



Roj: **STSJ GAL 919/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:919**

Id Cendoj: **15030340012014100485**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2014**

Nº de Recurso: **3917/2013**

Nº de Resolución: **907/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

**NIG:** 32054 44 4 2013 0000495

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0003917 /2013MRA

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000124 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de OURENSE

**Recurrente/s:** COLEGIO CONCEPCION ARENAL SCG, Reyes

**Abogado/a:** ANTONIO VALENCIA FIDALGO, JOSE ANTONIO PEREZ FERNANDEZ

**Procurador/a:** ,

**Graduado/a Social:** ,

**Recurrido/s:** CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, MARTINEZ RANDULFE SL , MINISTERIO FISCAL , Juan Ignacio , Coral , David , COLEGIO MARTINEZ RANDULFE SL

**Abogado/a:** LETRADO COMUNIDAD(SERVICIO PROVINCIAL), , ANTONIO VALENCIA FIDALGO , ANTONIO VALENCIA FIDALGO , ANTONIO VALENCIA FIDALGO ,

**Procurador/a:** , , , , , ,

**Graduado/a Social:** , , , , , ,

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO SR D RICARDO RON LATAS

ILMA SRª Dª CARMEN NUÑEZ FIAÑO

En A CORUÑA, a once de Febrero de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**



## EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003917 /2013, formalizado por COLEGIO CONCEPCION ARENAL SCG, Reyes , contra la sentencia número 257 /2013 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000124/2013, seguidos a instancia de Reyes frente a CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, MARTINEZ RANDULFE SL, COLEGIO CONCEPCION ARENAL SCG, MINISTERIO FISCAL , Juan Ignacio , Coral , David , COLEGIO MARTINEZ RANDULFE SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/Dª Reyes presentó demanda contra CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, MARTINEZ RANDULFE SL, COLEGIO CONCEPCION ARENAL SCG, MINISTERIO FISCAL, Reyes , Juan Ignacio , Coral , David , COLEGIO MARTINEZ RANDULFE SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 257 /2013, de fecha veintidós de Abril de dos mil trece

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.- La actora ha venido prestando servicios para la empresa COLEGIO CONCEPCIÓN ARENAL SCG desde el 22-3-01 como profesora de educación infantil y salario de 2.371,44€ incluida prorrata de pagas extras. Dicha Sociedad cooperativa se constituyó el 9-7-09 asumiendo la titularidad del centro que era propiedad de Martínez Randulfe S.L siendo el Presidente de la cooperativa Juan Ignacio siendo directora . Coral y Jefe de estudios David . Es un centro concertado./SEGUNDO.- La demandante tuvo un hijo el 29-5-10, y estuvo en reducción de jornada desde el 7-11-11 que finalizó el 24-12-12. Estuvo de baja desde el 23-1-12 al 2-7-12 y desde el 21-8-12 al 24-12-12 estando con vacaciones del 3 de julio al 20 de agosto y desde el 25-12-12 periodo en que el centro está cerrado por Navidad./TERCERO.- El 6-2-12 la demandante fue sancionada que fue declarada injustificada por sentencia del Juzgado de lo social nº I de Orense de fecha 1-6-12 por estar prescritos la falta y falta de tipicidad dando por reproducida dicha sentencia al constar en autos./CUARTO.- La profesora Belen estuvo de baja desde el 7-6-11 al 7-11-12.

QUINTO.- En fecha de 8-1-12 se entrega a la demandante carta de despido cuyo contenido se da por reproducido al constar en autos negándose la demandante a recibirla y a abandonar el centro, por lo que se manda por burofax el 9-1-13./SEXTO.- El 26-3- 13 la empresa remite un burofax a la demandante dejando sin efecto el despido, estando de vacaciones desde esa fecha y que se incorporara el 2-4-13 y no lo hizo remitiendo burofax de porque no se incorporaba y se le entrega nueva carta de despido con efectos de 2-4-13./SÉPTIMO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores./OCTAVO.- El 13-1-13 la demandante celebró conciliación sin AVENENCIA en la UMAC presentando demanda en decanato el día 15-1-13.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por .. Reyes contra ,L.. **COLEGIO .CONCEPCION ARENAL SCG** sobre Despido, debo declarar y declaro nulo el despido del que la actora ha sido objeto el 8-1-13, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que readmita a la actora en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido y le abone los salarios de tramitación dejados de percibir razón de 79,05Euros/día hasta la efectiva readmisión de la demandante, debiendo devolver la cantidad percibida por la indemnización. Que debo absolver a Juan Ignacio , Coral Y David , MARTINEZ RANDULFE S L, COLEGIO MAR TINEZ RANDULFE S L y LA CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA de los pedimentos deducidos en su contra.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por COLEGIO CONCEPCION ARENAL SCG, Reyes formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 21-10-2013.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 11-2-2014 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La parte **actora** y la codemandada, **Colegio Concepción Arenal**, anuncian recurso de suplicación y lo interponen después solicitando, la demandante al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, ambas al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada.

