

17

Recurso de Suplicación 3500/22

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

COMUNIDAD VALENCIANA

Sala de lo Social

Recurso de Suplicación 003500/2022

Ilmo. Sr. e Ilmas. Sras.

D. F. Javier Lluch Corell, presidente

D^a Inmaculada C. Linares Bosch

D^a M^a Esperanza Montesinos Llorens

En Valencia, a veintiuno de febrero de dos mil veintitrés.

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

SENTENCIA Nº 000594/2023

En el Recurso de Suplicación 003500/2022, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de junio de 2022, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 6 DE ALICANTE, en los autos 000170/2022, seguidos sobre despido, a instancia de D. Gervasio, asistido por la letrada D^a Ana Rosa Cervello Sánchez, contra AYUNTAMIENTO DE ALICANTE, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y MINISTERIO FISCAL, y en los que es recurrente la parte demandante, ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. D. F. Javier Lluch Corell.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: DESESTIMO la demanda promovida por DON Gervasio frente al AYUNTAMIENTO DE ALICANTE, MINISTERIO FISCAL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, y declaro la PROCEDENCIA del despido, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO.- DON Gervasio, con DNI NUM000, prestó servicios para el AYUNTAMIENTO DE ALICANTE, desde el 29.12.21, en virtud de contrato temporal a tiempo completo de trabajador de interés social, con la categoría profesional de auxiliar de servicios y salario de .. euros/mes (47'84 euros/día), incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. Se da por reproducido el contrato de trabajo que establecía un período de prueba de 2 meses. SEGUNDO.- El 24.1.22 Don Jose Carlos, oficial conserje del servicio de deportes emitió informe sobre DON Gervasio y Don Ezequías en el sentido de que ninguno de ellos cumple con el perfil para el puesto de trabajo. Dicho informe se realizó en base a que los trabajadores de las piscinas recibían llamadas diarias sobre la forma de realizar DON Gervasio las tareas encomendadas (tomaba la temperatura apuntando a la gente con el termómetro como con una pistola simulando el lejano oeste, en el momento del cambio de turno se iba y dejaba la conserjería sola, se metía en la piscina y había que ir a buscarle, etc). TERCERO.- En fecha 26.1.22 el AYUNTAMIENTO DE ALICANTE comunicó a DON Gervasio su despido con efectos del 31.1.22 por no superar el período de prueba. CUARTO.- DON Gervasio no ostenta ni ha ostentado durante el último año la representación legal o sindical de los trabajadores. QUINTO.- DON Gervasio fue contratado al amparo del programa de empleo Empujá 2021 que subvenciona a las entidades locales de la Comunidad Valenciana que contratan a personas desempleadas menores de 30 años. DON Gervasio tiene reconocido un grado de discapacidad del 34%. Está diagnosticado de trastorno del espectro autista (síndrome de Asperger). El 20.12.21 EL Ayuntamiento solicitó a DON Gervasio la aportación de certificado de la Consejería de que reúne los requisitos y condiciones necesarias para la realización de las funciones de Conserje, el

cual se obtuvo. SEXTO.- DON Gervasio inició la prestación de servicios en la piscina municipal en horario de 8:00 a 15:00 horas. Sus funciones eran sencillas, tales como tomar la temperatura, ver los carnets de los usuarios, etc.El 4.1.22 inició proceso de incapacidad temporal por covid-19 del que fue dado de alta el 11.1.22.El 12.1.22 se reincorporó a la piscina cubierta AVENIDA000 en horario de 15:00 a 22:00 horas al tener ésta menos público que la de Monte Tossal."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, habiendo sido impugnado. Recibidos los autos en esta sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. D. Gervasio presentó demanda contra el Ayuntamiento de Alicante solicitando la nulidad del despido por considerar que la decisión de cesarle por no superar del periodo de prueba pactado en el contrato es discriminatoria por razones de discapacidad. 2. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda argumentado que la "discapacidad del actor fue valorada a los efectos de la selección de las personas a contratar en el programa Empuje 21, y que ya era conocida por el Ayuntamiento en el momento de la contratación en tanto se requirió al actor para aportar el certificado de aptitud para el desarrollo de sus funciones como conserje". 3. Frente a esta resolución se ha interpuesto recurso de suplicación por la letrada designada por el Sr. Gervasio, que ha sido impugnado por el Ayuntamiento de Alicante.

