

**Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia de 19 Oct. 2021, Rec. 1/2021**

Nº de Recurso: 1/2021

Jurisdicción: SOCIAL

Despido discriminatorio de trabajadora en periodo de prueba por dar positivo en Covid

Cabecera

DESPIDO NULO. Nulidad del despido al estar causalizado por el Covid-19. La extinción del contrato se produjo durante el periodo de prueba. La comunicación de la posible infección por Covid y la comunicación del cese se produce de forma inmediata y prácticamente simultánea a la baja, sin haber dado tiempo a que la trabajadora cometiese disfunción alguna en sus obligaciones laborales. Se trata de un despido pluricausal, que enmascara y encubre la quiebra de un derecho fundamental, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y entonces la inicial validez del despido se torna en nulidad.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El TSJ País Vasco estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el JS Bilbao y se declara nulo el despido.

**RECURSO N.º:** Recurso de suplicación

SENTENCIA N.º:

**NIG PV**

**NIG CGPJ**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 19 de octubre de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. AA, Presidente en funciones, y BB, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Federica contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 9 de los de Bilbao de fecha 27 de abril de 2021, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por D<sup>a</sup>. Federica frente a XY y FOGASA.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D.BB , quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO. Doña Federica con DNI000 prestó servicios por cuenta de la empresa demandada XY desde el 8/09/20, con la categoría profesional de profesora y salario bruto anual de 37.464,36 euros.

SEGUNDO. La relación laboral se articuló a través de contrato de trabajo temporal de interinidad otorgado el 8/09/20 para prestar servicios a tiempo completo, sustituyendo al trabajador Don Arturo en situación de baja por IT.

En la cláusula tercera del contrato se pactaba un periodo de prueba de cuatro meses, expresándose textualmente "que la situación de IT no interrumpirá el periodo de prueba establecido".

TERCERO. A las 10:38 horas del viernes 11/09/20, la trabajadora remitió correo electrónico a la empresa con el siguiente contenido:

"Hola Rafaela, buenos días.

No me puedo creer lo que te voy a contar. Ayer empezó con tos seca y he continuado a peor durante toda la noche. Al levantarme he dado 37,8° así que he llamado al ambulatorio donde me han dicho que a lo largo de la mañana mi médico de cabecera se pondrá en contacto conmigo para valorar los pasos a seguir.

Todo esto se lo he comunicado a Julia por whatsapp a las 8, aún no he tenido noticias. Tan pronto sepa algo más, os voy comentando."

A las 13:19 del mismo día la actora remitió nuevo correo con el siguiente contenido:

"Hola de nuevo

Me acaban de hacer la pcr. A lo largo del finde me dirán el resultado.

En cualquier caso, el medico me ha dicho que si sale negativa tengo que hacer aislamiento 10 días contando desde hoy.

Y si sale positiva el lunes o martes me contactarán los rastreadores para hacer seguimiento de la gente cercana con la que he estado.

Te seguiré comentando para que toméis las medidas que consideréis oportunas.

Lo siento."

CUARTO. A las 18:57 horas del domingo 13/09/20 la representante de la empresa Sra. Rafaela, remitió correo electrónico a la trabajadora con el siguiente contenido:

"Estimada Federica

Según nuestra conversación del viernes 11 de septiembre, donde me dabas a entender que tus síntomas eran totalmente compatibles con el Covid, y que te habían hecho la prueba ese mismo día, y ante la posibilidad de que me lo comuniques por teléfono, te ruego nos confirmes el resultado para poder tomar las medidas pertinentes que protegan a nuestra comunidad educativa.

Entiendo que es un tema que concierne a tu privacidad, pero en este caso se trata de mantener la seguridad del resto del colectivo del colegio.

Espero tu respuesta, gracias."

A las 19:18 horas la actora contestó en los siguientes términos:

"Creo recordar que ese no fue el tema de nuestra conversación del viernes día 11 pero de cualquier forma y siguiendo las directrices que me ha marcado Osakidetza necesito que me proporciones nombre, dos apellidos y dni de todos los profesores de 3,4 de la eso y 1 y 2 de bachillerato así como los mismos datos para el equipo administrativo formado por tí, Rafaela y a Julia.

Como muy bien dices yo también creo que en este momento prevalece la salud de toda nuestra comunidad frente a la protección de datos así que espero que me facilites lo que me han pedido desde Osakidetza cuanto antes.