Comenzando por el recurso de la demandante, respecto a la revisión de hechos probados, solicita la actora la **adición al hecho probado segundo** del siguiente texto:

*"Que en dicha BAJA DE IT de 23/2/2012 se le diagnosticó TRASTOR **NO** DE ANSIEDAD SECUNDARIA A CONDICIONES LABORALES HOSTILES (folio 306 y ss. del SERGAS), Que el 27/11/2012 la trabajadora solicitó reincorporarse a su jornada ordinaria tras la reducida por cuidado de hijos (folios 136, 301).*

Se acepta la revisión propuesta.

SEGUNDO.- Al amparo de su letra c), mediante examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada, alega la demandante infracción de la doctrina constitucional recogida entre otras en la sentencia del TC 247/2006 de 21 de julio, Jurisprudencia Tribunal Supremo y doctrina del Tribunal Superior de Justicia, que se citan. En cuanto que considera la demandante le corresponde el percibo de la indemnización fijada en el suplico de la demanda en la cuantía de 60.000 euros, por los daños y perjuicios irrogados por la vulneración de derechos fundamentales.

Respecto de esta cuestión hemos de señalar que, según tiene declarado el Tribunal Supremo, no es suficiente con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización ( SSTS de 9-6-1993 (RJ 1993, 4553), 22-7-1996, 20-1-1997 (RJ 1997, 616), 2-2 - 1998, 9-11-1998, 28-2-2000 (RJ 2000, 2242), 23-3-2000 y 11-4-2003 (RJ 2003, 4525), entre otras), sino que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dé las pertinentes razones que avalen y respalden esa decisión, y, en segundo lugar, que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase ( S<sup>a</sup> TS de 11-4-2003 ), correspondiendo al juzgador de instancia la facultad de fijar en su caso prudencialmente la indemnización que corresponda ( S<sup>a</sup> TS de 6-3-1998 (RJ 1998, 2994) ).

Así, para otorgar la indemnización es requisito que se produzca una petición expresa con determinación de cantidad y que el demandante pruebe los elementos sobre los que se sustente el daño o perjuicio indemnizable, con lo que se evita que la fijación de una indemnización pueda aparecer como algo arbitrario ( STS de 12-12-2005 (RJ 2006, 2876) ).

Con todo, no se establecen criterios legales para la cuantificación de la condena pecuniaria, por lo que ésta queda dentro del campo del arbitrio judicial, siendo el juez o tribunal de instancia el que fija discrecionalmente la cantidad indemnizatoria, en el bien entendido que para efectuar la cuantificación de la indemnización, el juzgador debe tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso y, en concreto, tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Pero ha de insistirse en que la lesión del derecho fundamental invocado debe haber producido unos daños, que pueden ser tanto materiales como morales ( STS de 8-6-2001 (RJ 2001, 5503) ). Y, respecto de los daños morales, se acude para la cuantificación al criterio de la ponderación de las circunstancias concurrentes del caso, de la consideración de la naturaleza de la lesión y del tiempo que duró el comportamiento antisindical e incluso se puede tener en cuenta para la determinación del importe la propia conducta procesal de las partes, como la del demandado que se limita a rechazar la cuantía reclamada, sin impugnarla ( STS de 16-3-1998 (RJ 1998, 2993) ).

En consecuencia, sentado que la simple violación del derecho a la igualdad (sin perjuicio de lo que luego se dirá) no entraña "per se" derecho a recibir una indemnización a cargo del responsable, no cabría sin más acordar la indemnización pedida, debiendo subrayarse que aún en los casos en que se aprecie una lesión del derecho fundamental de referencia, ha de desprenderse de los hechos probados la producción de un daño concreto, no bastando alegar tan sólo en qué puede consistir ese hipotético daño causado.

Por tanto no constando de los hechos probados de la resolución de instancia base fáctica alguna, que permita la cuantificación de la indemnización correspondiente, procede tal como resolvió la juzgadora de instancia, no fijar por tal concepto cantidad alguna.



TERCERO.- Por su parte la demandada formula recurso de suplicación únicamente en sede jurídica, en el motivo I, con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia la violación por interpretación errónea y no aplicación del artículo 22.1 y 2 de la Ley 1/00, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en relación con la disposición final 4ª de la Ley 36/11, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social y la violación por aplicación indebida del artículo 55. 5 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo y la violación por no aplicación del artículo 56. 1 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto que considera el recurrente que el artículo 22. I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite la terminación del proceso por satisfacción extra procesal o carencia sobrevenida del objeto litigioso, si bien el mismo artículo en su apartado 2º permite a las partes la subsistencia del litigio si existiere interés legítimo. Y en consecuencia de ello, considera que dado que en los hechos probados de la resolución de instancia se dice que el 26-3-13 la empresa remite un burofax a la demandante dejando sin efecto el despido, estando de vacaciones desde esa fecha y que se incorporara el 2-4-13 y no lo hizo remitiendo burofax de porque no se incorporaba y se le entrega nueva carta de despido con efectos de 2-4-13. Tal situación considera el recurrente, que supone un reconocimiento de improcedencia y que ha tal fecha han de ser fijados los salarios de tramitación. Pues la pretensión de la parte demandante de que continúe el procedimiento y que se celebre el juicio, si bien es lícita y está amparada en la doctrina jurisprudencial que se cita en la Sentencia, ha de ser matizada, porque ello repercute sobre los salarios de tramitación que deben de tenerse en el momento en que la empresa comunica a la trabajadora la fecha de incorporación (02.04.13) y ésta no acepta la oferta y continúa adelante con la impugnación del despido. Y con indemnización de 33 días por año de servicio.