SEGUNDO.-Con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), solicita el recurrente que se modifique el relato de hechos probados que contiene la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en los siguientes términos: 1º) Se pretende, en primer lugar, la modificación del hecho probado segundo para que se añada lo que aparece subrayado y en letra negrita: "SEGUNDO. El 24.1.22 Don Jose Carlos, oficial conserje del servicio de deportes emitió informe sobre DON Gervasio y Don Ezequías en el sentido de que ninguno de ellos cumple con el perfil para el puesto de trabajo. **Que dicho informe fue emitido por el Sr. Jose Carlos sin haber coincidido en ningún centro de trabajo con el demandante durante la prestación de los servicios de éste para el Ayuntamiento de Alicante.** Dicho informe se realizó en base a que los trabajadores de las piscinas recibían llamadas diarias sobre la forma de realizar DON Gervasio las tareas encomendadas (tomaba la temperatura apuntando a la gente con el termómetro como con una pistola simulando el lejano oeste, en el momento del cambio de turno se iba y dejaba la conserjería sola, se metía en la piscina y había que ir a buscarle, etc, **sin que Don Jose Carlos comprobase dicha información ni supervisase las tareas realizadas por el demandante**". De acuerdo con una reiteradísima doctrina jurisprudencial –por todas se pueden citar las SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) o 4 de julio de 2017 (rec. 200/2016):

"los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener 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, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 -rc 79/05; y 20/06/06 -rc 189/04)". Y en este caso esta exigencia no se cumple porque no hay ningún documento en el que conste el texto que se pretende introducir que, en todo caso, es irrelevante, pues el hecho de que el Sr. Jose Carlos coincidiera o no con el demandante no tiene trascendencia para calificar el cese. 2º) La redacción alternativa que se propone para el hecho quinto es la siguiente: "QUINTO. DON Gervasio fue contratado al amparo del programa de empleo Empujo 2021 que subvenciona a las entidades locales de la Comunidad Valenciana que contratan a personas desempleadas menores de 30 años. **En las bases de dicho programa, artículo 16 y D.A Tercera, se establece que la entidad beneficiaria deberá conceder a la persona trabajadora el permiso necesario en horario laboral para permitir, en su caso, las labores de acompañamiento y orientación durante el periodo de mantenimiento del contrato a que hace referencia la disposición adicional tercera, lo que no se hizo.** DON Gervasio tiene reconocido un grado de discapacidad del 34%. Está diagnosticado de trastorno del espectro autista (síndrome de Asperger). El 20.12.21 EL Ayuntamiento solicitó a DON Gervasio la aportación de certificado de la Consejería de que reúne los requisitos y condiciones necesarias para la realización de las funciones de Conserje, el cual se obtuvo **en el sentido de: APTO. CON CONSIDERACIONES TÉCNICAS A TENER EN CUENTA EN EL PUESTO DE TRABAJO**". La primera parte de la modificación no se admite pues a los hechos probados de la sentencia no deben acceder cuestiones de naturaleza jurídica -como son los preceptos legales de una determinada norma- que se deberán hacer valer a través del motivo contemplado en el apartado c) del artículo 193 LRJS. Y tampoco es procedente incorporar hechos negativos que no resulten directamente de la prueba documental. También resulta innecesario añadir que en el certificado emitido por el Ayuntamiento se hacía constar que el demandante era "apto con consideraciones técnicas a tener en cuenta", pues la referencia que hace la sentencia a ese certificado permite que la Sala lo pueda examinar en su integridad sin necesidad de su reproducción literal. 3º) Tampoco es posible incorporar al hecho probado sexto lo que el Ayuntamiento no aportó a los autos pese haber sido requerido al efecto -en referencia a los documentos en los que consten las funciones asignadas al actor, las órdenes de puesto y el protocolo de adaptación-, pues lo que se debe expresar en este apartado de la sentencia son los hechos que se estimen probados tras valorar los elementos de convicción -ex art. 97.2 LRJS- y no lo que las partes aportaron o dejaron de aportar. 4º) Por último, se solicita que se añada a la sentencia un hecho nuevo del siguiente tenor: "SÉPTIMO.-El 28.01.22 don Vidal, trabajador del departamento de Empleo y Fomento de la Agencia Local del Ayuntamiento de Alicante, remitió correo electrónico a los padres de DON Gervasio adjuntando el contrato de trabajo de éste y manifestando que lucharían porque la oportunidad de Gervasio no se fuese al garete y pudieran hacerle ver que la sociedad no era tan cruel con las personas especiales como a veces aparentaban". Aunque es cierto que el correo electrónico existe y fue aportado por la parte actora como documento 114, lo que dijera D. Vidal a los padres del demandante carece de trascendencia jurídica y no puede condicionar el resultado de este litigio, por lo que se rechaza la petición.

