



Roj: **STSJ CLM 2269/2018 - ECLI:ES:TSJCLM:2018:2269**

Id Cendoj: **02003340012018100934**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2018**

Nº de Recurso: **693/2018**

Nº de Resolución: **1274/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE MONTIEL GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Ciudad Real, núm 1, 12-02-2018,
STSJ CLM 2269/2018**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 01274/2018

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 13034 44 4 2017 0002540

Equipo/usuario: 4

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000693 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000840 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Sagrario

ABOGADO/A: EMILIANO RUBIO GOMEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, ISS FACILITY SERVICES SA , FOGASA FOGASA , CLECE SA , GELIM MADRID SA

ABOGADO/A: , , LETRADO DE FOGASA , GABRIEL ARQUEROS MARTIN ,

PROCURADOR: , , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , MIGUEL GARRIDO SERRANO , , , MIGUEL GARRIDO SERRANO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 001(C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE)

RECURSO SUPPLICACION Nº 693/18



Magistrado/a Ponente: Ilmo. Sr. D. JOSÉ MONTIEL GONZÁLEZ

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JOSÉ MONTIEL GONZÁLEZ

PRESIDENTE

D. JESÚS RENTERO JOVER

D^a MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

En Albacete, a cuatro de octubre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N^o 1274/18

En el Recurso de Suplicación número 693/18, interpuesto por la representación legal de Sagrario , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 BIS de CIUDAD REAL, de fecha doce de febrero de 2018, en los autos número 840/17, sobre Despido, siendo recurrido CLECE SA, GELIM MADRID SA, ISS FACILITY SERVICES SA, FOGASA y MINISTERIO FISCAL.

Es Ponente la Ilmo. Sr. D. JOSÉ MONTIEL GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: FALLO: Que ESTIMANDO la demanda promovida por doña Sagrario frente a GELIM MADRID S.A, ISS FACILITY SERVICES S.A, CLECE S.A. FOGASA, sobre DESPIDO IMPROCEDENTE, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO, condenando a la empresa CLECE S.A. a estar y pasar por esta declaración, así como a su elección proceda a readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, con abono en tales casos de salarios de tramitación, o a indemnizarle en la cantidad de 3.552,75 euros, absolviendo al resto de empresas codemandadas de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

Se advierte a la condenada que la opción señalada habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DIAS SIGUIENTES, desde la notificación de la Sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión.

SEGUNDO.- Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

PRIMERO.- Doña Sagrario , cuyos datos personales obran en la demanda, tiene reconocido un grado de discapacidad del 48% de tipo física y psíquica por resolución de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de 15.7.2013, y ha venido prestando sus servicios para la empresa Gelim Madrid S.A. desde el 5.5.2014, con la categoría de limpiadora, percibiendo un salario diario de 31,51 euros con inclusión de prorrata de pagas extras.

Es de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo para el sector de la limpieza de edificios y locales de la provincia de Ciudad Real, BOP número 132 de 11.7.2016.

SEGUNDO.- La trabajadora fue contratada para la limpieza de las instalaciones de Vestas Blades Spain, Avenida de los vientos, 2, Daimiel, cliente de Gelim Madrid S.A.

TERCERO.- El 1.2.2015 se firmó contrato de subcontratación de servicios entre Gelim Madrid S.A. y la empresa ISS Soluciones de Limpieza Direct S.A. (hoy ISS Facility Services S.A.) por el que ISS -empresa adjudicataria del servicio- subcontrató los servicios de limpieza de Gelim S.A. para el Centro de Salud de Daimiel.

Gelim Madrid S.A. es una sociedad dedicada a la prestación de servicios de limpieza, jardinería, mantenimiento, IFS, etc.

ISS Facility Services S.A. es una sociedad dedicada a la prestación de servicios de limpieza.

CUARTO.- El 30.3.2015 la empresa Gelim Madrid S.A. procedió al despido de la trabajadora por bajo rendimiento. La trabajadora accionó frente al despido interponiendo demanda frente a Gelim Madrid S.A., y éste fue calificado como nulo por sentencia del Juzgado de lo Social n^o 2 bis de Ciudad Real de 16.7.2015, dictada en los autos 324/2015.