Asimismo la recurrente discrepa de la calificación de nulidad del despido realizado en la Sentencia de instancia, porque cuando el despido está basado en ausencias, aun justificadas por enfermedad, no se considera discriminatorio sino concurre un elemento de segregación o estigmatización específico (Sentencias del T. Constitucional 62/2.008 y del T. Supremo de: 22.09.08; 18.12.07, 12.07.04 y 22.01.08); porque la enfermedad no está incluida expresamente como causa de discriminación ni en el derecho comunitario ( artículo 1. s) de la Dir. 2.000/78/CE y artículos 13, 136 y 137 del Tratado de la C.E.) ni en el derecho español ( artículo 14 de la Constitución Española y artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores) no siendo asimilable a discapacidad, que si está citada expresamente como causa de discriminación en la normativa comunitaria antedicha ( Sentencia T.J.C.E. de 11.07.06, Asunto: Chacón Navas C-I 3/05 y del T. Supremo: de 29.01.01) y tampoco puede considerarse que el despido de un trabajador/a por causa de su enfermedad sea nulo por vulnerar el derecho a la vida y a la integridad física ( artículos 10 y 15 de la Constitución Española), ni vulnerador de la garantía de indemnidad ( artículo 24 de la Constitución Española), al negarse que fuera una represalia por acogerse a su derecho a una baja médica, de forma que tales extinciones se han calificado de improcedentes (Sentencia del T. Supremo de: 22.11.07). En consecuencia considera que tampoco resulta acreditada la vulneración de derecho fundamental que aprecia la juzgadora de instancia.

Solicita que el despido, sea calificado como improcedente y condenada la empresa "Colegio Concepción Arenal, S.C.G." a optar entre la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo y el abono de los salarios de tramitación hasta el 02.04.13 (fecha en que la empresa le oferta la incorporación a su puesto de trabajo y la demandante no acepta) o el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, en cuyo caso, se extinguirá el contrato de trabajo con efectos de 8 de enero de 2.013, sin devengo de salarios de tramitación.

Finalmente en el motivo II.- Con carácter subsidiario y con amparo procesal en el artículo 193, c) de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia la violación por interpretación errónea del artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo.

Si se mantiene la declaración de nulidad del despido, considera el recurrente que ha de ponerse límite a los salarios de tramitación a abonar por la empresa a la trabajadora, ante el rechazo de ésta de incorporarse a su puesto de trabajo, a pesar del ofrecimiento realizado por la Patronal antes de la celebración de la conciliación judicial. se debe producir cuando se le comunica al trabajador la fecha de la readmisión, en este caso, se le dice que se incorpore el 02.04.13 (hecho probado sexto) y la trabajadora rechaza dicha oferta, sin causa justificativa alguna. Y por ello, estima que con carácter subsidiario, caso de mantener la declaración de nulidad del despido, los salarios de tramitación deben abarcar el periodo comprendido entre el 08.01.13 (fecha de efectos del despido) y el 02.04.13 (fecha de la readmisión rechazada por la demandante).

CUARTO.- El recurso de la empresa codemandada, Colegio Concepción Arenal, aunque en dos motivos en sede jurídica, realmente plantea tres cuestiones a resolver, dos de ellas, la primera, relativa a la terminación del proceso por la comunicación de readmisión efectuada por la empresa y la relativa a la limitación de los salarios de tramitación al 02.04.13, fecha de la readmisión rechazada por la demandante, están ya resueltas



por el Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias de las que podemos destacar una reciente de la Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 25 junio 2013 . (RJ 2013\5747), que aun cuando se refiere a un supuesto anterior a la reforma operada en 2012, resulta de aplicación al supuesto de autos, si bien con las particularidades que se desprenden de la propia reforma como luego se dirá.

Y en la que respecto de la limitación de los salarios de tramitación se dice: 1.- *La cuestión que se debate en las presentes actuaciones consiste en determinar el alcance temporal de los salarios de trámite cuando en el acto de conciliación administrativa la empresa se aviene a las pretensiones de la demanda [readmisión; cualidad indefinida de la relación; antigüedad; salario/día; y salarios devengados desde el despido], pero el trabajador rechaza el ofrecimiento. Supuesto en el que se suscita decidir si la percepción de los referidos salarios concluye en la fecha en que el trabajador despedido rechaza la readmisión ofrecida, o si contrariamente ese rechazo no impide que persista el ordinario devengo de la indemnización salarial hasta la fecha de notificación de la sentencia por la que se declara la improcedencia de la decisión extintiva.*

