como nulo, si padeciendo una enfermedad grave y de difícil diagnóstico, la demandada no ha ofrecido una explicación lógica y cabal para justificar su cese.

Aduce que la enfermedad sí puede ser considerada como un factor de discriminación si llega a constituir una discapacidad, como aquí ocurre, cuando limita a la persona para participar de manera plena en la vida profesional, de conformidad con la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014 y siendo así y directa la aplicación de la normativa europea, debe entenderse que, en este caso, el factor enfermedad, ha sido determinante.

En el motivo sexto del recurso, se denuncia la infracción de los mismos preceptos, pero relacionándolos con el artículo 24 de la Constitución Española, al considerar que el despido también debe ser calificado como nulo porque lo que califica como "abrupta terminación" de la relación laboral se produjo, con quiebra de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debiendo partirse de un hecho cierto y no controvertido como lo es que la actora es personal laboral por tiempo indefinido desde el año 2009 y que además de realizar tareas normales, trabajó en más proyectos y realizó más tareas que las consignadas en su contrato, considerando que la Administración le ha represaliado cuando no volvió a contratarle, en cumplimiento de una serie de medidas



contenidas en la Resolución de 6 de abril de 2016, en la que se decidió aplazar cualquier nueva contratación en el caso de que se constatará la existencia de demandas pendientes y hasta la resolución de las mismas.

Finalmente, en el motivo séptimo se citan como infringidos los artículos 1101 del Código Civil y 40 de la LISOS, así como la jurisprudencia que relaciona, por entender que procede, en todo caso, la condena del CSIC al abono de una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, dado que su actuación le ha provocado un daño moral evidente.

QUINTO .- Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de septiembre de 2015, Recurso nº 155/2013 «... Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero)- o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril)- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2 ; 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3 , o 6/2011, de 14 de febrero , FJ 2).

Por consiguiente, en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (por ejemplo, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2 , y 3/2006, de 16 de enero , FJ 2), de suerte que una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido (en el sentido amplio anteriormente indicado) debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) de la Ley del estatuto de los Trabajadores].

... En las concreciones de lesión descritas no siempre puede apreciarse abiertamente la vinculación entre la medida empresarial cuestionada y la garantía de indemnidad que integra el art. 24.1 CE , articulándose comúnmente la dinámica procesal con base en el esquema de la prueba indiciaria. Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre , hemos ido perfilando el marco de efectividad de la tutela constitucional, los márgenes y límites de nuestra función jurisdiccional y los criterios aplicables en el control que realizamos de las vulneraciones alegadas.

Así, en lo primero, cabe destacar que la distribución de cargas probatorias propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental; también por tanto la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE (entre otras, STC 125/2008, de 20 de octubre). En lo segundo, de su lado, este Tribunal Constitucional no realiza un examen de los actos empresariales eventualmente lesivos desde una perspectiva de legalidad que no le es propia, sino en atención a la cobertura que los derechos fundamentales invocados ofrecen. Y lo hace, por lo demás, sin alterar los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC , lo que no impide, según establecimos, entre otras, en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre ; 136/2001, de 18 de junio , o 17/2003, de 30 de enero , alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia.

En cuanto al canon de control constitucional que corresponde, tenemos dicho que la prueba indiciaria se articula en un doble plano. El primero consiste en el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, incumbe al trabajador denunciante. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido (por todas, STC 104/2014, de 23 de junio , FJ 7).

...En lo que atañe a la carga probatoria del empresario, una vez aportado por el trabajador demandante un panorama indiciario, este Tribunal ha sentado una serie de criterios coincidentes en casos de muy diversa naturaleza, disciplinaria o de otro carácter (por todas, SSTC 140/2014, de 11 de septiembre ; 30/2002, de 11



de febrero , o 98/2003, de 2 de junio). Es menester sintetizarlos en los siguientes términos: i) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; ii) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar ad casum que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; iii) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; iv) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria.