Ante la readmisión de la trabajadora fijada en la sentencia de despido y dada la imposibilidad de la empresa de reincorporarla en las instalaciones del cliente Vestas Blade - porque esta empresa no permitió que la actora volviera a sus instalaciones, email aportado como documento nº 3 en el incidente de readmisión-, se le reubicó en una vacante disponible en el Centro de Especialidades de Daimiel, sito en la calle Severo Ochoa, sin número, comunicándose a la trabajadora la empresa Gelim Madrid S.A. por escrito de fecha 16.9.2015.

La trabajadora promovió un incidente de readmisión irregular, ETJ 190/2015 del Juzgado de lo Social nº 2 bis de Ciudad Real, que concluyó por auto de 12.11.2015 que resolvió que la readmisión llevada a cabo por Gelim Madrid S.A., con la reubicación de la trabajadora en el Centro de Especialidades de Daimiel, era regular.

Frente a dicho auto se presentó recurso de reposición por la trabajadora, que fue estimado parcialmente por auto del Juzgado de lo Social nº 2 bis de 3.3.2016 (ETJ 190/2015), condenando a la empresa a mantener a la actora en el centro de Salud de Daimiel, pero reconociéndole las mismas condiciones laborales que tenía en Vestas; a saber, jornada matinal de lunes a viernes desde las 8 hasta las 14,30 horas con un salario diario de 31,51 euros.

QUINTO.- Gelim Madrid S.A. comunicó verbalmente al encargado general del Centro de Especialidades de Daimiel, Don Antonio, que la trabajadora tenía que prestar servicios en el Centro de Especialidades de Daimiel por una necesidad imperiosa de la empresa.

El Sr. Antonio indicó a la trabajadora las tareas a realizar en el Centro de Especialidades de Daimiel durante la semana en que ésta estuvo trabajando en el mismo, ya que tras esa semana la trabajadora inició un período de IT derivado de enfermedad común, concretamente el 30.9.2015.

SEXTO.- La trabajadora agotó el plazo máximo de IT y la empresa Gelim Madrid S.A. dio de baja a la trabajadora en fecha 28.3.2017.

La actora interpuso demanda judicial de despido, dado lugar a los autos 406/2017 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real, celebrándose acto de conciliación judicial el 14.9.2017 en el que la empresa Gelim Madrid S.A. indicó que la baja se trataba de una suspensión de contrato por agotamiento del plazo máximo de IT de 18 meses y se comprometió a la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo en caso de que el INSS le denegase la IP, si la empresa siguiese siendo adjudicataria del servicio de limpieza del mismo. Y para el caso de que hubiese una nueva empresa, se comprometió a remitirle la documentación de la trabajadora a efectos de que fuese subrogada por la misma. La trabajadora admitió la oferta de la empresa Gelim Madrid S.A.

Por decreto de 14.9.2017, autos de despido 46/2017, se aprobó la avenencia alcanzada entre las partes y el archivo de las actuaciones.

SÉPTIMO.- El Sescam notificó a la empresa ISS Facility Services S.A. por escrito con fecha de salida 24.8.2017 el fin del servicio adjudicado para la limpieza a las 24 horas del 30.9.2017, al haber sido adjudicado en el nuevo expediente a la empresa Clece S.A. que iniciaba el nuevo contrato adjudicado el 1.10.2017.

Por escrito de la empresa ISS Facility Services S.A. de 11.9.2017 se le comunicó a la trabajadora, a tenor de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Ciudad Real, que la empresa Clece S.A. era la nueva adjudicataria del servicio de limpieza del Centro de Salud de Daimiel -al que la trabajadora estaba adscrita- desde el día 1.10.2017.

Gelim cesó en la prestación de servicios de limpieza en el Centro de Especialidades de Daimiel el 30.9.2017.

OCTAVO.- ISS Facility Services S.A. comunicó a la empresa Clece por escrito fechado el 11.9.2017 la relación de datos del personal objeto de subrogación del servicio de limpieza del Sescam. En la relación aparecen los nombres de 18 trabajadores y entre ellos se encuentra el de Doña Sagrario.

NOVENO.- Gelim Madrid S.A. reiteró a Clece por escrito fechado el 30.10.2017, en contestación a un email de 27.9.2017, que la actora era subrogable al estar adscrita al Centro de Salud de Daimiel.

DÉCIMO.- Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de 13.10.2017 se le denegó a Doña Sagrario el reconocimiento de grado alguno de Incapacidad Permanente.