Mucho ánimo en momentos tan difíciles cuando tan importante es recibir apoyo y empatía. Por cierto, me encuentro muy bien. Gracias."

QUINTO. La actora causó baja por IT derivada de EC con el diagnóstico "COVID" con efectos al 11/09/20, permaneciendo en dicha situación hasta el 22/09/20.

SEXTO. Según resulta del oficio remitido por el INSS de fecha 12/04/21, la baja expresada en el Hecho anterior fue transmitida por el SPS a la entidad gestora el 15/09/20 y cargada en el sistema el 16/09/20.

SÉPTIMO. XY S.L. remitió a la trabajadora comunicación extintiva fechada el 14/09/20 del siguiente tenor literal:

"Muy Sr./a nuestro/a:

Por la presente le comunicamos que el 14/09/2020 quedarán rescindidas nuestras relaciones laborales por no superar en dicha fecha el período de prueba establecido en nuestro contrato de trabajo de fecha 08/09/2020."

OCTAVO. Don Arturo permaneció en situación de baja por IT hasta el 20/11/20.

NOVENO. La actora no ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de delegada de personal, miembro del comité de empresa o delegada sindical

DÉCIMO. El 28/10/20 se emitió por el responsable de la Sección de Conciliación de Bizkaia certificado de imposibilidad de tramitación del intento de conciliación previo a la tramitación del proceso judicial, dándose por cumplido el trámite a los efectos de los artículos 63 y 65 LRJS , constando presentada la papeleta el 7/10/20."

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda presentada por D<sup>a</sup>. Federica frente a XY, debo absolver libremente a la empresa demandada de las pretensiones frente a ella sostenidas."

**TERCERO.-** Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social nº 9 de los de Bilbao dictó sentencia el 27-4-2021 en la que desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora, relativa a despido, y ello por entender que el cese practicado se acomodaba a la facultad empresarial de extinguir el contrato de trabajo en el período de prueba. En cuanto que la empresa había actuado la cláusula prevista en el contrato de trabajo de interinidad otorgado el 8-9-2020, por la que se establecía un período de cuatro meses de prueba, sin que la situación de Incapacidad Temporal interrumpiese el mismo, se argumenta en la instancia que la empresa, procediendo al despido de la actora el 14-9-2020, había actuado correctamente, sin que del cese practicado se derivase consecuencia anómala alguna.

Se indica por el Magistrado de instancia que. por un lado, la vía actualizada no presenta ningún tipo de disfunción, pues en el periodo de prueba la situación de Incapacidad Temporal no determina ninguna irregularidad o discriminación por causa posible de las previstas en el art. 14 CE; y, en segundo término, se precisa que tampoco se ha cercenado ningún derecho fundamental, y ello porque la situación de Incapacidad Temporal como causa extintiva del contrato de trabajo no implica ninguna violación de Normativa Constitucional. Se añade a ello, según la instancia, que la empresa desconocía la situación de Incapacidad Temporal y que no se ha vulnerado ningún derecho a la vida, a la integridad física y moral o la dignidad, por afectación de la salud, en cuanto que no solo se ha actuado la facultad de extinción del contrato en el período de prueba, sino que la empresa desconocía cualquier diagnóstico del padecimiento de la trabajadora y tampoco se ha violentado ningún derecho a su intimidad, en orden a sus datos particulares, destacándose la prioridad de la protección de la Comunidad Educativa que implicaba la posibilidad de requerir un conocimiento sobre la situación de la operaría.

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora y a través de tres motivos, en el primero de ellos, por la vía del apdo. a) del art. 193 LRJS, pretende que se declare la nulidad de la sentencia recurrida, alegando que se ha producido indefensión por falta de motivación de ella, art. 120 CE en relación al 24 del mismo texto. Se viene a aludir en este motivo que no se ha valorado la prueba testifical, que no se ha hecho referencia en la instancia a un posible enmascaramiento por el empresario de la verdadera causa encubierta que motivó el cese, simulada con la articulación de la no superación del período de prueba, y prueba de ello es que el curso escolar todavía no había comenzado cuando se practica el despido. Y, por último,

se señala que tampoco se ha hecho alusión en la sentencia recurrida a la negativa a facilitar el resultado de la PCR por la trabajadora.