TERCERO.-1. En el segundo motivo del recurso se denuncia al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, la infracción de los siguientes preceptos: 4.2 c) y e) y 55 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 96.1 y 108.2 LRJS, 14 de la Constitución, y 3.5 j), 7, 17, 35, 36 y 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Todo ello, en relación con el artículo 16 y la disposición adicional tercera de la orden 7/2019, de 25 de abril, de la Consellería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo y con la doctrina jurisprudencial expresada en la STS de 12 de julio de 2012. Se sostiene en este motivo, que el cese del demandante por no superar el periodo de prueba constituye un supuesto de discriminación por discapacidad que debe ser sancionado con la declaración de nulidad del despido. Se afirma, que en ningún momento se ha cuestionado por el Ayuntamiento que el Sr. Gervasio no haya desarrollado las funciones que tenía encomendadas, sino que la causa del cese fue **la forma** de realizarlas, lo que implica una discriminación respecto del resto de trabajadores que son capaces de ejercerlas en la forma esperada y adecuada. Se añade, que del informe psicológico que se aportó al acto del juicio se desprende que el demandante precisa de apoyo y supervisión constante, pues cualquier tarea que se le encomiende por "sencilla" que parezca para alguien sin discapacidad, resulta un reto de gran envergadura para él, habida cuenta que está diagnosticado de trastorno de espectro autista (síndrome de Asperger). Concluye el recurrente diciendo que el Ayuntamiento no ha acreditado una justificación objetiva y razonable de la decisión tomada pues ni siquiera constató las razones que la motivaron, que son, a todas luces, discriminatorias sobre la forma en que el demandante realizaba su trabajo, teniendo en cuenta, además, que no se adaptó su puesto de trabajo, que no se le proporcionaron medidas de apoyo ni se le instruyó acerca de las funciones que debía realizar. 2. Como vemos, lo que se denuncia en el escrito de recurso, es que el cese del demandante por no superación del periodo de prueba encubre una decisión discriminatoria basada en la discapacidad psíquica que padece. A fin de dar respuesta a este motivo, expondremos en primer lugar los hechos acreditados en el acto del juicio, para, a continuación, examinar el marco normativo aplicable y la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la causa de discriminación invocada. 3. Los hechos acreditados son, esencialmente, los siguientes: a) El 29/12/2021 D. Gervasio suscribió con el Ayuntamiento de Alicante un contrato de trabajo temporal a jornada completa con la categoría de auxiliar de servicios, al amparo del programa de empleo Empuje 2021 que subvenciona a las entidades locales de la Comunidad Valenciana que contratan a personas desempleadas menores de 30 años. b) D. Gervasio está diagnosticado de trastorno de espectro autista (síndrome de Asperger) y tiene reconocido un grado de discapacidad del 34%. En el momento de la contratación aportó un certificado de la Generalitat Valenciana en el que se hacía constar que reunía los requisitos y condiciones para realizar las funciones de conserje "con consideraciones técnicas a tener en cuenta en el puesto de trabajo". c) Durante el tiempo que duró la relación laboral D. Gervasio prestó servicios en dos piscinas municipales, primero en horario de mañana y a partir del 12/01/2022 en horario de tarde, realizando tareas como la toma de temperatura o la revisión de los carnets de los usuarios. d) El 26/01/2022 el Ayuntamiento demandado comunicó al Sr. Gervasio el cese con efectos del día 31/01/2022 por no superar el periodo de prueba. Esta decisión se tomó a raíz de un informe emitido por el oficial conserje del servicio de deportes en el que indicaba lo siguiente: "Tras la incorporación de los empleados Gervasio y Ezequías, después de dos semanas de su incorporación y prestar servicios en varias instalaciones, no cumplen con el perfil para el puesto de trabajo". Este informe se redactó en base a lo manifestado por trabajadores de las piscinas en que había prestado servicios el demandante, que recibían llamadas diarias sobre la forma en que realizaba su trabajo. 4. Expuesto los hechos sobre los que