ISS Facility Services remitió un correo electrónico a Clece S.A. el 25.10.2017 adjuntando resolución denegatoria de la trabajadora Doña Sagrario del Centro de Salud de Daimiel. En el e-mail también se indicaba "me imagino que a ustedes no les ha llegado, y no sé si la trabajadora les ha dicho algo".

Clece S.A. contestó al correo el 27.10.2017 adjuntando escrito de 26.10.2017 en el que señalaba que "dicha trabajadora al no reunir los requisitos de la norma convencional de aplicación no podría ser subrogada en la empresa".



UNDÉCIMO.- Tras la denegación de IP la trabajadora acudió al Centro de Especialidades de Daimiel a prestar sus servicios y Clece S.A. le indicó que no procedían a la subrogación.

DUODÉCIMO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical alguno, así como tampoco consta su afiliación sindical.

DÉCIMO-TERCERO.- Con fecha 17.11.2017 tuvo lugar el acto de conciliación ante el SMAC, en virtud de papeleta presentada el 26.10.2017, acto que concluyó sin avenencia.

TERCERO.- Que, en tiempo y forma, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la trabajadora demandante se formuló demanda frente a las empresas GELIM MADRID S.A.; ISS FACILITY SERVICES S.A. y CLECE S.A. postulando que la extinción de su contrato de trabajo se califique de despido nulo o, subsidiariamente, improcedente, con condena solidaria de las demandadas

La demanda se tramitó mediante el procedimiento 840/2017 del Juzgado de lo Social nº 1 BIS de Ciudad Real y concluyó por sentencia de fecha 12 de febrero de 2018, que estima en parte la demanda y declara la improcedencia del despido, condenando a la empresa CLECE S.A. a estar y pasar por esta declaración, así como a su elección proceda a readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, con abono en tales casos de salarios de tramitación, o a indemnizarle en la cantidad de 3.552,75 euros, absolviendo al resto de empresas codemandadas de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

Frente a tal sentencia se interpone por la demandante recurso de suplicación, instrumentado en un solo motivo de recurso de censura jurídica, reiterando la pretensión inicialmente fijada en la demanda de declaración de nulidad del cese, con las consecuencias legales de tal declaración. El recurso ha sido impugnado de contrario por la entidad CLECE, S.A.

SEGUNDO.- En el primer y único motivo de recurso, amparado en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia infracción del art. 55.3 y 5 del ET y doctrina jurisprudencial que se cita al considerar la parte recurrente que el cese de que ha sido objeto debe calificarse de despido nulo por discriminatorio, por haberse acordado debido a que sufre una discapacidad física y psíquica del 48%; así como por haberse violado el principio de tutela judicial efectiva, en su variante de garantía de indemnidad.

1.- Como antecedentes del caso, tal como resulta del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia, debe señalarse que la demandante, que efectivamente presenta una discapacidad física y psíquica del 48%, reconocida por Resolución de fecha 15/07/2013, ha venido prestando servicios con la categoría de limpiadora para la empresa GELIM MADRID, S.A. desde el 05/05/2014.

Tras diversos acontecimientos que se describen en el relato fáctico de la sentencia, que carecen de interés para este proceso, resulta que la demandante, en ejecución de una sentencia anterior que había declarado nulo su despido por GELIM MADRID, S.A., pasó a desempeñar sus tareas laborales en el Centro de Salud de Daimiel (CR), cuya contrata de limpieza tenía adjudicada la entidad ISS Soluciones de Limpieza Direct, S.A. (actualmente ISS FACILITY SERVICES S.A.), que a su vez había subarrendado a GELIM MADRID, S.A., en virtud de contrato de arrendamiento de servicios de 01/02/2015.

Durante esa prestación de servicios en el Centro de Salud de Daimiel (CR), la demandante inicia una situación de incapacidad temporal cuya duración máxima se agota, razón por la que GELIM MADRID, S.A. cursa su baja en Seguridad Social en fecha 28/03/2017, frente a lo que la trabajadora reacciona interponiendo demanda por despido, tramitada en proceso 406/2017 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real, que concluye por conciliación de 14/09/2017 en el que la demandada Gelim Madrid reconoce que la situación es la de una suspensión del contrato de trabajo por IT, comprometiéndose a reincorporar a la actora a su puesto de trabajo, si finalmente no se le reconoce la incapacidad permanente y la entidad sigue teniendo el encargo de limpieza del centro de trabajo; y para el caso de que se le adjudicase a otra entidad, se compromete a efectuar los trámites necesarios para que se produjera la subrogación prevista en el convenio de aplicación, con la remisión de la documentación oportuna.

