



Roj: **STSJ CAT 7887/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:7887**

Id Cendoj: **08019340012014105208**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **01/07/2014**

Nº de Recurso: **956/2014**

Nº de Resolución: **4753/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE QUETCUTI MIGUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8018388

AF

Recurso de Suplicación: 956/2014

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. IGNACIO M^a PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGRO

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY

ILMA. SRA. M^a DEL MAR GAN BUSTO

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

ILMA. SRA. ASCENSIÓN SOLÉ PUIG

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA

ILMO. SR. FELIX V. AZÓN VILAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

ILMA. SRA. M^a MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA



ILMA. SRA. JUANA VERA MARTÍNEZ

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

ILMO. SR. ENRIQUE JIMENEZ ASENJO GOMEZ

En Barcelona a 1 de julio de 2014

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 4753/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Connecta Call Center, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 19 de noviembre de 2013 dictada en el procedimiento nº 398/2013 y siendo recurridos D^a Sonia , Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de abril de 2013 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinario, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo íntegramente la demanda presentada por Sonia contra CONNECTA CALL CENTER, SL en demanda de impugnación de DESPIDO DISCIPLINARIO, y declaro la nulidad del despido notificado el 11.3.13, por concurrir vulneración de los arts 24.1 CE, 14 y 15 CE (por indefensión y discriminación en el despido, y lesión al derecho a la integridad física), condenando a la demandada a la inmediata readmisión de la demandante en sus anteriores condiciones así como al pago a la demandante de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, así como al pago de una indemnización de 10.000€ por daños morales y al importe de 600 € en concepto de honorarios de su letrado. Con absolución del Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de su responsabilidad legal. "

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

1.- La demandante presta servicios para la demandada (empresa que ocupa a unos 400 empleados dedicada al telemarketing telefónico) desde el 20.9.11, inicialmente por medio de una ETT y, desde el 19.12.11, contratada directamente por la demandada. Su categoría profesional es la de "teleoperadora especialista", y la retribución, de 38,24 € al día, incluida la prorrateo de pagas extras.

2.- La demandante estaba adscrita al servicio denominado "campaña Planeta". En una reunión con la responsable de la plataforma, el mes de febrero de este año, 2013, las nueve trabajadoras adscritas al servicio fueron felicitadas por la misma por su profesionalidad (hecho tercero de la demanda, conforme, y declaración testimonial, coincidente).

3.- En fecha 1.3.13 sufrió un accidente de tráfico camino del trabajo, que le provocó un "latigazo cervical" del que fue asistida médicamente en la mutua de accidentes, siéndole librado comunicado de baja médica en la misma fecha, iniciando proceso de incapacidad temporal que finalizó con alta médica el día 28.3.13 (folios 80-84).

4- Diez días después del accidente, en fecha 11.3.13, estando en situación de incapacidad temporal, la demandante recibió comunicación escrita de despido disciplinario (folio 7, que se da por íntegramente reproducido), con el siguiente tenor literal:

"La Dirección de esta empresa le comunica por medio de la presente que, en base a las facultades que a la misma le reconoce el art. 54 ET, ha tomado la decisión de dar por rescindido su contrato de trabajo, procediendo a su despido por la efectiva disminución en su rendimiento, que viene manifestándose de forma continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible desarrollada por Vd. en períodos anteriores, y transgresión buena fe contractual.

Además las continuas advertencias e intentos de corrección sobre su rendimiento nunca han sido tenidas en cuenta por Vd., haciendo caso omiso a las mismas.



Así, y como ejemplo, en el último mes de trabajo su ratio ha sido en febrero de 0,82 cuando el ratio promedio del resto de sus compañeros de trabajo en este mes es de un 0,87, cuando el objetivo de la campaña es un 1,20. Lo que ratifica las manifestaciones antes realizadas respecto a su disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de su trabajo y transgresión buena fe contractual.

Los hechos expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el apartado 2,e) art. 54 ET, surtiendo efectos a partir de hoy 11.3.13."

5.- El despido había sido propuesto en la misma fecha del despido, 11.3.13, por la superior de la demandante y responsable de la "campaña Planeta", Camila, que remitió correo electrónico a RRHH de la empresa del siguiente tenor literal (folio 50):

"Solicito el envío de un burofax comunicándole el despido en la campaña de planeta para Sonia, su ratio del mes de febrero fue de 0,82 comparándolo con Eufrasia en 0,87 y Lucía en 0,84, siendo el ratio necesario de la campaña 1,20".