descansa este procedimiento, procede analizar los preceptos legales que resultan aplicables a la reclamación del demandante que, como ya hemos expuesto, solicita que su cese sea declarado nulo por discriminatorio dada la discapacidad psíquica que padece habida cuenta que está diagnosticado de trastorno de espectro autista (síndrome de Asperger) y tiene reconocido un grado de discapacidad del 34%. El artículo 14 CE dispone que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Por su parte el artículo 49 de la misma norma fundamental, en relación con la discapacidad, obliga a los poderes públicos a realiza una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados -"disminuidos" dice todavía la Constitución- a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. En el ámbito del Derecho comunitario, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación directa o indirecta por motivos de orientación sexual, religión o convicciones, edad y discapacidad en el ámbito del empleo, la ocupación y áreas relacionadas, como formación profesional y la afiliación en una organización de trabajadores o de empresarios. Y en el artículo 5 de esta Directiva se impone a los Estados la obligación de asegurar unos "ajustes razonables" que permitan a las personas con discapacidad disfrutar del pleno ejercicio de sus derechos, de modo que el incumplimiento de tal obligación constituye un supuesto de discriminación. Mediante Decisión del Consejo 2010/48/CE, la Unión Europea se convirtió en parte de la Convención de la Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de agosto de 2006, en cuyo artículo 1 se dice lo siguiente: "Las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás." En el Derecho nacional, desde la publicación de la Constitución de 1978 se ha ido promulgando una normativa tendente a desarrollar la previsión del artículo 49 CE. Así, primero se publicó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. A ella le siguió la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativa y del Orden Social de transposición de la Directiva 2000/78. Tras la ratificación por España de la Convención de 2006, se publicó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, texto refundido de la Ley General de derecho de las personas con discapacidad y su inclusión social. Y el último hito en la protección del derecho a la igualdad de trato y no discriminación -que, sin embargo, no resulta aplicable a este caso por razones temporales- lo constituye la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. 5. Son muchos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que han tratado el tema de la discapacidad, sirvan como ejemplo las sentencias dictadas en los asuntos Chacón Navas de 11/07/2006, Ring de 11/04/2013, Foa de 18/12/2014, Daouidi 1/12/2016, Ruiz Conejero 18/01/2018, Nobel 11/09/2019 y Szpital Kliniczny 26/01/2021. En esta última, interpretando el artículo 2 de la Directiva, el TJUE dictaminó que el principio de igualdad de trato tiene por objeto proteger a un trabajador con discapacidad frente a cualquier discriminación basada en esa discapacidad, y ello no solo respecto de los trabajadores que no tengan discapacidad, sino también respecto de los demás trabajadores con discapacidad. Este pronunciamiento tiene especial interés para el enjuiciamiento de este procedimiento pues, entre otras consideraciones, el TJUE

