



Roj: **STSJ CAT 2790/2024 - ECLI:ES:TSJCAT:2024:2790**

Id Cendoj: **08019340012024101750**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2024**

Nº de Recurso: **5313/2023**

Nº de Resolución: **2278/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA MACARENA MARTINEZ MIRANDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 28, 07-10-2022 (proc. 928/2021)., STSJ CAT 2790/2024**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG** : 08019 - 44 - 4 - 2021 - 8048312

MJ

**Recurso de Suplicación: 5313/2023**

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMO. SR. EMILIO GARCIA OLLÉS

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 17 de abril de 2024

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA núm. 2278/2024**

En el recurso de suplicación interpuesto por don Isidoro frente a la Sentencia del Juzgado Social 28 Barcelona de fecha 7 de octubre de 2022 dictada en el procedimiento Demandas nº 928/2021 y siendo recurridos MINISTERI FISCAL, FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) y APPLE MARKETING IBERIA, S.A., ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. Macarena Martinez Miranda.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Tutela de derechos fundamentales, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 7 de octubre de 2022 que contenía el siguiente Fallo:

"Que, estimando, parcialmente, la demanda interpuesta por Isidoro, debo declarar y declaro la improcedencia de su despido, producido con efectos de 21 de octubre de 2021, condenando a APPLE MARKETING IBERIA, S.



A. a que, a su opción, en plazo de cinco días a partir de su notificación de la presente sentencia, le readmita en su puesto de trabajo, o le abone una indemnización de 1073,09 euros; entendiéndose que, a falta de opción en plazo, procede la readmisión; y con abono, en caso de readmisión, de salarios de tramitación desde la fecha de efectos del despido, hasta la de readmisión efectiva; con arreglo a una antigüedad de 25 de mayo de 2021 y a un salario (con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias) de 2373,81 euros mensuales; y desestimando la acción por despido nulo por vulneración de derechos fundamentales. "

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO. Isidoro , con Documento Nacional de Identidad NUM000 , prestó servicios por cuenta y orden de APPLE MARKETING IBERIA, S. A., con Código de Identificación Fiscal A58022724; con categoría profesional de Personal Técnico y Especialistas de Oficina, en el centro de trabajo sito en Rambla de Catalunya, 18, con jornada de trabajo de cuarenta horas semanales, haciendo también teletrabajo; con un horario de lunes a viernes de 7 a 18 con descanso para comer (contrato de trabajo indefinido de 12 de mayo de 2021 y nóminas, de documentos 1 y 2 de la sociedad, a folios 64 a 96).

SEGUNDO. La empresa tiene como actividad: "otra investigación y desarrollo experimental en ciencias naturales y técnicas" (CNAE 7219), con más de veinticinco trabajadores, y tiene su domicilio en la Carrera de San Jerónimo, 1, 3ª planta, de Madrid.

TERCERO. El salario del actor, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias, ascendía a 2373,81 euros brutos mensuales, que se le abonaba normalmente a partir de cada día 10 del mes siguiente, mediante transferencia bancaria.

CUARTO. El actor no ostentaba cargo sindical alguno, ni estaba afiliado a ningún Sindicato.

QUINTO. El 21 de octubre de 2021, la empresa comunicó al actor una carta de despido disciplinario, de esa fecha de efectos, por faltas muy graves de los artículos 54.2 del Estatuto de los Trabajadores y 27.1.c) del Convenio Colectivo, firmada, en representación de la entidad, por Baldomero (documento 4 de la sociedad, a folios 113 a 123).

SEXTO. El 10 de septiembre de 2021, por la mañana, el actor pidió a su manager ( Salome ) tener una conversación con ella. A continuación, ambos conectaron vía webex.

El actor le dijo que él tenía pesadillas, que oía voces con mensajes subliminales. Estuvo hablando con ella de historias sobre religión. El actor manifestó a la manager que él había soñado varias veces con una mujer musulmana hablando en francés y diciéndole que él pensaba que le quería hacer daño. El actor dijo a su manager que esa mujer era ella.