El SESCOAM, como titular del Centro de Salud de Daimiel, comunica a ISS FACILITY SERVICES S.A. que el servicio de limpieza ha sido adjudicado a la nueva empresa CLECE, S.A. desde el día 01/10/2017, lo que provoca también la conclusión del subarrendamiento pactado con GELIM MADRID, S.A. con efectos del



30/09/2017. Como consecuencia de ello tanto la empresa ISS FACILITY SERVICES S.A., como GELIM MADRID, S.A., comunicaron a la nueva adjudicataria CLECE, S.A., los datos personales de todos los trabajadores que prestaban servicios en la contrata, incluyendo a la demandante, que en ese momento se encontraba en situación de incapacidad temporal, para proceder a la subrogación prevista en el convenio colectivo.

Finalmente, el INSS por Resolución de 13/10/2017 no reconoce a la demandante ningún grado de incapacidad temporal, lo que es comunicado por ISS FACILITY SERVICES S.A. a CLECE, S.A., por correo electrónico, adjuntado la Resolución del INSS antes mencionada, a lo que se contesta por esta última empresa que la demandante no reúne los requisitos de la norma convencional para ser subrogada. Pese a ello, la demandante se personó en el Centro de Salud de Daimiel para incorporarse a su puesto, indicándosele que no procedía a la subrogación.

2.- La sentencia de instancia ha considerado acreditado que concurrían los requisitos necesarios para que la empresa nueva adjudicataria se subrogara en el contrato de trabajo de la demandante, porque así lo prevé el convenio de aplicación y porque las empresas salientes cumplieron los requisitos de facilitar la información pertinente para que ello tuviera lugar; y por tal razón considera que la falta de subrogación equivale a un despido improcedente. Sin embargo, con exigua fundamentación (fundamento jurídico tercero), rechaza la concurrencia de una eventual nulidad del despido por discriminación fundada en la situación de discapacidad de la trabajadora, sin mayor explicación, y no hace referencia alguna a la otra causa de nulidad alegada (vulneración del principio de tutela judicial efectiva, en su variante de garantía de indemnidad).

La cuestión relativa a la consideración de la discapacidad como causa de discriminación de los trabajadores, que pudiera conducir a la declaración de nulidad su despido, cuando existan elementos de juicio que conducen a asumir que dicha circunstancia fue determinante para la adopción de tal decisión extintiva, ha sido abordada de modo extenso, con cita de la doctrina jurisprudencial y la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las sentencias del Tribunal Supremo núm. 366/2016 de 3 mayo, rec. 3348/2014; núm. 700/2017 de 21 septiembre, rec. 782/2016 y núm. 306/2018 de 15 marzo, rec. 2766/2016, a las que nos remitimos, que vienen a extraerla del siguiente modo:

" En cuanto a la primera resolución del TJUE dictada sobre el particular, sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), en la que el supuesto de controversia era un despido acordado hallándose la trabajadora en IT la respuesta dada sobre el concepto de discapacidad fue la siguiente:

" .- Sobre la cuestión principal y dado que el juez nacional solicita se dilucide si la Directiva 2000/78 en cuanto elemento de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su protección al trabajador despedido exclusivamente a causa de una enfermedad, se señala que debe iniciarse interpretando el concepto de discapacidad a efectos de la mencionada directiva y al respecto se realizan una serie de afirmaciones:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (40)".

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad (44).

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51)."

En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJUE responde:

"1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).



21.- que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva."

En las sentencias posteriores, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva, 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención reconoce en su considerando e) que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad 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".

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que "el concepto de "discapacidad" debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Prosigue afirmando que: "41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78.

42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57)."

Al historial del análisis de la Directiva 2000/78 se añade la STJUE de 1-12-2016 (395/15), (Daouidi) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 2000/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias".

Con base en dicha doctrina ciertamente no es posible incardinar las bajas temporales de la trabajadora demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad del despido; pero no cabe duda de que la situación de discapacidad física y psíquica con un grado del 48% reconocida por las entidades competentes, si puede considerarse eventualmente como causa discriminatoria.