señala que se puede producir una discriminación indirecta cuando una determinada medida, en principio neutra, ocasione una desventaja particular a los trabajadores con discapacidad en función de la naturaleza de la misma. Interesa, también, destacar que el TJUE adopta un concepto amplio del término "ajuste razonable" recogido en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, como obligación de los Estados a efectos de permitir que las personas con discapacidad puedan disfrutar del pleno ejercicio de sus derechos. En esta misma línea, de la STJUE de 10/02/2022 (asunto C-485/20) podemos destacar los siguientes extremos de interés: a) Que del artículo 3.1 de la Directiva 2000/78 se desprende que se aplica tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos. Por lo que resulta de aplicación al presente supuesto en que el demandado es el Ayuntamiento de Alicante. b) Que la Directiva se aplica a las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, así como al acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje. Y que los términos en que está redactada esta disposición son lo suficientemente amplios como para englobar la situación de un trabajador que realiza un período de prácticas de formación tras su contratación por el empresario. c) Que el concepto de trabajador comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de este (sentencia de 9 de julio de 2015, Balkaya, C-229/14, EU:C:2015:455, apartado 50 y jurisprudencia citada). Y, por tanto, que el hecho de que el recurrente en el litigio principal no fuera, en la fecha de su despido, un agente contratado con carácter definitivo no impide que su situación profesional esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Por tanto, es aplicable a supuestos como el presente en que el demandante fue contratado con un contrato temporal con sujeción a un período de prueba. d) Que a tenor del artículo 5 de la Directiva 2000/78, en relación con los considerandos 20 y 21 de esta, se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario. De modo que la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. e) Que el cambio de puesto de trabajo puede ser una medida adecuada como "ajuste razonable" a efectos del artículo 5 de la Directiva. f) Que para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. 6. La jurisprudencia española -tanto la ordinaria como la constitucional- también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la discriminación por discapacidad. La sentencia que consideramos más relevante -por su proximidad en el tiempo y por su cercanía con el supuesto que estamos enjuiciando- es la STC 51/2021, de 15 de marzo, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por una secretaria judicial -hoy, letrada de la Administración de Justicia- con síndrome de Asperger contra la sentencia que confirmó la sanción disciplinaria que se le impuso por parte de la Secretaría de Estado de Justicia. Señalaba la recurrente en amparo, que las deficiencias que se le imputaban en el ejercicio de sus funciones se debían a su discapacidad. Consideramos conveniente destacar los siguientes pasajes de esa sentencia. Dice el Tribunal Constitucional lo siguiente: "El derecho a no ser discriminado por motivo de discapacidad y los "ajustes

razonables" en el ámbito del empleo, con especial referencia a la discapacidad mental. La adopción de los "ajustes razonables" en el empleo desempeña un papel fundamental a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad prohibida por el art. 14 CE. Dichos ajustes se integran en el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación de las personas con discapacidad allí donde sean necesarios para garantizar el ejercicio, en igualdad de condiciones, de sus derechos en el ámbito laboral [en este sentido se manifiesta la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/GC/6)]. Son esenciales, asimismo, para dar cumplimiento a los mandatos que los arts. 9.2 y 49 CE imponen a todos los poderes públicos. El empleo es, de hecho, una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido "tan preeminente como persistente" (Observación general núm. 5 sobre las personas con discapacidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 1994, párrafo 20). La relevancia de los ajustes razonables como herramienta para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones ha sido subrayada por la Convención de la ONU, que incluye en su art. 2 como forma de discriminación por motivos de discapacidad la "denegación de ajustes razonables"; por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se ha hecho eco de tal disposición en su sentencia de 30 de enero de 2018, asunto *Enver Sahin c. Turquía*, declarando expresamente, en el marco de la aplicación del art. 14 CEDH, que "la discriminación por razón de discapacidad comprende todas las formas de discriminación, incluyendo la denegación de acomodo razonable" (§ 60); y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que interpreta el art. 2.2 b) de la Directiva 2000/78/CE en el sentido de que el despido por "causas objetivas" de un trabajador con discapacidad, debido a que este cumple los criterios de selección generales tomados en consideración para determinar a las personas que van a ser despedidas -como presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo-, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, "a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma Directiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades" (STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto DW, C-397/18, § 75). (...) Teniendo en cuenta el contexto expuesto, actualmente puede llegar a concluirse que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes. (...) En el caso particular de las personas con discapacidad mental, por causas psíquicas, intelectuales o cognitivas, no se puede ignorar que los prejuicios y la discriminación que han sufrido secularmente quienes la padecen, constituyen importantes barreras a la hora de informar de esta forma de discapacidad en el lugar de trabajo. (...) Razón por la que la recomendación sobre la política integrada de salud mental, competencias y empleo adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) el 14 de diciembre de 2015, a la que se ha adherido España, plantea la necesidad de que las