... ante un indicio de lesión, la carga de la prueba del empresario debe estar dirigida a demostrar que su decisión ... no queda ni intencional ni objetivamente asociada al factor protegido, se haya articulado o no correctamente en términos de legalidad ordinaria y con independencia por tanto de su calificación jurídica...».

Sentado lo anterior y en aras a determinar si la demandante ha acreditado la existencia de indicios de que su despido podía estar fundado en el previo ejercicio de acciones judiciales, solo contamos con dos datos que extraemos del firme relato fáctico:

1.- Que el día 10 de diciembre de 2015, la empresa entregó a la trabajadora dos documentos en los que se ponía fin al contrato formalizado el día 17 de febrero de 2014, con efectos de 31 de diciembre, realizándose una propuesta de indemnización de 1.545,15 euros, que fueron firmados por la trabajadora.

2.- Que la actora presentó reclamación previa a la vía judicial, en fecha 14 de diciembre de 2015, solicitando que se le declarara personal laboral indefinido de la entidad CSIC.

A partir de los anteriores presupuestos podemos concluir que acierta la sentencia de instancia cuando tacha de insuficiente el panorama indiciario aportado por la trabajadora, dado que, como se ve, la reclamación previa en la que funda todo su alegato de vulneración del derecho fundamental a la tutela efectiva, fue posterior y una reacción, como si dijéramos, al despido cuya liquidación firmó y que se produjo cuatro días antes y de este modo, entendemos que la extinción del contrato, aparece ajena a cualquier móvil de represalia, desde el momento en el que el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, fue posterior en el tiempo.

SEXTO .- En lo que respecta a la calificación del despido como nulo por haberse producido en atención a un factor de enfermedad, se denuncia, como veíamos antes, la vulneración de la doctrina comunitaria representada por la sentencia de 18 de diciembre de 2014 , asunto C-354/13 en la que se abordó una cuestión planteada por un Tribunal danés, sobre si la obesidad equivalía a una discapacidad, concluyendo el TJUE, en el sentido de que *«...la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda 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...»*, correspondiendo al *«... tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos...»*.

Pero la traslación de esa doctrina al caso que se enjuicia, no determina, sin más datos, la prosperabilidad del alegato desarrollado en el recurso y ello aunque la situación de la jurisprudencia española pueda evolucionar hacia el sentido apuntado por la recurrente desde la sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016, en el asunto C-395/15 **Daouidi** (ES), resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, dado que la consideración de que el CSIC ha despedido a la actora por ser varias y dilatadas en el tiempo, las ausencias a su puesto de trabajo como consecuencia de haber atravesado diversos procesos de incapacidad temporal, solo podría alcanzarse en el caso de que pudiera deducirse que con el despido, el CSIC trató de poner fin a una situación de incapacidad temporal que se prolongó demasiado y que rechaza porque convierte al trabajador en una persona menos productiva para la empresa.

Prueba con la que, en este caso, no se cuenta, sin que pueda obviarse que la identificación pretendida entre discapacidad y enfermedad se produce cuando éste pueda considerarse como una situación "duradera" y en el caso, se desconoce si lo es, porque ignoramos, si cuando el despido se produjo, en la fecha de terminación del contrato inicialmente pactada (31 de diciembre de 2015), el CSIC conocía algún dato médico a través del que pudiera vaticinar el pronóstico, más o menos, largo de la enfermedad.

Prueba que no se ha aportado, más allá de una resolución de discapacidad posterior al acto del juicio y que no permite deducir, sin más, que la razón del despido fue el temor del CSIC ante una prolongación de la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba la trabajadora, pues solo constan los períodos en los que la demandante lo estuvo, que son, los que ella misma identifica, en el hecho 11º de su demanda.

Por todo ello, el motivo decae, debiendo confirmarse la sentencia recurrida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,



FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de D^a Antonia , contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 2016, por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid , en autos nº 159/2016, promovidos por la recurrente contra Servicios Profesionales y Proyectos, S.L., y Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, confirmándola íntegramente y en todos los pronunciamientos que contiene. Sin costas.

Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

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 de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0143-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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 2876-0000-00-0143-17.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales 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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 5/4/17 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.