En la misma línea de oposición que realiza la empresa a este motivo de nulidad, lo vamos a desestimar. Partiremos para ello de indicar que la nulidad de actuaciones es un remedio de carácter extraordinario, que quiebra la dinámica y operatividad de los actos procesales, de manera que presumiéndose que los mismos son válidos y eficaces, solo cuando concurre un supuesto en el que se quiebra un derecho fundamental, produciéndose grave indefensión, es posible su apreciación (STS 30-1-2017, recurso 52/16).

Consideremos que la motivación de la sentencia es un postulado del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que las resoluciones judiciales deben ser congruentes con lo pedido, dotando de solución y respuesta a aquello que se pide (STS 25-4-2018, recurso 1835/16).

La necesidad de argumentar conforme a criterios racionales, sin arbitrariedad, pertenece a la esfera de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE (STS 13-9-2018, recurso 26/17)), y ello implica el que se otorgue esa respuesta a la que aludíamos, aunque ni a la sentencia se le exige la minuciosidad, ni ser exhaustiva en todas sus manifestaciones (TC 23-10-2006, sentencia 308).

Si lo anterior lo concretamos en la petición que realiza el recurrente, observaremos, en primer término, que los fallos desestimatorios no son incongruentes (STS 18-2-2003, recurso 1/2002; y, segundo, que la sentencia de instancia ha valorado con una motivación lógica y racional lo pedido y lo probado, ajustándose a la congruencia, y a la razonabilidad de su conclusión, y, por tanto, cumpliendo todos los criterios exigidos a las sentencias (véase, por todas, STC 24-7-2006, sentencia 246).

La sentencia recurrida ha abordado la problemática suscitada y ha concluido con la extinción del contrato de trabajo de la demandante por no superar el período de prueba, atribuyendo la facultad del art. 14 ET a la empresarial de forma que el que la actora se encontrase en situación de Incapacidad Temporal no vulnera ningún criterio, según doctrina que se cita; de otro lado, tampoco se acepta la improcedencia del cese por una quiebra de un derecho fundamental, atribuyendo desconocimiento a la empresa sobre cualquier situación de incapacidad, y en cualquier caso no encontrándonos ante una posible quiebra del derecho a la salud o la integridad, ni tan siquiera a la intimidad.

Por tanto, y en conclusión, respecto a este motivo, no es lo mismo el que el criterio de la representación de la trabajadora sea distinto al del Magistrado recurrido, que el que ello suponga

una quiebra del derecho a la defensa de la parte; y, a su vez, recordemos que la facultad de valorar la prueba en su conjunto, por razón del principio de inmediación, corresponde a quien preside la vista (STS 13-3-2019, recurso 63/18, y que la misma prueba testifical es una prueba de libre valoración por la instancia, de manera que si la ponderación realizada no coincide con aquélla que pretende el recurrente, podrá articularse el medio idóneo, pero no declarar la nulidad de la instancia (sobre inviabilidad de la prueba testifical en suplicación, por todas, STS 9-10-2019, recurso 91/18).

En conclusión: la discrepancia del recurrente en orden a la valoración de la prueba no implica que la sentencia de instancia haya incumplido ninguno de sus requisitos, mostrándose motivada y especialmente razonada, con independencia de que exista acuerdo o desacuerdo con ella.

**TERCERO.-** El segundo de los motivos, esta vez por la vía del apdo. b) del art. 193 LRJS, pretende modificar el relato fáctico, y apoyándose en el folio 22 el añadido que se postula es un nuevo hecho probado en el que se diga que el curso y la incorporación del alumnado comenzó el 15-9-2020.

La revisión, inicialmente, reúne los requisitos que se exigen para que prospere una modificación del relato fáctico (sobre dichos requisitos, por todas, véase STS 19-2-2020, recurso 169/18). Ahora bien, no se va a admitir dicha revisión porque: por un lado, carece de relevancia; y, de otro, prescinde de otros elementos ya valorados, y de los que se desprende que la actividad escolar se había iniciado, y así la demandante se había reunido con el equipo de dirección/administración y con el resto de compañeros tal y como se deduce de los mismos correos transcritos en la sentencia recurrida. De aquí, el que derivemos que existe cierta contradicción en la prueba que pudiera determinar el que solamente por hipótesis o conjeturas fuese admisible la relevancia del postulado que se insta (sobre necesidad de relevancia de la modificación, por todas STS 14-2-2020, recurso 130/18. Y, no olvidemos que pretende el recurrente construir una hipótesis o conjetura que tampoco es idónea para la revisión (STS 2-10-2019, recurso 153/18).