6.- En la fecha del despido, 11.3.13, cuatro de las trabajadoras adscritas al servicio "campaña Planeta" (de un total de nueve) estaban en situación de incapacidad temporal, por lo que la dirección de la demandada decidió -a propuesta de la supervisora- el despido de las cuatro, a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio (declaración testimonial de Camila, minutos 14-20).

7.- La demandante, a fecha 6.9.13, fue diagnosticada de trastorno de ansiedad generalizado por un perito médico, sin que conste ni medicación específica ni atención psiquiátrica o psicológica especializada, ni medicación específica por causa del mismo (doc. 7 actora). Ha hecho 20 sesiones de rehabilitación funcional en una mutua privada por la cervicalgia resultante del latigazo cervical (folio 99).

8.- La demandante es madre soltera, con hijos menores a su cargo (hecho conforme).

9.- En fecha 18.7.13 se intentó la conciliación previa, con resultado de sin efecto por incomparecencia de la demandada, que constaba debidamente citada

TERCERO.- En fecha 3 de diciembre de 2013 se dictó auto de aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Disposo recitificar l'error material en el sentit que la demandada, per tal d'anunciar vàlidament recurs de suplicació, haurà de consignar les quantitats objecte de condemna (salaris de tramitació, indemnització i honoraris del lletrat de la part demandant)."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada CONNECTA CALL CENTER, S.L., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora D^a Sonia impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que declara nulo el despido por fraude de ley y vulneración de derechos fundamentales (arts. 10,14,15 y 24 CE), presenta recurso de suplicación la parte demandada, que ha sido impugnado por la adversa. El objeto principal del recurso de la empresa, es revocar la declaración de nulidad del despido, acordado por la empresa en situación de baja por incapacitado temporal de la trabajadora, provocada por un accidente laboral in itinere, decisión que admite la propia demandada que sería improcedente, al ser ficticia la causa formalmente alegada en la carta. Subsidiariamente, el recurso interesa que se rebaje el valor de la indemnización acordada y se deje sin efecto, o se rebajen, la multa y los honorarios de letrado. El escrito de impugnación apoya toda la fundamentación de la sentencia, oponiéndose a la modificación fáctica planteada y a las pretensiones subsidiarias.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso, el único dirigido a combatir los hechos probados, se presenta por la vía del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social al pedir la empresa la revisión del hecho probado sexto, para añadir el dictado que se oferta.

Pretendiéndose realizar la modificación propuesta en base a la valoración alternativa de dos declaraciones de los testimonios, no pueden ser revisadas por esta Sala, por así establecerlo el artículo 193 b) - que únicamente posibilita la modificación de hechos probados en base a la valoración de la prueba documental y pericial que evidencie un error del juzgador - este motivo no puede ser atendido. Por otra parte, también destaca que ninguna trascendencia aportaría la incorporación del párrafo que se pretende ya que la misma empresa ha admitido la falsedad de la causa alegada en la carta.

Que lo precedentemente señalado conduce a la desestimación del motivo.



TERCERO.- A partir de los hechos indicados, se examina el segundo motivo del recurso, que tiene por objeto el examen de las infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia, correctamente planteado por la vía del artículo 193 c) de la LRJS . SE articula el motivo en seis apartados (de la A a la F) y se expone, en el primero (A) que la sentencia infringe la jurisprudencia que se invoca, al calificar nulo el despido por vulneración del artículo 24 CE , en base al carácter ficticio de la imputación disciplinaria y el fraude de ley.

Denuncia el recurrente a la indebida aplicación de la figura del fraude de ley, tal y como se valora en la STS 2-11-1993 , en la que el TS refiriéndose al artículo 108-2 de la LPL , indica que el precepto enuncia de manera taxativa y cerrada los casos en los que el despido debe ser calificado como nulo, sin que en ninguno de aquéllos se pueda introducir la referida figura del despido fraudulento la cual, por lo tanto, no tiene actualmente referente ni apoyo legal. Cita la doctrina jurisprudencial reiterada referida a los despidos fraudulentos, que el TS ha declarado que se tienen que calificar de improcedentes y no nulos (STS 19-01-1994 (1994-352) , 14-05-1994 (1994-4014), 31-05-1994 (1994-5370). Autos del TS de 16-09-1997 (1997- 6571), con referencia a otras sentencias de la Sala de lo Social del TS, en la que se concluye que los despidos nulos serán sólo los que taxativamente estén comprendidos en el artículo 108 LPL . Reitera en el mismo sentido la cita de doctrina posterior.