Durante la llamada, el actor hizo a la manager preguntas personales. El actor le preguntó acerca de su religión y le dijo que nunca podrían ser amigos porque ella era musulmana y él era cristiano.

Tras colgar ella, el actor hizo una nueva videollamada a la manager y le dijo que había personas desconocidas en su casa y le preguntó si debía hacerles caso. Al enfocar la cámara hacia dichas personas, la manager comprobó que se trataba de la Policía y de sanitarios. La manager le dijo que les hiciera caso. El actor empezó a gritarle y le dijo que nunca más le hablase o le contactase. La comunicación del actor no permitía a la manager hablar o llevar la conversación.

SÉPTIMO. La manager solicitó un cambio de persona supervisora del actor. La Senior Antonieta asignó al actor un segundo manager, para proteger a la primera de su comportamiento y del impacto que estaba teniendo en ella.

El actor envió varios mensajes al teléfono móvil de la mujer y la llamó de forma insistente a pesar de que ella le pedía que no se pusiera en contacto con ella.

OCTAVO. En septiembre de 2021, el actor estuvo ausente de su puesto de trabajo y justificando algunas ausencias después de varios requerimientos de su People Business Partner ( Juan Carlos ).

El 10 de septiembre de 2021, el actor tuvo un parte médico (sin baja médica) de solo ese día.

Desde el 13 hasta el 17 de septiembre de 2021, el actor tuvo un parte de hospitalización, sin baja médica.

El 15 de septiembre de 2021, el actor envió un informe de hospital, de 10 de septiembre de 2021, con el que trató de justificar sus ausencias.

Entre las indicaciones recogidas en dicho informe, figuró la recomendación de abstenerse del consumo de THC (cannabis).



NOVENO. El 27 de septiembre de 2021, a las 12.27, el supervisor Carlos María comunicó al actor, por correo electrónico:

"Gracias por su tiempo durante la puesta al día de hoy. Enviando este correo electrónico a sus direcciones de correo electrónico corporativas y también personales para su referencia.

En primer lugar, gracias por acusar recibo del plan de compensación para el año fiscal 22.

Lo he adjuntado a este correo electrónico para su referencia. Una vez que comencemos con nuestros 1-1s regulares en octubre, explicaré adecuadamente los objetivos comerciales para el año fiscal.

En cuanto a la situación de las ausencias durante las últimas semanas, a continuación, se presenta un breve resumen:

Semana del 13 al 17 de septiembre: Todo ordenado con la documentación facilitada y se ha añadido al sistema la baja por enfermedad retribuida.

Semana del 20 al 23 (el 24 fue festivo): Se requiere una justificación de la ausencia. Trabajaste medio día el lunes 20, por lo que tenemos que justificar la mitad del lunes, martes, miércoles y jueves. Como se mencionó en la llamada, esto se discutió por teléfono la semana pasada y también por correo electrónico captura de pantalla adjunta para su referencia. En esta etapa le recomiendo encarecidamente que se tome un tiempo para hacer el registro de CatSalut esta semana y obtener la documentación de ausencia de la semana pasada. Te volveré a llamar el jueves para comprobar el progreso. En el peor de los casos utilizamos las vacaciones anuales para esos 3,5 días de la semana pasada.

Semana del 27 de septiembre al 1 de octubre: Trabajaste media jornada el lunes y el resto de la semana ha sido aprobada como vacaciones anuales.

Te llamaré el jueves Isidoro . Si tiene alguna pregunta mientras tanto envíeme un correo electrónico y podemos acordar un horario adecuado para que ambos hablen."

DÉCIMO. La semana del 13 al 17 de septiembre de 2021, el actor no trabajó ni facilitó ninguna información sobre su situación. Después de pedírselo varias veces y de facilitarle instrucciones para hacerlo, el 23 de septiembre de 2021 remitió el informe médico que refería que él estuvo ingresado en el hospital por un brote psicótico que podría ser consecuencia del consumo de sustancias.

Los días 21, 22 y 23 de septiembre de 2021, el actor no trabajó ni facilitó justificación de las ausencias. Su nuevo manager le había dado esas instrucciones de cómo hacerlo.