Aunque el documento era idóneo, y del mismo se deducía lo pedido, sin embargo, la carencia de virtualidad, y, a su vez, la contradicción con otros postulados, según indica la empresa, determina el que se desestime este motivo.

**CUARTO.-** En el motivo tercero, la recurrente, por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS, denuncia la infracción de los arts. 14 ET, 96 y 181 LRJS, y 14 y 18 CE. Realmente el recurrente pretende que se declare que ha existido un despido por el padecimiento del contagio por Covid-19, y que ello supone una discriminación, de manera que aunque se ha actuado la facultad de extinción del contrato de trabajo por no superar el período de prueba, con ello, realmente, lo que se está violentando y está ocurriendo es una quiebra de un derecho fundamental, como es el de no ser

discriminada por la infección Covid-19. A esto añade que existe una quiebra de su propia intimidad en cuanto que no existía obligación de llevar a cabo ninguna comunicación concreta a la empresa sobre posibles resultados de las pruebas médicas realizadas. Insiste el motivo en que no se postula un despido nulo por encontrarse la actora en situación de Incapacidad Temporal, sino por la sospecha de haber contraído el Covid.

Para toda su argumentación se parte de la existencia de un panorama indiciario que deduce del **mismo relato fáctico del que se desprende que la empresa conocía la posibilidad de contagio de la demandante y que actúa reactivamente ante su sospecha de que esto fuera así. invertida la carga de la prueba, según la tesis del recurso, corresponde a la empresa el descargo probatorio correspondiente.**

**QUINTO.-** Vamos a partir de la existencia de unos indicios claros y precisos sobre que el despido, con independencia de la posible actuación de la empresa de activar como causa extintiva la no superación del período de prueba, está íntimamente relacionado con el hecho de que la demandante era presunta enferma por Covid-19.

Nos basta la lectura de los Hechos Probados tercero y cuarto para llegar a esta conclusión. En aquél la demandante indicó a la empresa el 11 de septiembre de 2020 que presentaba sintomatología infecciosa y que le habían realizado una PCR, quedando pendiente del resultado; en éste. Hecho Probado cuarto, la empresa le indica que le solicitaba que se confirmase el resultado de la prueba para actuar las medidas pertinentes. Por último, y también de este mismo hecho, se deduce que la demandante contestó pidiendo la identificación de algunos compañeros y del equipo administrativo para que se realizase el correspondiente rastreo.

A todo ello añadiremos que conforme al Hecho Probado quinto se causó baja derivada de enfermedad común como el diagnóstico Covid con efectos del 11-9-2020, permaneciéndose en dicha situación hasta el 22-9-2020.

Se ha presentado un panorama lo suficientemente claro de que fue la situación comunicada por la trabajadora a la empresa el 11 de septiembre la que determinó el que se extinguiese su contrato de trabajo. Ello lo deducimos de: por un lado, la misma noticia transmitida por la demandante a la empresa; y, de otro, porque nada existió antes de ello que pudiera determinar la no superación del período de prueba. Así, y habiéndose iniciado el contrato el 8-9-2020, se procede a la extinción del mismo el día 14, de forma inmediata y prácticamente simultánea a la Incapacidad Temporal, el mismo lunes, sin que se hubiese llevado a cabo ningún elemento en la prestación de servicios del que poder deducir alguna disfunción o quiebra que no sea la situación de incapacidad Temporal



Este elemento fáctico requiere el que se complemente lo sucedido con la doctrina que indica la sentencia recurrida. En efecto, y en principio, extinguir un contrato de trabajo por la situación de Incapacidad Temporal no lleva consigo ninguna quiebra del derecho fundamental a la salud o a la igualdad, y por ello es posible el que el empresario extinga el contrato de trabajo por la Incapacidad Temporal del trabajador (STS 3-5-2016, recurso 3348/14). Solo es admisible que opere una causa de quiebra del derecho fundamental a la igualdad si la Incapacidad Temporal denota y refleja o es consecuencia de una discapacidad, en cuyo caso sí que nos encontramos ante una quiebra del derecho fundamental a la no discriminación (sobre ello véase STJUE 1-12-2016, C-395/15; STS 15-3-2018, recurso 2766/16 y 15-9-2020, recurso 3387/17, que nos ilustran sobre las situaciones de Incapacidad Temporal y de discapacidad).