2.- *Tal como acertadamente nos recuerda el Ministerio Fiscal, la materia objeto de controversia ya ha sido decidida recientemente por la STS 05/02/13 ( RJ 2013, 2859) [rcud 1314/12 ], precisamente resolviendo recurso formulado por otros dos trabajadores de la misma empresa demandada que se hallaban en idénticas circunstancias profesionales al ahora reclamante, y que fueron objeto de despido en la misma fecha y que igualmente rechazaron idéntica propuesta readmisoria en el mismo acto de conciliación. Reiterando las afirmaciones fácticas contenidas en aquella sentencia, hemos de decir nuevamente que los referidos trabajadores, «que habían prestado servicios con anterioridad en la empresa demandada mediante sendos contratos de "puesta a disposición" y duración determinada de una E.T.T., suscribieron contratos "por obra o servicio determinado" [trabajos de galvanizado de material, según pedido de terceras empresas] directamente con la demandada ... El 16 de mayo de 2011 ... recibieron una comunicación de despido, con efectos desde el día 31 del mismo mes, en la que la empresa demandada les notificaba que "con dicha fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral". En el acto de conciliación administrativa celebrada ante el UMAC el día 5 de julio de 2011, la empresa manifestó que se avenía a las pretensiones de los actores, readmitiéndoles ... como trabajadores indefinidos y con la antigüedad inicial ..., "debiendo 3.- Formulada demanda por despido, el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Gijón dictó sentencia con fecha de 11/Octubre/2011 , declarando improcedente el despido y condenando a la empresa -entre otros extremos- a satisfacer los salarios de tramitación hasta la fecha de notificación de la propia sentencia. Decisión corregida por la STSJ 23/03/12 ( AS 2012, 1025 ) [rec. 265/12 ], que limita la percepción de los salarios de trámite hasta la fecha en la que se celebró la conciliación administrativa, argumentando que en «el supuesto analizado ... no es que el empresario se retracte unilateralmente de su primitiva decisión extintiva sino que se aviene a la pretensión formulada en la papeleta de conciliación» y que si bien «es cierto que no se produjo una recomposición real y efectiva del vínculo, ... también lo es que si los trabajadores no prestaron servicios fue porque no lo quisieron y, sabido es, que los salarios de tramitación tienen por objeto compensar o indemnizar al trabajador por un trabajo que no pudieron prestar por causa que a ellos no les fue imputable»; y que sólo la «mala fe explica la negativa a la reincorporación al puesto de trabajo por parte del trabajador, que pese a todas las garantías y presupuestos en que su readmisión tiene lugar, evita tal incorporación, concededor de los efectos que pese a ello lucrará»; por lo que la falta de reincorporación del trabajador en los términos señalados, debe llevar anudada la consecuencia de la pérdida de la indemnización por los salarios que se pudieran devengar a partir de esas fechas, por el período en que el trabajador no ha querido trabajar tras el acto de conciliación en que el empresario optó por la readmisión de los actores ..., pues así lo exige el criterio de la buena fe que debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto».*

.....1.- *Sin perjuicio de reconocer que la tesis sostenida por la decisión recurrida ofrece en principio cierta consistencia y que en su formulación argumental se presente no exenta de razonabilidad, lo cierto es que la Sala se inclina por mantener el criterio ya expuesto en nuestra precitada sentencia de 05/02/13 (RJ 2013, 2859) [rcud 1314/12 ], por ser el más acorde al significado extintivo que corresponde a la figura del despido, el más consecuente con la doctrina general sobre las obligaciones y contratos, y el que mejor atiende al derecho a la tutela judicial que corresponde al trabajador, partiendo todo ello de dos consideraciones elementales que no deben ser perdidas de vista, cuales son las de que el proceso tiene origen en una ilícita actuación del empresario y que los normales efectos del despido improcedente -que en el caso rechaza la sentencia recurrida- hubieran podido ser evitados por la empresa no solamente -como es obvio- con no haber adoptado una decisión extintiva contraria a derecho, sino también -como posteriormente indicaremos- con la adecuada consignación de las indemnizaciones en su momento debidas; de forma que la consecuencia indemnizatoria que se considera inadecuada obedece a la doble causa de ilicitud en la extinción contractual y de inaplicación de la medida legal que hubiera corregido aquel efecto.*

Y respecto de la cuestión de la terminación del proceso por ofrecimientos de readmisión, dice también la referida sentencia del Tribunal Supremo, ratificando el criterio de la juzgadora de instancia, que: " .....2.- Sentado ello cumple decir en apoyo de nuestra tesis que es consolidada doctrina jurisprudencial que el