UNDÉCIMO. En el informe de alta médica del actor, del Hospital Mare de Deu de la Mercè, de las Germanes Hospitalàries, consta:

Paciente derivado desde el Hospital del Mar tras ser llevado por SEM por cuadro de agitación. COVID+ motivo por el que es derivado a nuestra Unidad COVID-Psiquiátrica.

Orientación diagnóstica:

Primer episodio psicótico probablemente desencadenado por consumo de sustancias (documento 9 de la sociedad, a folios 165 a 168).

DUODÉCIMO. La empresa entregó al actor el Plan Anual de Compensación de 2022, con inicio el 1 de octubre de 2021, con un Incremento de Salario Fijo de 2,76%.

DECIMOTERCERO. El 14 de noviembre de 2021, el actor interpuso papeleta de conciliación, sobre despido nulo o subsidiariamente improcedente, con sus efectos legales.

El 3 de diciembre de 2021, a las 9.24 horas, se celebró dicho acto, con el resultado de: Sin avenencia, por oposición de la sociedad, por medio de representante legal con poder notarial, por las razones que alegaría en el momento procesal oportuno."

**TERCERO.**- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte demandada APPLE MARKETING IBERIA, S.A., a la que se dio traslado, impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Por la parte actora se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, estimando parcialmente la demanda, declaró la improcedencia del despido acordado con fecha de efectos 21 de octubre de 2021, condenando a la entidad demandada a que a su opción a ejercitar



en el plazo de cinco días desde el dictado de la sentencia, le readmita en su puesto de trabajo o le abone una indemnización por importe de mil setenta y tres euros con nueve céntimos (1073,09 euros), entendiéndose que a falta de opción en plazo procede la readmisión, con abono en este último caso de salarios desde la fecha de efectos del despido hasta la de readmisión efectiva, con arreglo a una antigüedad de 25 de mayo de 2021 y a un salario, con inclusión de prorrata de gas extraordinarias, de dos mil trescientos setenta y tres euros con ochenta y un céntimos (2.373,81 euros) mensuales, desestimando la acción por despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, y no efectuando pronunciamiento alguno respecto al Ministerio Fiscal. El recurso ha sido impugnado por la entidad demandada, que interesó su desestimación con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

Constituye el objeto del recurso interpuesto la calificación de la medida extintiva empresarial, instando sea la de nulidad con los efectos inherentes a tal declaración.

**SEGUNDO.-** Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (si bien sin expresa cita), como primer motivo, la parte actora recurrente denuncia la infracción de los artículos 2 y 26 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y la no discriminación, así como de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de discapacidad. Se argumenta que la situación del actor en el momento del despido era equiparable a una discapacidad en los términos recogidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la misma fue la motivación de su despido, por cuanto la empresa había entregado al actor, con posterioridad a los hechos que motivaron el despido, el Plan Anual de Compensación de 2022 con inicio el 1 de octubre de 2021 e incremento de salario fijo del dos con setenta y seis por ciento (2,76 %). Por todo ello, se insta la revocación del pronunciamiento de instancia por lo que se refiere a la calificación de la medida extintiva empresarial acordada, postulando que sea la de nulidad debido a que trajo causa de la enfermedad presentada, con los efectos inherentes a tal declaración.

Opone la parte demandada, al impugnar el recurso, que el actor no acreditó sufrir una enfermedad que pudiera equipararse a una discapacidad ni indicio sobre la relación de causalidad entre la decisión de la compañía y la supuesta enfermedad presentada. Asimismo, esgrime que en la fecha del despido no se encontraba en vigor la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, por lo que no procedería concluir sobre la nulidad del despido, derivando éste de hechos suficientemente graves para justificarlo.

La cuestión controvertida se circunscribe a la calificación de la medida extintiva, habiendo considerado la sentencia de instancia que ha de ser la de improcedencia al haber sido acreditados los hechos que lo sustentaron si bien concurría en el actor una falta de imputabilidad subjetiva.