La posibilidad de que el despido sea lícito cuando la causa es la Incapacidad Temporal del trabajador no presenta dificultades jurisprudenciales, según hemos dicho. Pero, lo anterior debe ser, todavía, relacionado con el denominado despido pluricausal, el que supone que actuándose una causa válida de extinción del contrato de trabajo, por tanto en principio aceptable en el mundo del derecho, sin embargo, con ella se está enmascarando una quiebra del derecho fundamental; quiebra esta que no puede ser obviada u omitida, y cuyo estudio debe prevalecer e imponerse al mismo formalismo de acomodo a la normativa que pueda actuar la empresa (STC 5-10-2015, sentencia 203).

En término generales, el despido en período de prueba cuando el trabajador inicia una Incapacidad Temporal es perfectamente válido (STS 3 de octubre y 12 de diciembre de 2008, recursos 2584/2007 y 3925/2007). En consecuencia, solamente si nos encontramos ante ese despido pluricausal, que enmascare y encubra una quiebra de un derecho fundamental, es posible enervar la facultad resolutoria de la empresa, prevista en el art. 14 ET.

**SEXTO.-** Desde todas las premisas anteriores, lo significativo va a ser determinar si el padecimiento de la actora de la enfermedad por Covid-19 puede considerarse un elemento de discriminación del trabajador. Si lo fuese y se le dotase de suficiente alcance para no encuadrarse la extinción acontecida dentro de las causas que ha previsto el art. 14 CE, derivaría una consecuencia del despido que examinamos, como es que el mismo es nulo por vulneración de un derecho fundamental; si no es una causa discriminatoria la consecuencia sería la confirmación de la sentencia recurrida.

El estado de salud de un trabajador o su enfermedad puede constituir un factor de discriminación, encuadrable dentro de la cláusula general de otras circunstancias o condiciones personales o sociales a las que alude el art. 14 CE (LA LEY 2500/1978); y puede ser un elemento de

discriminación a considera! por razón de que ésta incluye entre las causas odiosas de diferenciación la que proviene de la segregación de la persona. Efectivamente, si la discriminación proviene o puede tener su origen en la existencia de la enfermedad en sí misma entonces se eleva como causa inadecuada dentro del mundo del derecho y social. Cuando, en realidad, y por la naturaleza de la propia enfermedad, de ella deriva la estigmatización de la propia persona enferma, entonces lo acontecido se considera un reflejo de un elemento de discriminación que el ordenamiento debe de remover (STC 26-5-2008, sentencia 62).

Nos enfrentamos ante la determinación de si el contagio por COVID puede ser encuadrado dentro de una estigmatización de la persona.

Partiremos de que a fecha de la presente sentencia el número de infectados en España por el nuevo coronavirus asciende a casi cinco millones de personas, y el de fallecidos a más de 85.000.

Entre las primeras medidas adoptadas por el legislador para evitar la pandemia el RDL 6/20, de 10 de marzo estableció, art. 5, la situación de asimilada a accidente de trabajo el contagio y aislamiento por el Covid-19, medida ampliada al cuerpo de funcionarios por el RDL 7/20, de 12 de marzo, art. 11.

Dentro del ámbito legislativo observemos que el art. 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece la obligación del trabajador de cumplimentar todas las medidas necesarias para evitar el riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, informando de manera inmediata de las situaciones que entrañen riesgos y, también el trabajador debe colaborar para garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores (números 4 y 6 del art. 29 de la Ley 31/95).

Por último, la guía de actuación ante la aparición de casos de Covid-19 en centros educativos del 7-9-2021, publicada por el Ministerio de Sanidad, respecto a los casos sospechosos en el centro educativo, relativo a docentes u otro personal, indica que no se deberá acudir al centro de trabajo, con aislamiento en el domicilio, regulándose el sistema de notificación y estudio y manejo de los contactos.