autoridades tomen medidas para hacer frente a esta realidad. Una realidad que puede dificultar el ejercicio del derecho a que se efectúen ajustes razonables en el empleo, esencial para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad mental. Por consiguiente, en estos casos es particularmente importante que el empleador adopte los ajustes razonables que sean necesarios y adecuados para garantizar su igualdad de trato y no discriminación tan pronto como tenga conocimiento de tal discapacidad; y, en todo caso, antes de emprender cualquier acción que pueda ir en menoscabo del empleo y trabajo de una persona que la sufre, como lo es en todo caso el despido, la jubilación, o la imposición de medidas disciplinarias. En todo caso, tan pronto como un trabajador o trabajadora acredite la existencia de una discapacidad el empleador debe tener en cuenta debidamente los obstáculos específicos con los que este se enfrenta y cumplir con su obligación de adoptar ajustes razonables en el puesto de trabajo para garantizar a quien la padece el ejercicio de sus derechos en el ámbito del empleo en igualdad de condiciones que las demás personas. Asimismo, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, debe exteriorizar debidamente la motivación de la decisión adoptada, en particular si se aprecia la improcedencia o imposibilidad de los ajustes solicitados. En caso contrario, la adopción de medidas como el despido o la imposición de una sanción de carácter disciplinario, que estén relacionadas con dificultades en el desempeño de sus funciones que puedan ser solventadas mediante ajustes razonables, incurrirán en discriminación prohibida por el art. 14 CE aun cuando estén basadas en razones objetivas aparentemente neutras. (...) la Organización Mundial de la Salud ha incluido el síndrome de Asperger en la categoría de "trastornos del espectro del autismo" (clasificación internacional de enfermedades, CIE-11, 2018), y que conforme a la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud sobre medidas integrales y coordinadas para gestionar los trastornos del espectro autista, las manifestaciones de esos trastornos "varían mucho en cuanto a las combinaciones y la gravedad de los síntomas", y que las personas que los sufren pueden encontrar "barreras para participar en condiciones de igualdad en la sociedad" y ser, en definitiva, víctimas de discriminación por razón de discapacidad (WHA67.8, 19-24 de mayo de 2014, pág. 13). Partiendo de que en este caso estamos, por tanto, ante un trastorno que puede derivar en discapacidad mental, corresponde al tribunal analizar si, tal y como se recoge en el canon expuesto en los fundamentos precedentes, esa discapacidad debió provocar en la administración, y no lo hizo, una serie de ajustes razonables en el puesto de trabajo, y si de la falta de ajustes pudo derivarse la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones laborales que desencadenó la apertura del expediente disciplinario cuyas consecuencias se contestan en el presente recurso de amparo. En conexión con lo anterior, deberá determinarse si estas circunstancias (la ausencia de ajustes razonables de la que podría haber derivado una imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones) influyen en la observancia del principio de culpabilidad, en la medida en que puedan haber hecho imposible respetar una conducta diligente por parte del recurrente en amparo. (...) De manera que recaía en la administración la carga de desvirtuar en el marco de dicho procedimiento cualquier duda fundada sobre la existencia de discriminación. Carga que compete en primer término a la administración (...) Ante ello la administración estaba obligada a aportar una prueba precisa y suficiente de que la sanción del demandante de amparo tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, frente a las alegaciones de don A.M.Z. en el procedimiento disciplinario, la respuesta que dio la administración fue la de considerar acreditada la concurrencia de negligencia como elemento subjetivo de la infracción."