En aras a clarificar los presupuestos fácticos determinantes de nuestro pronunciamiento, procede traer a colación el pacífico relato fáctico de la sentencia de instancia, del que, en síntesis (por obrar reproducido en los antecedentes de hecho de esta resolución) se colige que el 10 de septiembre de 2021 por la mañana, el actor pidió a su manager (Sra. Salomé ) tener una conversación con ella, conectando ambos vía webex. El actor le dijo que tenía pesadillas, que oía voces con mensajes subliminales, hablando con ella de historias sobre religión, y manifestó que había soñado varias veces con una mujer musulmana hablando en francés, y que pensaba que le quería hacer daño. El actor manifestó a su manager que esa mujer era ella, y le efectuó preguntas personales manifestándole que nunca podrían ser amigos porque ella era musulmana y él cristiano. Tras colgar ella, el actor hizo una nueva videollamada a la manager y le dijo que había personas desconocidas en su casa preguntándole si debía hacerles caso. Al enfocar la cámara hacia dichas personas, la manager comprobó que se trataba de la policía y de sanitarios. La manager le dijo que les hiciera caso. El actor empezó a gritarle y le dijo que nunca más le hablase o le contactase. La comunicación el actor no permitía a la manager hablar o llevar la conversación. La manager solicitó un cambio de supervisora del actor, asignándosele un segundo manager para proteger a la primera. El actor envió varios mensajes al teléfono móvil de la mujer y la llamó de forma insistente a pesar de que ella le pedía que no se pusiese en contacto con ella. En septiembre de 2021 el actor estuvo ausente de su puesto de trabajo, justificando algunas ausencias después de varios requerimientos de su People Business Partner ( Juan Carlos ). El 10 de septiembre de 2021 el actor tuvo un parte médico sin baja, y desde el 13 al 17 de septiembre de 2021 tuvo un parte de hospitalización sin baja médica. El 15 de septiembre de 2021, el actor envió un informe del hospital, de 10 de septiembre de 2021, con el que trató de justificar sus ausencias. Entre las indicaciones recogidas en dicho informe, figuró la recomendación de abstenerse del consumo de THC (cannabis). La semana del 13 al 17 de septiembre de 2021, el actor no trabajó ni facilitó ninguna información sobre su situación. Tras varios requerimientos, remitió informe médico que refería que había estado ingresado en el hospital por un brote psicótico que podía ser consecuencia del consumo de sustancias. Los días 21, 22 y 23 de septiembre de 2021, el actor no trabajó ni facilitó justificación de sus ausencias. Su nuevo manager le había dado instrucciones de cómo hacerlo. La empresa entregó al actor el Plan Anual de Compensación de 2022, con inicio el 1 de octubre de 2021, con



incremento de salario fijo de dos con setenta y seis por ciento (2,76 %). El 21 de octubre de 2021 la empresa comunicó al actor una carta de despido disciplinario.

Conviene precisar que la carta de despido imputa al actor la actuación del día 10 de septiembre de 2021, considerándose que los comentarios efectuados por el trabajador habrían sido discriminatorios de la superior jerárquica por razón de religión así como de falta de respeto del derecho a la intimidad de aquélla, y subsumibles en la falta contemplada en la norma convencional de maltrato de palabra u obra o falta grave de respeto y consideración a los jefes o jefas, compañeros o compañeras, subordinados o subordinadas. La sentencia de instancia considera que tal actuación concurrió, si bien acontece una imputabilidad subjetiva atendiendo al documento 9 aportado por la parte demandada, informe de alta médica.

Combate esta conclusión el recurso aludiendo tanto a la condición de persona con discapacidad del actor, a los efectos de aplicar la doctrina del TJUE sobre la discriminación por tal causa, así como la aplicabilidad de la Ley 15/2022, integral para la igualdad y no discriminación dada la fecha de los hechos. Dirimirémos de forma separada sobre cada uno de tales argumentos, en aras a una superior claridad expositiva.