Hemos referidos todas las anteriores bases normativas y de conducta para incidir en un elemento como es no solo el de la notoriedad y gravedad de la pandemia, sino la existencia de unos riesgos y unas medidas concretas respecto a los mismos, de tal forma que existe tanto un deber como un derecho por parte del trabajador cuando existe un contagio, que desde luego incide en la protección de la salud pública, el entorno laboral y del sujeto afectado.

De lo sucedido podemos deducir que la recurrente actuó idóneamente, puso en conocimiento el posible contagio del Covid-19 y se separó del centro, comunicando todas las circunstancias acontecidas y llevando a cabo sus obligaciones y deberes.

**SEPTIMO.-** La cuestión que debemos abordar, y que es la que subyace en la presente resolución, es la de responder a si el contagio por la pandemia puede ser un elemento de segregación o estigmatización por causa de enfermedad. Si lo es incide en una discriminación por causa de enfermedad, de la cual puede derivar la nulidad del despido; si no lo es, en este caso, nos encontramos ante un supuesto de enfermedad que no determina ninguna conculcación del principio de igualdad del art. 14 CE.

Una pandemia es una situación en la que existe una enfermedad infecciosa que se propaga geográficamente. La diferencia de una epidemia global y una enfermedad o afección es que ésta no es contagiosa, mientras que aquélla es fácilmente transmisible.

De aquí, el que nuestra primera conclusión es que vistos los datos que hemos significado anteriormente, y según la realidad que estamos viviendo, podamos partir de que la situación del presunto infectado por Covid-19 pueda ser considerada como una situación de posible rechazo, exclusión o marginación, que estigmatice o connote subjetivamente a la persona.

La Ley 33/11, General de Salud Pública, en su art. 6 indica que todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad, y la enfermedad, dice el número 3 del precepto, no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública. Es decir, que de la enfermedad no puede derivar ninguna limitación para actividades que no sean las exigidas por la salud pública.

Si se admite que pueda derivarse de una enfermedad un trato devaluativo del trabajador, no por estar enfermo, sino por la concreta enfermedad, entonces nos encontramos ante un elemento de segregación o discriminación por esta causa, y ello siempre que lo sucedido no derivase de otras circunstancias diferentes (por ejemplo por otro padecimiento de la salud que no fuese el Covid-19).

Los elementos objetivos de riesgo y alarma (no solo cuantitativos sino cualitativamente demostrados con toda la situación generada y la normativa emanada de la pandemia), nos llevan a concluir que nos encontramos ante un supuesto de discriminación cuando el tratamiento diferente en la empresa proviene de un posible contagio por Covid-19. Cuando la empresa actúa

reactivamente por la enfermedad contraída por el coronavirus está introduciéndose en un elemento de discriminación por causa del padecimiento, no por un elemento ajeno u objetivo como puede ser una incapacidad temporal sin relación específica a una enfermedad peligrosa, sino anodina.

La comunidad social también llega a esta conclusión, y veamos que el denominado estigma social asociado a Covid-19, Guía para la prevención y tratamiento del estigma social, elaborado por el grupo 5 de la Universidad Complutense de Madrid, y que no es sino la transcripción del documento elaborado en febrero de 2020 por IFRC, UNICEF y OMS, expresamente señala que el estigma social en el contexto de la salud es la asociación negativa de quien o quienes padecen una enfermedad específica, y ello en situación de pandemia puede significar la etiquetación, estereotipo, discriminación, trato separado o experimentar una pérdida de estatus por su relación con una enfermedad.

La conclusión de esta Guía es que el actual brote de Covid-19 ha provocado un estigma social y comportamientos discriminatorios frente a cualquier persona que ha estado en contacto con el virus. Las causas de ello son las siguientes: se trata de una enfermedad nueva y con grandes incógnitas; el miedo a lo desconocido padecido por el colectivo social, y el asociar ese miedo a los que son diferentes, los contagiados.

*Hemos incidido en que la trabajadora cumplió sus deberes sociales, y resulta importante el destacar que el miedo a la enfermedad puede determinar en el afectado el incumplimiento de ciertas precauciones o de la propia atención a su salud, y es lógico el procurar evitar el que se amparen conductas empresariales que puedan conducir a ocultar o enmascarar el padecimiento por parte del trabajador de su enfermedad, pues, además de la incidencia que desde una perspectiva subjetiva pudiera tener esa conducta del empleador en orden a la quiebra de un derecho fundamental; además de esa incidencia, decimos, debemos considerar la protección social que deriva de limitar conductas que puedan conducir a comportamientos de ocultación de la enfermedad.*

Nuestra conclusión es que se ha quebrado el art. 14 CE, y solamente indirectamente el derecho a la salud, y de ello va a derivar la declaración de nulidad del despido, que aludiremos en último lugar.