ofrecimiento de readmisión llevado a cabo por la Empresa no restablece el contrato extinguido ni su rechazo por el trabajador constituye dimisión, tanto si la oferta se hace en cualquier actuación preprocesal, bien sea en conciliación extrajudicial [ SSTS 03/07/01 ( RJ 2001, 7797 ) - rcul 3933/00 -; 06/04/04 ( RJ 2005, 1982 ) -rcud 2802/03 -; 24/05/04 ( RJ 2004, 7097 ) -rcud 1589/03 -; 11/12/07 ( RJ 2008, 1210 ) -rcud 5018/06 -; 05/02/13 -rcud 1314/12 -] o tras ella [ STS 15/11/02 ( RJ 2003, 507 ) -rcud 1252/02 -], cuanto si se lleva a cabo una vez presentada la demanda [ STS 01/07/96 ( RJ 1996, 5628 ) -rcud 741/96 -] (Doctrina recordada por las SSTS de 07/10/09 ( RJ 2009, 5664 ) -rcud 2694/08 -; 07/12/09 ( RJ 2010, 255 ) -rcud 210/09 -; 11/12/09 ( RJ 2010, 2117 ) -rcud 660/09 -; 02/04/12 ( RJ 2012, 4780 ) -rcud 2951/11-, en obiter dicta ; y la ya referida de 05/02/13 -rcud 1314/12 -). Quedan a salvo, es cierto, los supuestos de retractación justificada por relevante vicio de la voluntad en el acto extintivo, pero incluso en este supuesto estaríamos en presencia de mera causa de anulabilidad que requeriría el ejercicio de acción tendente a la declaración judicial de la ineficacia del acto ( SSTS Sala I 18/03/08 ( RJ 2008, 3054 ) -rec. 361/01 -; 26/02/08 ( RJ 2008, 2819 ) -rec. 5674/00 -... SSTS Sala IV 07/10/09 -rcud 2694/08 -; 11/12/09 -rcud 660/09 -; y 26/04/10 ( RJ 2010, 3486 ) -rcud 2785/09 -).

Y «al efecto puede razonarse: a).- El despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el art. 49.1.k) ET ( RCL 1995, 997 99), de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción [ STS 11/12/07 ( RJ 2008, 1210 ) -rcud 5018/06 -]; b).- Esa tesis extintiva -el desistimiento del empresario es el molde conceptual en el que se encajan las diversas figuras de despido, al decir de la doctrina- que la jurisprudencia ha mantenido desde la STS 07/12/90 ( RJ 1990, 9760 ) [-rec. 520/90 -; dictada en Sala General], ha sido expresamente recogida por el legislador en la reforma del art. 55.7ET operada por la Ley 11/94 [19/Mayo] ( RCL 1994, 1422, 1651 ) ; c).- La acción ejercitada implica "una reacción frente al acto extintivo empresarial que tiene como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo", habida cuenta del "carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo" [en tal sentido, STS 21/10/04 ( RJ 2004, 7029 ) -rcud 4966/02 -]; d).- Desde la presentación de la papeleta de conciliación ya está constituida "la relación jurídica procesal que debe desembocar en la decisión judicial calificando el acto extintivo unilateral del empresario, y en su caso en la restauración del vínculo contractual, reparando los perjuicios causados"; e).- "No cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior con ofrecimiento de readmisión se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente, ni mucho menos la negativa del trabajador a reincorporarse implica dimisión de éste por entenderse que con la decisión empresarial dicho trabajador dejaba de estar despedido, privándole no sólo de una acción como la de despido ya ejercitada y del derecho a la calificación del acto empresarial"; f).- "La decisión empresarial de dejar sin efecto el despido producido ... no puede tener la eficacia de restablecer el vínculo laboral ya roto e inexistente y que la relación laboral que surge entre empresario y trabajador tiene por causa un contrato de naturaleza bilateral y consensual, lo que supone que su formalización exige la libre aceptación por ambas partes"; y g).- Pese a ello, "no cabe duda de que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes", en aplicación de los arts. 1261 y 1262 CC ( LEG 1889, 27» ( STS 07/10/09 -rcud 2694/08 -, refundiendo argumentaciones anteriores). 3.- Por lo mismo -como argumentábamos en nuestro precedente de 05/02/13 rcul 1314/12- «si no resultaba obligado para los trabajadores aceptar la oferta de readmisión que el empresario les formuló en el acto de conciliación administrativa, tal vez la mejor solución empresarial para limitar hasta entonces el devengo de los salarios de trámite, al margen de su eventual compensación "hasta que [el despedido] hubiera encontrado otro empleo" ( art. 56.1.b ET ) o, en su caso, su incidencia respecto a posibles prestaciones de desempleo del afectado, no era insistir en esa oferta de reincorporación después de extinguido el vínculo con carácter constitutivo, sino sustituirla por la alternativa de la indemnización, consignándola, beneficiándose así de dicha limitación en la forma prevista de modo expreso en el párrafo segundo del art. 56.2ET ».

Por tanto, a la vista de la Jurisprudencia referida, que resulta de aplicación aun tras la reforma operada por el R.D.L 3/2012, y la Ley 3/2012 de 6 de julio, publicada en el BOE el 10 de octubre de 2012 y con entrada en vigor al día siguiente de tal publicación, no cabe duda que no podemos apreciar satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida, como solicita la empresa recurrente, y respecto del abono de los salarios de tramitación, habrá de estarse a la calificación que obtenga la actuación empresarial, en la resolución que ahora se dicta. Dado que en la instancia se declaró la nulidad del despido, y por la recurrente se alega improcedencia por razones de fondo. En cuyo caso no se devengan salarios de tramitación.