3.- En principio, el art. 96.1 de la LRJS., establece que: "En 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".

Es constante la doctrina (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 87/2004, de 10 de mayo, 138/2006, de 8 de mayo y 74/2008, de 23 de julio, y del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013, rec. 1374/2012) que establece que el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de vulneración del derecho fundamental, y alcanzando tal resultado, recaerá sobre la parte contraria la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionado (art. 96.1 y 181.2 de la LRJS)



En relación con esta materia, el Tribunal Constitucional (Sentencia 49/2.003, de 17 de marzo) tiene establecida la siguiente doctrina: *"Es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas SSTC 90/1997, de 6 de mayo y 66/2002, de 21 de marzo). El primero la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero). 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, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada"*.

Dicha doctrina es reiterada por las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional 138/2006, de 8 de mayo y 74/2008, de 23 de julio, en las que se añade que el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de vulneración del derecho fundamental, y alcanzando tal resultado, recaerá sobre la parte contraria la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionado.

En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015, rec. 2598/2014, donde se resume la doctrina jurisprudencial sobre el particular.

En el presente caso ha de partirse de dos datos que no han resultado cuestionados, el primero es que la trabajadora presenta un grado de discapacidad física y psíquica del 48% y además se encontraba en situación de incapacidad temporal, con agotamiento del plazo máximo de su duración y pendiente de calificación del INSS de una eventual incapacidad permanente, de todo lo cual la empresa entrante tenía perfecto conocimiento, porque así le fue comunicado por la empresa saliente de la contrata (hecho probado décimo). El segundo es que la empresa entrante CLECE, S.A. se ha subrogado en las relaciones laborales de todos los trabajadores adscritos a la contrata de limpieza, sin oponer objeción alguna (penúltimo párrafo del fundamento jurídico cuarto de la resolución de instancia), con la única excepción de la demandante a la que rechazó por no proceder en su caso la subrogación, sin mayor explicación (hechos décimo y undécimo).

Existen, por tanto, indicios sólidos, suficientes y precisos, para concluir que la empresa nueva adjudicataria del servicio pudo no proceder a subrogarse en la relación laboral de la trabajadora por causa de su discapacidad; lo que implica que es la empresa CLECE, S.A. la que hubiera debido aportar una justificación razonable de su proceder que descartara toda sospecha de intento discriminatorio, máxime cuando la actora, como se ha dicho, ha sido la única rechazada. Pero dicha justificación o explicación no se ha producido en absoluto, razón por la que, en aplicación del art. 55.5 y 6 del ET y arts. 108.2 y 113 de la LRJS el despido debe calificarse de nulo por discriminatorio por razón de discapacidad de la trabajadora, condenando a la citada empresa a su readmisión inmediata, con abono de los salarios dejados de percibir.

La Sala se abstiene de fijar indemnización alguna por la vulneración de derechos fundamentales (por todas, sentencia del Tribunal Supremo núm. 768/2017 de 5 octubre, rec. 2497/2015, sobre la íntegra reparación al afectado por una violación de tales derechos) puesto que la parte demandante no la solicitó en su demanda (art. 179.3 y 183 LRJS) ni, por ello, ha sido objeto de examen en el proceso ni en la sentencia de instancia.

En consecuencia, debe estimarse el recurso de suplicación interpuesto y, con revocación de la resolución impugnada, debemos declarar que el cese de la demandante constituye despido nulo, condenando a la entidad CLECE, S.A. a su readmisión inmediata, con abono de los salarios dejados de percibir, en cuantía de 31,51 €/día.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D^a Sagrario contra sentencia de 12 de febrero de 2018, dictada en el proceso 840/2017, sobre violación de derechos fundamentales y despido, siendo recurridas las empresas GELIM MADRID S.A.; ISS FACILITY SERVICES S.A. y CLECE S.A., el Ministerio Fiscal y el FOGASA; y revocando la citada sentencia, debemos declarar y declaramos que el cese de la demandante constituye despido nulo, condenando a la entidad CLECE, S.A. a su readmisión inmediata, con abono de los salarios dejados de percibir, en cuantía de 31,51 €/día, sin expresa declaración sobre costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal



Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 00493569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/ CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 0693 18**, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso. Quedan exentos los trabajadores, Sindicatos y beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social.

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