**OCTAVO.-** *Parece importante, a su vez, el destacar un elemento importante que, derivado de los criterios de la teoría general del derecho, conduce también a la conclusión de nulidad del despido.*

La polémica generada por los arts. 22 y 23 del RDL 8/20), en relación al 2 del RDL 9/20, es por la calificación del despido que se casualiza por el Covid-19, en su vertiente económica. Un intento de

*protección del tejido industrial ha vinculado la enfermedad Covid-19 con un mantenimiento del empleo. Pero, este tratamiento prescinde de un elemento esencial del derecho laboral, como es el de que éste se refiere a sujetos y personas. Si dejásemos al margen los criterios de protección de la persona, y solamente diésemos preferencia a los económicos/industriales, el derecho laboral perdería uno de sus elementos esenciales, que es el de, precisamente, la humanización de las relaciones laborales.*

*De aquí el que debemos vincular necesariamente los despidos objetivos, y su protección, con los mismos despidos a los que se enfrenta el trabajador por el contagio del Covid-19, pues la esfera macro no puede prescindir de la micro, o lo que es lo mismo de la situación del trabajador individual por el contagio del coronavirus.*

La repercusión en el ámbito industrial y empresarial también debe abordarse desde la perspectiva del sujeto implicado, y de la incidencia que en él tiene el contagio por la pandemia. En esta línea encontramos un criterio de analogía, por identidad de razón, art. 4, 1 del Código Civil, y creemos necesario para su reafirmación el aludir al fraude de ley, art. 6, 4 del mismo texto, en cuanto que una situación de riesgo social, de inquietud generalizada y del máximo esfuerzo societario para su superación, no puede desvincularse de la relación individual y atomizar o separar una facultad como es la de extinguir el contrato de trabajo en el período de prueba de la realidad acontecida y de todo el mecanismo y esfuerzo de protección del trabajo que se está realizando.

Prescindir de toda la significación de la pandemia por la individualidad de un caso, resulta contrario a los criterios de la normativa imperativa que se ha dictado para la situación de la pandemia.

**NOVENO.-** Ya hemos indicado que las consecuencias de la declaración de nulidad del despido, tal y como significa la empresa, van a ser el que la demandante perciba los salarios de tramitación hasta la fecha en que su contrato temporal por interinidad se hubiese extinguido, de conformidad al Hecho Probado octavo. Para ello seguimos el criterio jurisprudencial al efecto que señala que los casos en los cuales con anterioridad a la sentencia se ha extinguido el contrato, solo proceden los salarios de tramitación (STS 28-4-2010, recurso 1113/2009 (LA LEY 85134/2010), en relación a lo no discriminación que para estos casos ya estableció el máximo órgano constitucional, STC 21-7-2008, recurso 84/2008).

Queda por resolver la posible indemnización por quiebra de un derecho fundamental. Cuando existe una violación de tal derecho procede la indemnización (STS 19-12-2017, recurso 624/16), y ésta se aplica, generalmente, por el equivalente a la LISOS (STS 2-12-2020, recurso 97/19), si bien no existen criterios generales y debe apreciarse cada caso (STS 14-2-2020, recurso 130/18).

En el presente caso, es adecuado el importe mínimo de 6.251 euros, teniendo en consideración que se trataba de un contrato de interinidad que se extinguía en la fecha que hemos indicado, y que la misma sentencia de instancia había estimado la procedencia del despido.

No se hace declaración de costas por aplicación del art. 235 LRJS.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

## **FALLAMOS**

Se estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Bilbao de 27-4-2021, procedimiento NUM000, por don Javier Navea Taranco, Graduado Social que actúa en nombre y representación de doña Federicia, y se declara nulo el despido acontecido el 14-9-2020, condenando a la empresa XY, a estar y pasar por la anterior declaración, y a que abone a la trabajadora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el 20-11-2020, a razón de 102,64 euros al día, con exclusión de los días de Incapacidad Temporal y le indemnice con la suma de 6.251 euros, sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.