QUINTO.- En cuanto a la tercera cuestión, relativa a la alegación de inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, la juzgadora de instancia considera que se debe estimar la demanda, y la calificación del despido como nulo, pues se ha acreditado la vulneración del principio de igualdad, y esto es así porque se despide por la causa prevista en el artículo 52 c) ET y en la carta solo se hace referencia a *faltas de asistencia* por lo que estaríamos en su caso ante la causa prevista en el artículo 52 d) ET , y en ella se dice que no se



computarán bajas por enfermedad superiores a 20 días como es caso, por lo que el despido carecería de toda causa, y no es lógico que se aleguen dichas faltas para despedir a la demandante y *existiendo otra persona con una baja de larga duración no se la despida, no acreditando las supuestas faltas injustificadas*, -siendo además significativo que se haga mención a que la demandante no asistió durante las vacaciones y que durante 2011 se alegue que no acudió por la maternidad, lactancia o cuidado de hijo para lo que pidió la reducción de jornada, no siendo tampoco causa de despido. Por lo tanto de la carta de despido y alegaciones vertidas por el Colegio, como por el hecho de que existiendo otra persona con baja de larga duración no se la despida y se la haya permitido incorporarse a su trabajo en noviembre, se determina la vulneración del principio de igualdad. Concluyendo que se debe considerar que el despido es nulo por vulneración de derechos fundamentales.

El recurrente opone al criterio de la magistrada de instancia que cuando el despido está basado en ausencias, aun justificadas por enfermedad, no se considera discriminatorio sino concurre un elemento de segregación o estigmatización específico (Sentencias del T. Constitucional 62/2.008 y del T. Supremo de: 22.09.08; 18.12.07, 12.07.04 y 22.01.08); porque la enfermedad no está incluida expresamente como causa de discriminación ni en el derecho comunitario ( artículo 1. s) de la Dir. 2.000/78/CE y artículos 13 , 136 y 137 del Tratado de la C.E .) ni en el derecho español ( artículo 14 de la Constitución Española y artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores ). La parte recurrente alega también la infracción de los artículos 14 de la Constitución Española y 17 del Estatuto de los Trabajadores con cita de las Sentencias del Tribunal Constitucional 136/1987 (RTC 1987, 136) y 177/1993 y de la sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7764).

Estas infracciones pueden examinarse de forma conjunta en la medida en que el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores es una concreción en el ámbito laboral de una de las previsiones del artículo 14 de la Constitución Española . El argumento central del motivo parte, como ya se ha dicho, de la existencia de una diferencia de trato, para afirmar, en definitiva, que el empresario está obligado a respetar la igualdad de trato, salvo que exista una razón suficiente para excluirla. Las sentencias de 17 de octubre de 1990 ( RJ 1990, 7929 ) y 23 de septiembre de 1993 ( RJ 1993, 7032) señalan que «el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado» y «esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 (RTC 1984, 34), la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación». Ello es así porque, según la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el principio de autonomía de la voluntad deja «un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales», salvo cuando «la diferencia de trato en materia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o por el Estatuto de los Trabajadores».

Esto diferencia claramente el ámbito del principio de igualdad y el de la prohibición discriminatoria, pues mientras que el primero se vincula a la Ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos ( sentencia del Tribunal Constitucional 161/1991 [RTC 1991, 161]), el segundo extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas relaciones privadas. Por ello, tanto la doctrina constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 52/1987 [RTC 1987, 52], 136/1987 y 177/1993, entre otras), como la de esta Sala ( sentencias de 13 de mayo de 1991 [ RJ 1991, 3909], 22 de mayo de 1991 [ RJ 1991, 6826], 27 de noviembre de 1991 [ RJ 1991, 8420], 14 de octubre de 1993 [ RJ 1993, 8051], 7 de julio de 1995 [ RJ 1995, 5483], entre otras) consideran que es contrario al principio de igualdad, el trato diferente no justificado establecido por un convenio colectivo para los trabajadores temporales. Pero para ello se pondera que el convenio colectivo, aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 29.1.2001 (RJ 2001, 2069) afirma: "*... Es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al actor se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad. Pero la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5513), el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que*



*históricamente han estado ligadas a formas para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º del Estatuto de los Trabajadores, .....*"

Este criterio se manifiesta también en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9656), en el recurso 2639/2004. Esta sentencia, por otra parte, no es una resolución aislada, sino que forma parte de una serie de decisiones de esta Sala en las que se ha sostenido de manera uniforme la misma tesis de que el despido en casos como el presente ha de ser calificado de improcedente y no nulo. La primera de dichas sentencias sobre despido por enfermedad es, en casación para unificación de doctrina, es la de fecha 29 de febrero (sic) de 2001 (RJ 2001, 2069) (rec. 1566/2000), a la que han seguido Sentencias del TS 23-9-2003 (sic) (RJ 2006, 1923) (rec. 449/2002), STS 12-7-2004 (RJ 2004, 7075) (rec. 4646/2002). En todas estas resoluciones se ha llegado invariablemente a la conclusión de que en aquellos supuestos, como los enjuiciados, en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores -ET- ("faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes", que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo.