#### I. La discriminación por discapacidad.

Con objeto de dirimir sobre la calificación del despido, procede recordar la doctrina constitucional en los supuestos en que se alegue que es discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales de la persona trabajadora, al considerar que corresponde a la empresa la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva *"y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción contraria a su legitimidad deducible claramente de las circunstancias"* ( SSTC 90/1997 y 136/2001). Con ello, tal y como ha matizado la propia doctrina constitucional, *"no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales ( SSTC 266/1993 , 144/1999 , y 29/2000 ), sino de que a éste corresponde probar, sin que le baste el intentarlo ( STC 114/1989 ), que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios"* ( SSTC 74/1998, 87/1998, 144/1999, 29/2000, y 136/2001). Ahora bien, para imponer a la empresa la carga probatoria descrita no basta la mera afirmación de discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una apariencia de aquella discriminación o lesión, haciéndose necesario que *"quien afirme la referida vulneración acredite la existencia de indicios que establezcan razonablemente la probabilidad de lesión alegada"*, añadiendo la doctrina constitucional que *"la aportación de tales indicios es, así, el deber que recae sobre el demandante que está lejos de hallarse liberado de toda carga al respecto y al que no le basta alegar, sin más, la discriminación o lesión de un derecho fundamental"*, sino que deberá aportar *"algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos normalmente constitutivos de lesión del derecho, le induzca a una creencia racional sobre su probabilidad"* ( SSTC 21/1992, 266/1993, 90/1997, 87/1998, 140/1999, 136/2001, - cita literal-, 207/2001, 30/2002, 66/2002, 17/2003, y 75/2010, entre otras). En suma, por parte del trabajador ha de aportarse un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental aludido, principio de prueba que ha de poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia ( SSTC 207/2001 y 75/2010).

Más específicamente, en relación a la discriminación por discapacidad objeto del recurso, la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo, de carácter reiterado y resencionada en la STS/4ª de 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017), se expresa en los siguientes términos:

*"Como acertadamente razona la sentencia recurrida, que toma en consideración la propia STJUE Daouidi, la situación de IT no puede servir para llevar a considerar al trabajador como afecto de una discapacidad como factor de protección frente a la discriminación. Hemos, pues, de desentrañar si esta consideración de la Sala de suplicación se ajusta a Derecho y si, en definitiva, con su conclusión pudiera estar contradiciendo la doctrina del TJUE.*

*En la sentencia de contraste el Tribunal de la Unión recogía lo que ya había afirmado en la STJUE de 11 abril 2013, HK Danmark ("Ring y Werge"), C-335/11 y 337-11, en la que había perfilado el concepto de discapacidad como factor protegido frente a la discriminación. Por vez primera el TJUE señalaba que, tras la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) que aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE.*

*El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: "las personas con discapacidad incluyen a 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". Por consiguiente, la Directiva 2000/78 , que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la*



*medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.*

*Ello supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad "comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración".*

*A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo ha hecho en las STJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; 1 diciembre 2016, Daouidi, C-395/15; 9 marzo 2017, Milkova, C-406/15; 18 enero 2018, Ruiz Conejero, C-270/16; y 11 septiembre 2019, DW, C-397/18".*

Por su parte, la STC 51/2021, de 15 de marzo, en relación a la discriminación por discapacidad ha recordado que *"la aplicación de la cláusula del artículo 10.2 CE conlleva que, en este tipo de casos, el tribunal otorgue especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada el 23 de noviembre de 2007, y cuya entrada en vigor para España se produjo el 3 de mayo de 2008. La Convención protege en su artículo 1 a quienes "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". Y proscribire en su artículo 2 la "discriminación por motivo de discapacidad", ante "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables"; señalando el artículo 5.3 que los Estados parte "adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables". La STC 3/2018, de 22 de enero, destaca que "según el Convenio existe discriminación por razón de la discapacidad tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado (el "efecto", en palabras del art. 2) debido a la acción de un responsable, que causa la 'distinción, exclusión o restricción' de alguno de los derechos de quien es discapacitado, sin que tenga que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal. De allí, la importancia que la propia Convención confiere a quien tiene a su cargo el evitar esas barreras restrictivas, de emplear los 'ajustes razonables' que eviten el resultado discriminatorio, esto es, 'las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales' (art. 2)" ( STC 3/2018, de 22 de enero, FJ 5)".*

En aplicación de esta doctrina, procede dirimir sobre la subsumibilidad de las circunstancias concurrentes en el concepto de discriminación por discapacidad, para concluir sobre la calificación del despido que únicamente será de nulidad en este último supuesto, de constatarse indicios de aquélla no desvirtuados de contrario.