En este punto, parte la sentencia de una extensa argumentación, recordando las modificaciones legislativas operadas desde el TE de 1984, sobre la causa y la forma del despido y sus consecuencias respecto a la nulidad o la improcedencia de la decisión extintiva. La sentencia impugnada sitúa el marco jurídico general del despido y la exigencia de causalidad, marco que no impugna el recurso de suplicación, que deriva de:

- 1 .- Los artículos 49 , 52 y 54 TE, no modificados por la Ley 3/2012 .
- 2 .- El convenio 159 de la OIT, de 22-06-1982, ratificado por España el 18 de febrero de 1985, sobre la exigencia de causalidad justificada, - relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio - en la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, que hay que considerar norma integrada en el Ordenamiento jurídico por efecto del artículo 96-1 CE y 1.5 del Código Civil .
- 3.- El artículo 35-1 CE , en la doctrina sentada por el TC en las sentencias 22/81 , 192/03 , entre otros, que remarcan que el artículo 35.1 CE , en el derecho al trabajo, en la vertiente del derecho a la continuidad o estabilidad en la ocupación, supone el derecho a no ser despedido sin justa causa.

Concluye el magistrado de instancia estableciendo que el despido en nuestro ordenamiento jurídico es causal, no libre, y en consecuencia la obligatoriedad de la calificación judicial del despido cuando se realiza con causa ficticia o con ausencia de causa, en base al que dispone el artículo 108-2 de la LRJS entendiéndose en este punto que la causa ficticia no puede ser considerada un defecto meramente formal determinante de la sanción de improcedencia, por aplicación del artículo 24 CE , en aras de garantizar la tutela judicial efectiva. En resumen, entiende que por esta vía que es aplicable la consecuencia del artículo 55-5 del E.T ., para garantizar la tutela judicial.

La conclusión final del anterior razonamiento de la sentencia impugnada, no puede ser compartida por esta Sala, pues la constatación de antijuridicidad de una conducta no siempre tiene que comportar la nulidad, sino que el legislador, incluso aplicando el marco jurídico expuesto, puede determinar otra consecuencia, como es el caso de la regulación actual en el Estado Español, en la norma vigente del E.T., después de las diversas reformas, tal y como ha valorado reiteradamente la jurisprudencia del TS y las sentencias del TC.

Es cierto que es preciso recordar el principio general de regulación de la causalidad del despido, informador del TE, y de la prohibición del fraude de ley, que forma parte del ordenamiento jurídico, arte. 6.3 del CC: "*Los actos contrarios a las normas imperativas a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*" y el apartado 4 dispone: "*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico y contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir*"

También tiene en cuenta la sentencia, el Convenio de la OIT 158, de 22 de junio, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario, ratificado por Instrumento de 1985 y publicado al BOE de 29 de junio del mismo año. Que el art. 4 del citado Convenio establece que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio". Y el art. 6.1 del mismo, aclara que "la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo".



Respetando la extensa argumentación del magistrado de instancia, hay que decir pero que es cierto lo que alega el recurso de suplicación, y es que desde la STS de 19 de enero de 1994, entre otra, una reiterada y constante jurisprudencia del TS concluye que desde la LPL de 1990, ha desaparecido de nuestro Derecho positivo la figura del despido nulo por fraude de ley, o el despido nulo por inexistencia de causa o por causa ficticia, por no existir la imputación realizada o por considerarse la que se hace totalmente inaceptable. Este criterio ha sido reiterado en las sentencias que cita el recurso de manera constante y reiterada.

Respeto a la aplicación del Convenio de la OIT, también se ha advertido que el mismo precepto no vincula a la declaración de nulidad como consecuencia de la vulneración de los requisitos de causalidad, que si tiene que estar presente en el ordenamiento jurídico. Y también que se tiene que advertir que el artículo 1 especifica que deberán darse efecto a las normas del presente convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por medio de los contratos, convenios colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales o de cualquier otra forma conforme con la práctica nacional, Y en este decisivo punto la doctrina no se conforme a la aplicación directa del precepto, que es controvertida.