CUARTO.-1. Una vez examinada la legislación y la doctrina jurisprudencial que se han ocupado del tema de la discriminación por discapacidad, estamos en condiciones de resolver la cuestión de fondo que se plantea en el recurso de suplicación. Como ha quedado dicho, el 29/12/2021 el Sr. Gervasio suscribió con el Ayuntamiento de Alicante un contrato de trabajo temporal de un año de duración, a tiempo completo, para trabajar como auxiliar de servicios, en el que se pactó un periodo de prueba de dos meses, siendo cesado con efectos del día 31/01/2022 por no superar ese periodo de prueba. Consta también, que el demandante está diagnosticado de trastorno de espectro autista (síndrome de Asperger) y que tiene reconocido un grado de discapacidad del 34%, lo que le constaba al Ayuntamiento que, sin embargo, consideró que la forma en que realizaba las tareas que se le encomendaron no era la correcta. Interesa señalar que la contratación laboral del actor se llevó a cabo al amparo del programa Empuje 2021, y en el marco de ese programa por la Orden 7/2019, de 25 de abril, de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, se aprobaron las bases reguladoras del Programa de incentivos a la contratación de personas desempleadas por entidades locales de la Comunitat Valenciana, en el marco del Programa operativo del Fondo Social Europeo 2014-2020 de la Comunitat Valenciana (Avalem Experiencia Plus), cuyo objeto era aprobar las bases reguladoras que regirán, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, la concesión de incentivos a la contratación de personas desempleadas por entidades locales, en el marco del Programa Avalem Experiencia. Y para el año 2021 se dictó la Resolución de 9 de agosto de 2021, del director general de LABORA, Servicio Valenciano de Empleo y Formación, por la que se convocó el programa de incentivos a la contratación de personas desempleadas menores de 30 años por mancomunidades de la Comunitat Valenciana, en el marco del Programa Operativo del Fondo Social Europeo 2014-2020 de la Comunitat Valenciana. 2. Pues bien, siendo estos los hechos, el recurso debe ser estimado. El artículo 96.1 LRJS dispone lo siguiente: "(e)n aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, **discapacidad**, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". En este caso, está fuera de toda duda que se ha aportado el indicio de discriminación que requiere el mencionado precepto, pues el Sr. Gervasio tiene declarada una discapacidad del 34%, por lo que era carga de la Corporación municipal dar una respuesta expresa y fundada que permitiera concluir que su decisión de cesarle respondió a razones objetivas ajenas a cualquier ánimo o resultado discriminatorio. A estos efectos, la razón alegada por el Ayuntamiento para justificar el cese del Sr. Gervasio, no es otra que la disconformidad con la forma que tenía de desempeñar las funciones que se le encomendaron. Esta razón no se puede considerar suficiente para desvirtuar el panorama indiciario de discriminación, pues como se dice en la STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto DW, C-397/18, § 75)interpretando el artículo 2.2 b) de la Directiva 2000/78"el despido por "causas objetivas" de un trabajador con discapacidad, debido a que este cumple los criterios de selección generales tomados en consideración para determinar a las personas que van a ser despedidas -como presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo-, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma Directiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades". En este caso, el Ayuntamiento de Alicante, lejos de realizar los ajustes razonables para facilitar la integración laboral del Sr. Gervasio, se

limitó a cesarle por no superar el periodo de prueba. Esta causa de extinción del contrato de trabajo que se contempla en el artículo 14 ET, es legítima siempre y cuando no encubra una decisión discriminatoria o suponga un atentado a los derechos fundamentales de la persona trabajadora. Se dice en la sentencia recurrida para justificar la desestimación de la demanda, que la discapacidad era conocida por el Ayuntamiento en el momento de la contratación y que el actor aportó un certificado de aptitud para el desarrollo de las funciones de conserje, pero como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia referida, el hecho de que una persona no esté totalmente imposibilitada para ejercer una actividad profesional, no es óbice para que experimente obstáculos o barreras en su ejercicio por motivo de una discapacidad, de modo que la adopción de los "ajustes razonables" en el empleo desempeña un papel fundamental a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad prohibida por el art. 14 CE, pues dichos ajustes se integran en el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación de las personas con discapacidad allí donde sean necesarios para garantizar el ejercicio, en igualdad de condiciones, de sus derechos en el ámbito laboral. En definitiva, la discapacidad del actor debió provocar que la Corporación municipal llevara a cabo una serie de "ajustes razonables" antes de proceder a su cese. Lejos de ello, se limitó a asumir el informe del oficial conserje del servicio de deportes y a cesar al Sr. Gervasio sin ni siquiera intentar realizar los "ajustes razonables" que preceptúa el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Esta omisión, de la que no se ha aportado ninguna justificación, es particularmente llamativa en este caso si se tiene en cuenta que el demandante fue contratado como auxiliar de servicios y que el empleador es un importante Ayuntamiento en términos de población y de los servicios que presta, por lo que no parece que tuviera especiales dificultades para destinar al actor a otro puesto de trabajo compatible con su discapacidad. Como se dice en la STJUE de 10/02/2022, antes reseñada, el cambio de puesto de trabajo puede ser una medida adecuada como "ajuste razonable", y no cabe suponer -pues ni siquiera se ha argumentado por el Ayuntamiento- que esa medida suponga una carga desproporcionada atendidos los costes financieros que pueda implicar, el tamaño de la corporación o la disponibilidad de fondos públicos. Siendo ello así, la decisión de cesar al trabajador por no superar el periodo de prueba se revela como discriminatoria, pues como señala el Tribunal Constitucional "(e)l incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes."