Reviste particular relevancia al efecto el que la sentencia de instancia concluya sobre la improcedencia del despido por considerarse que en la fecha en que acaecieron los hechos relatados en la carta (10 de septiembre de 2021, y posteriores ausencias imputadas) el actor resultaba inimputable. Y tal conclusión jurídica, incombata en esta sede y relativa a la totalidad de hechos imputados (expresiones proferidas y ausencias del puesto de trabajo), se fundamenta en el documento 9 aportado a las actuaciones, del que deriva que en esa fecha el actor había presentado un cuadro de agitación debido al cual fue derivado al Hospital Mare de Deu de la Mercè de las Germanes Hospitalàries por el Hospital del Mar, al que a su vez había sido trasladado por el SEM, siendo su orientación diagnóstica la de episodio psicótico probablemente desencadenado por consumo de sustancias. A ello ha de añadirse que la propia descripción de los hechos acaecidos en la citada fecha denota que la empresa tenía conocimiento del, cuando menos, errático comportamiento del actor y de la intervención tanto de la policía como de sanitarios, por cuanto mediante videollamada el actor había enfocado la cámara hacia aquéllos, siendo así que la propia manager le había indicado que les hiciese caso. El expuesto relato fáctico, y el propio desarrollo de la conversación entre el actor y su manager en la fecha de los hechos, determina un panorama indiciario de que la empresa conocía o podía conocer que el trabajador se encontraba afecto de una patología de carácter psíquico, lo que se habría visto confirmado por el parte médico remitido por el actor a la empresa el 23 de septiembre de 2021, en que se informó de su ingreso hospitalario por un brote psicótico (ordinal fáctico décimo).



En tales circunstancias, estimamos que concurre panorama indiciario de que la empresa conocía la patología presentada por el actor, condición causada por una enfermedad diagnosticada que acarrea de forma evidente una limitación que podía impedirle la plena participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras. Y dicha condición podía tildarse, por su propia naturaleza, de previsiblemente larga o cuando menos de imprevisible duración en el tiempo, por lo que resultaría subsumible en el concepto de discapacidad contemplado por la doctrina del TJUE. A tal conclusión coadyuva el que la empresa hubiese entregado al actor el Plan Anual de compensación de 2022, con inicio el 1 de octubre de 2021 e incremento del salario fijo en porcentaje de dos con setenta y seis por ciento (2,76 %), lo que desconecta causalmente la decisión de su desempeño laboral. En efecto, no se sustenta la carta en el mismo, pero resulta denotativo de conexión causal con la patología presentada el que el actor no fuese despedido de forma inmediata tras los referidos hechos (10 de septiembre de 2021), sino con posterioridad a recibir el parte médico en que se constataba el diagnóstico de brote psicótico (lo que conoció el 23 de septiembre de 2021).

A mayor abundamiento, hemos de subrayar que las conclusiones alcanzadas en la sentencia de instancia sobre la inimputabilidad del actor por los hechos acaecidos el 10 de septiembre de 2021 y la ausencia de indicios sobre la conexión de tal circunstancia con la decisión extintiva empresarial resultan difícilmente conciliables. Si era notoria tal inimputabilidad a la vista del relato fáctico y de la forma en que se desarrollaron los acontecimientos de la citada fecha, en ausencia de justificación objetiva y razonable sobre la medida extintiva, concurre el expuesto panorama indiciario de discriminación. Véase que la empresa basa sus imputaciones en una actuación que derivaba del estado patológico del actor, por lo que no puede concedérsele virtualidad a la misma para enervar el panorama indiciario de discriminación por discapacidad, al resultar las expresiones proferidas consecuencia del brote psicótico que presentaba el actor; lo que no pudo ser ignorado por la empresa ante la presencia de policía y sanitarios en su domicilio. Y tampoco resulta acorde a la citada doctrina jurisprudencial el que la sentencia de instancia atribuya a tal actuación efectos para enervar el panorama indiciario cuando, por otra parte, reconoce la inimputabilidad del actor (que no podía, insistimos, ser ignorada por la empresa).