Y en la misma línea argumental el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 22 enero 2008. (RJ 2008\1621) (que cita el recurrente) sostiene que la declaración de nulidad del despido que lleva a cabo la sentencia de instancia parte del conocimiento de la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina, contenida en sentencias como las de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2006, 1923) o 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 7075), pero afirma que desde que se produjo la transposición de la Directiva 2000/78 a nuestra legislación mediante la Ley 62/2003 (RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892), ha de calificarse de discriminatoria aquella conducta que introduzca condiciones desfavorables por razón de discapacidad, situación ésta en la que cabe encuadrar a la incapacidad temporal, de forma que el despido de una persona que se encuentre en incapacidad temporal y motivado realmente por esa causa, (discapacidad) con independencia de la que se invoque formalmente, tendrá que ser calificado de nulo.

Como señala la sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia núm. 642/2013 de 15 julio. (JUR 2013\29317)

No es posible la equiparación de la enfermedad a la discapacidad. En principio hay que decir que, efectivamente, esa condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003 (RCL 2003, 3093; RCL 2004, 5 y 892), que ha dado nueva redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º ET ("Los trabajadores ... en la relación de trabajo ... tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables. Y así se rechaza esa equiparación afirmando que "la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.

Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la





mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.

Como ha recordado STS 22-11-2007 (RJ 2008, 1183) (citada) la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de 11 de julio de 2006 (TJCE 2006, 192) (asunto Chacón Navas), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social num. 33 de Madrid. De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 (LCEur 2000, 3383) excluye la 'equiparación' de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que 'la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período', por lo que 'una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78'. A ello se añade que 'ninguna disposición del Tratado CE (RCL 1978, 2836) contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad' y que 'no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva '(discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual)''.

En este mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) Caso HK DanmarkDansk almennyttigt Boligselskab contra HK DanmarkDansk Arbejdsgiverforening. Sentencia de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013\122).

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 enero 2008, considera que: "... la resolución que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, en la que se parte también del conocimiento de la doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, contraría al pronunciamiento de instancia. Sin embargo, para la mayoría de los Magistrados integrantes del Pleno de la Sala de lo Social de Cataluña (trece de un total de 24) la conducta desplegada por la empresa ha de ser calificada de discriminatoria y como tal el despido del actor, mera consecuencia de ella, ha de ser declarado nulo, pero *no por las razones que ofrecía la sentencia de instancia, en la que se equiparaba discapacidad e incapacidad temporal*, sino porque en este caso la empresa había escogido un grupo de trabajadores en situación de baja laboral y -se dice literalmente en ella- "... ha determinado, sin constancia de otro motivo que dicha circunstancia, la extinción de sus respectivos contratos de trabajo. No se perfila así, y en dicha decisión, la enfermedad como una simple circunstancia genérica de incapacidad para el trabajo que caracterice una relación laboral para hacerla inconveniente para la empresa, realidad a la que se ha referido el Tribunal Supremo; no estamos, hemos de insistir, ante el despido de un trabajador en una empresa que ha valorado negativamente, y desde la perspectiva estrictamente económica, su situación de baja laboral o de enfermedad; sino ante el de un no insignificante grupo de trabajadores a los que se selecciona y distingue en atención, sí, a dicho criterio".

Y se añade un poco después que de esta forma "... se identifica un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad, clase a la que reduce o niega importantes derechos, incluido el de ocupación, y a la que da, en consecuencia, un trato de inferioridad que, a nuestro juicio, debe encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 de la Constitución y las prescripciones de los arts. 4.c y 17 del Estatuto de los Trabajadores ....."

La decisión de esta Sala será, sin embargo y finalmente, revocada por la sentencia del Tribunal Supremo de referencia. Recuerda el Alto Tribunal, que el art. 14 de la Constitución Española contiene dos normas diferenciadas, la primera, enunciada en el inciso inicial, prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (o de otras disposiciones jurídicas) por parte de los poderes públicos; y la segunda, que se extiende al ámbito de las relaciones entre particulares, establece la prohibición de discriminaciones ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Motivos que son los específicamente enunciados en el art. 14 CE ("nacimiento", "raza", "sexo", "religión", "opinión") y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social"). Para el Tribunal Supremo la cláusula final del art. 14 CE "no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales puesto que, dirá, "en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta". De esa forma, concluirá, "los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que "históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas". Así, y en los términos de STC 166/1988 (RTC 1988, 166), se trata de "determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas" que han situado a "sectores



de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE".

Esta concepción de la discriminación, en la que coinciden como se ha visto la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria, no debe ser sustituida, concluiría el Alto Tribunal, "por la expresada en la sentencia recurrida, donde se omite la referencia a los móviles específicos de la conducta discriminatoria". Así, pues, deberá mantenerse la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación y la enfermedad "en sentido genérico", "desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo", no puede ser considerada en principio como un motivo o "factor discriminatorio" en el ámbito del contrato de trabajo".

Se trata, dirá, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores; y, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que "el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa". De ahí que, y si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) Estatuto de los Trabajadores, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación.