QUINTO.-1. La consecuencia de lo expuesto será la declaración de nulidad del despido por mor de lo dispuesto en el artículo 55.5 ET, por lo que se debería condenar al Ayuntamiento a la readmisión del Sr. Gervasio en su puesto de trabajo y al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido (ex art. 55.6 ET). Pero como quiera que la contratación del Sr. Gervasio era de carácter temporal con extinción prevista para el día 28/12/2022, ya no es posible condenar al Ayuntamiento a la readmisión, pues la relación laboral se habría extinguido por el cumplimiento del plazo pactado en el contrato. 2. Así pues, siendo imposible la readmisión, procede condenar al Ayuntamiento al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha de efectos del cese 31/01/2022 (inclusive) hasta el 28/12/2022, así como a una indemnización de 33 días de salario por año de servicio dada la imposibilidad de

readmisión (SSTS de 29 de enero de 1997, rcud. 3461/1995, de 19 de septiembre de 2000, rcud. 3904/1999, citadas por las de 11 de enero de 2022, rcud. 4906/2018 y 11 de noviembre de 2022, rcud. 4708/2019). 3. Asimismo, también deberá abonar al demandante una indemnización adicional de 8.000 € por daños morales, pues como viene señalando la jurisprudencia (por todas, SSTS de 5 de octubre de 2017, rcud. 2497/2015 y 9 de marzo de 2022, rcud. 2269/2019) los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental. Para su cuantificación hemos tenido en cuenta la multa prevista para las infracciones muy graves en materia laboral en el artículo 40 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, pues como también ha señalado el Tribunal Supremo (SSTS de 15 de febrero de 2012, rcud. 6701; de 8 de julio de 2014, rec. 282/13; de 2 de febrero de 2015, rec. 279/13; de 19 de diciembre de 2017, rcud. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018; entre muchas otras) la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden social, ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio), y se ha considerado idóneo y razonable. Consideramos, por último, que con esta cuantía de 8.000 € se resarce el daño moral causado al demandante, a la vista de que el contrato suscrito tenía una duración limitada -doce meses- y que la decisión adoptada por el Ayuntamiento, siendo discriminatoria, no era del todo arbitraria, dado que se apoyaba en el informe emitido por el oficial conserje del servicio de deportes al que estaba adscrito el Sr. Gervasio.

SEXTO.-No procede imponer condena en costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON Gervasio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante de fecha 29 de junio de 2022 (autos 170/2022) en virtud de demanda presentada a su instancia contra el AYUNTAMIENTO DE ALICANTE; y, en consecuencia, declaramos que el cese del demandante producido con efectos del día 31 de enero de 2022 constituye un despido nulo y condenamos a la Corporación municipal a abonar al Sr. Gervasio:

- Los salarios de tramitación devengados desde el 31 de enero de 2022 (inclusive) al 28 de diciembre de 2022.

- Una indemnización de 33 días de salario por importe de 1.578,72 €.

- Una indemnización por daños morales de 8.000 €. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander. El depósito se puede efectuar en metálico, en la cuenta y con los datos siguientes: **4545 0000 35**, o por transferencia a la cuenta centralizada siguiente: **NUM001**, añadiendo a continuación en la casilla "concepto" los datos señalados para el ingreso en metálico. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave **66** en lugar de la clave **35**. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

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

Así se acuerda y firma.