Por todo ello, la subsunción del supuesto que nos ocupa en la doctrina expuesta determina la revocación del pronunciamiento de instancia sobre la improcedencia de la medida extintiva empresarial, debiendo calificarse como nula por discriminación por discapacidad.

## II. La discriminación por apariencia o discriminación por error.

La fecha de extinción de la relación laboral determina que no resulte aplicable la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, al establecer en su artículo 2.1 como causa de discriminación prohibida la *"enfermedad o condición de salud"*.

Ello no obstante, las circunstancias fácticas expuestas permiten que, aun cuando estimásemos que la empresa no conocía el diagnóstico del actor en el momento del despido (lo que ha sido desvirtuado por la prueba practicada), pudiéramos concluir sobre la concurrencia de panorama indiciario vulnerador del derecho a la igualdad por discapacidad por error o por apariencia. Si bien consagra la citada Ley 15/2022 su definición legal, se trataba de categoría ya existente y que, en consecuencia podía ser aplicada en la fecha de los hechos imputados en la carta.

Nos referimos con ello, tal como expusimos en nuestras sentencias de 1 de febrero de 2022 (recurso 5120/2021) y 14 de septiembre de 2023 (recurso 7903/2022), con cita de la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021 (recurso 160/2020), al concepto de discriminación consagrado por el artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, conforme al cual *"existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1" (entre ellos, la discapacidad). Y se exponía en la última de las sentencias citadas que "a diferencia del defectuoso concepto de discriminación directa por razón de discapacidad contemplado en nuestro derecho interno ( artículo 2.c 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), no se exige en la definición comunitaria (que prevalece) que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto sea discriminado por razón de discapacidad (este matiz ya ha sido destacado en la jurisprudencia comunitaria para admitir la discriminación por asociación: STJUE de 17.7.2008, Caso Coleman, C-303/06 ). En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad"*.

En aplicación de esta doctrina, el modo en que se desarrollaron los hechos imputados en la carta, las expresiones proferidas por el actor y la presencia de agentes de la Policía y sanitarios en su domicilio,



resultaban suficientes para imputar a la empresa un panorama indiciario de discriminación por error o por apariencia, aun cuando su situación patológica no se hubiese visto ulteriormente confirmada por el parte médico que refirió su diagnóstico; dicho sea a los meros efectos dialécticos ante la acreditación de tal conocimiento empresarial anterior al despido.

En definitiva, la subsunción del supuesto que nos ocupa en la normativa y doctrina constitucional expuesta conduce a estimar la infracción invocada, al haber resultado acreditada lesión del derecho fundamental a la integridad física o moral contemplada en el artículo 15 de la Constitución por traer causa el despido de la discapacidad, en los términos contemplados por la doctrina jurisprudencial expuesta, del trabajador, con las consecuencias inherentes a tal declaración. No postulándose ni en el recurso ni en la demanda iniciadora del procedimiento la indemnización adicional por daños y perjuicios derivada de la estimada vulneración de derecho fundamental, no ha lugar a pronunciarse sobre la misma.

**TERCERO.**- En aplicación del artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no procede efectuar expreso pronunciamiento en materia de costas devengadas en el recurso.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por don Isidoro contra la sentencia dictada en fecha 7 de octubre de 2022 por el Juzgado de lo Social número 28 de Barcelona, en virtud de demanda presentada a instancia de la parte recurrente contra Apple Marketing Iberia, S. A. y el Fondo de Garantía Salarial, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, en autos sobre despido seguidos con el número 928/2021, revocando la resolución recurrida y acordando en su lugar, con estimación de la demanda, declarar la nulidad del despido acordado con fecha de efectos 21 de octubre de 2021, condenando a la entidad codemandada Apple Marketing Iberia, S. A. a que readmita al trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión, manteniendo el pronunciamiento absolutorio respecto al Fondo de Garantía Salarial. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:





La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