Por tanto siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y como señala el TC, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo, así ocurrirá singularmente, basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

SEXTO.- En atención a lo expuesto éste, parece ser el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por el órgano judicial de instancia ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva, el factor enfermedad no ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Por decirlo de otra manera, la empresa ha despedido a la trabajadora por estar enferma, y no por considerar que dicha enfermedad le incapacite para desarrollar su trabajo, y sin embargo no lo hace con la otra trabajadora, con bajas igualmente de larga duración.

Como hemos expuesto el Tribunal Constitucional afirma que la enfermedad puede ser en determinadas circunstancias un factor de discriminación análogo a los del artículo 14 y encuadrable en la cláusula genérica de las otras condiciones personales o sociales. Por ello procederá determinar si en el caso de autos se da ese factor de segregación que supone según el propio Tribunal Constitucional el hecho de que el factor enfermedad sea tomada en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral.

La empresa como señala la juzgadora de instancia alega para despedir que no asistió durante las vacaciones y que durante 2011 no acudió por la maternidad, lactancia o cuidado de hijo para lo que pidió la reducción de jornada. Y que no se acreditan las supuestas faltas injustificadas, -siendo además significativo que se haga mención a que la demandante se alegue a lo que añade guarda relación el hecho de que existiendo otra persona con baja de larga duración no se la despida y se la haya permitido incorporarse a su trabajo en noviembre. Resultando de ello que la empresa por ese motivo ha procedido a su despido, sin atender a si la enfermedad limitaba o no la capacidad del trabajador.

Y como hemos expresado anteriormente tanto el Tribunal Supremo, como con más precisión el Tribunal Constitucional, admiten la posibilidad de que la enfermedad sea un factor discriminatorio cuando concurren circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. Ello sucederá en los casos de enfermedades que supongan socialmente un estigma, pero puede suceder también en aquellos casos en que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo; es decir, se le discrimine por estar enfermo, con independencia del tipo de enfermedad.

Y eso es lo que pone de relieve la realidad y plasma la reiterada jurisprudencia; a partir de la reforma del año 94, suprimida la nulidad del despido en situación de enfermedad se ha ido abriendo paso una práctica cada vez más frecuente en el ámbito laboral que consiste en despedir al trabajador por el hecho de estar enfermo. Pero es que el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada va más allá al admitir que la discriminación supone un



comportamiento contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes ( art. 10 CE .) y que la enfermedad puede constituir un factor de discriminación:

a) Cuando el factor enfermedad suponga la estigmatización como persona enferma de quién la padece (tesis coincidente con la del Tribunal Supremo), o b) Cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada. El Tribunal Constitucional amplía el supuesto del artículo 14 "...otra circunstancia o condiciones personales y sociales..."; a aquellos supuestos en los que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada.

Y eso es lo que sucede en el caso de autos, y consideramos que el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores , no da cobertura, a este tipo de despido, pues lo que regula es el despido objetivo, por ausencias al trabajo (52. d) excluyendo el cómputo a tal efecto de aquellas ausencias que tengan una justificación legal, y en concreto la enfermedad o accidente no laboral que exceda de 20 días. No da, pues, cobertura la norma a un despido por el hecho de estar enfermo, o de tener una enfermedad que socialmente se considere un estigma.

No parece coherente que la Constitución proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia -siendo expresión de ello los derechos a la integridad física y la salud (art. 15 ) el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social ( art. 40 ) el derecho a la protección de la salud ( art. 43.1 ) el derecho al trabajo ( art. 35 ) el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo ( art. 40.2 )- y que se pueda, con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo. Concretamente en el supuesto de autos, por estar en situación de incapacidad temporal, de larga duración.

Estima por ello la Sala que en el caso de autos no hay ningún elemento ajeno a la enfermedad que justifique el despido, pues como exige el Tribunal Constitucional, no se pone en relación la enfermedad con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación. Considerando con la juzgadora de instancia, que ha habido vulneración de derechos fundamentales y que en consecuencia la declaración que procede es la de nulidad del despido, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, y que en el caso enjuiciado vienen marcadas como resolvimos en este mismo Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 163/2013 de 4 diciembre , ( JUR\2013\55365), y 981/2013 sentencia de veintiuno de Junio de dos mil trece , pues en la fecha de efectos del despido, ya estaba vigente la nueva redacción del art. 51 1º 2º párrafo, dada por el R.D.L 3/2012 , y la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 de 6 de julio , debiendo estarse a esta última, publicada en el BOE el 10 de octubre de 2012 y con entrada en vigor al día siguiente de tal publicación, siendo la versión dada por esta última ley a la que ha de estarse habida cuenta que el despido se produce el día 8 de enero de 2013.

Y en consecuencia,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandante, y la empresa demandada, contra la sentencia de fecha 22/04/13, dictada por el Juzgado de lo Social num. 3 de Ourense , en autos 124/13, confirmamos la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá consignar la cantidad de 600 euros en concepto de depósito para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Sala abierta en BANESTO con el nº 1552 debiendo indicar en el campo concepto, "Recurso" seguida del código "35 Social Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio, el código "35 Social Casación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