Así, en la aplicación de la citada normativa de la OIT, se indica por la jurisprudencia que las consecuencias indemnizatorias quedan cubiertas con la declaración de improcedencia del despido, en tales casos, se la sanción legalmente prevista que se corresponde con la aplicación de la norma invocada y con la regulación del artículo 6 del Código Civil que no impone como única solución la nulidad. Reiterando lo anterior es de señalar que la prohibición del despido por motivo de enfermedad o lesión, siguiendo el contenido del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, sólo produce la consecuencia indemnizatoria propias de la declaración de improcedencia, pues como señala la sentencia del TS de 12-7-04, esas consecuencias corresponden perfectamente al invocado art. 6 del Convenio 158 de la OIT, en el que se dice que la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad no puede constituir causa justificada de la terminación del contrato de trabajo y por ello se debe calificar como improcedente o lo que es lo mismo, sin causa justificada.

Por otra parte, la reciente sentencia del TS de 17-02-2014, en la que se declara la nulidad de un despido nulo, de carácter colectivo, cuando examina el fraude de ley, en la redacción del artículo 124-9 de la vigente LRJS, recuerda que no contradice la doctrina jurisprudencial de la inexistencia de nulidad del despido individual por fraude de ley (sentencia del TS de 02/11/93; 15/12/94; 30/01/95; 02/06/95; 23/05/96) y tiene en cuenta la redacción de el art. 122.2.b, por remisión del artículo 124.13.a3r de la LRJS, que regula la extinción por causa objetiva y el fraude de ley por superación de los topes previstos para considerar el carácter colectivo de la decisión. Por lo tanto, la "nueva" doctrina que expone esta sentencia del TS, reiterada en la de fecha 20/02/2012, en el mismo sentido, no permite hacer extensiva a la doctrina de fraude de ley en el despido disciplinario, con la ampliación de la consecuencia de nulidad.

En consecuencia, entiende esta Sala que está vinculada por la interpretación jurisprudencial expuesta en las sentencias que cita el recurso, tal y como establece el art. 1-6 del Código Civil, de acuerdo con la estricta aplicación de la dicción legales de los artículos 53-4, 55-4 y 5 E.T. y 108 de la LRJS interpretados por la doctrina jurisprudencial antes referida. Por lo tanto, se estima el recurso de suplicación en este punto.

CUARTO.- En segundo lugar pasa el Magistrado de instancia a examinar la posibilidad de adicionar igualmente la declaración de la nulidad del despido en base dos circunstancias, la primera la baja médica por accidente in itinere y la segunda por la posible limitación o incapacidad parcial permanente que como secuelas del accidente podría derivar.

Ante esta segunda cuestión, el Juez "a quo" entiende y así lo explicita en el fundamento de derecho IV punto 1 párrafos dos a seis, que no puede aparecer como móvil dado que, la demandada no tenía conocimiento del diagnóstico y por haberse iniciado el despido por la supervisora y en fecha muy inmediata al accidente (10 días), por lo que no podía prever la hipotética incapacidad que pudiera resultar, máxime cuando el propio juzgador señala que tal hipotética incapacidad o limitación no se ha objetivado de la prueba practicada ni de la pericial médica.

Por ello, el análisis del posible carácter discriminatorio del despido debe centrarse exclusivamente en la circunstancia de que el despido tuvo por causa su situación de IT derivada del accidente in itinere.

Que en cuanto a la posible existencia de discriminación por causa de enfermedad o accidente de trabajo, el Tribunal Supremo ha venido señalando desde la lejana sentencia de 29-1-2001 que no lo es, como es de ver por la argumentación que la sustenta, así se señalaba ad litteram que: En este sentido las sentencias de 17 Oct. 1990, 23 Sep. 1993 y 17 May. 2000 señalan que «el art. 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, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación».

Es cierto que el art. 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 art. 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 May. 2000, 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 de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación 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 del art. 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 4 meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el art. 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, aún justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del art. 4.2 c). 2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador.

Que esta hermenéutica no puede considerarse como una interpretación asilada, tal como acontece del examen de otras sentencias posteriores que siguen la misma doctrina, así pueden citarse ad exemplum las de 12-7-04, 22-9-08, 27-1-09 y 12-7-12.

Que tampoco existe vulneración al derecho constitucional a la integridad física (art. 15 de la CE), pues dicha cuestión ha sido igualmente examinada por el Tribunal Supremo, entre otras en las sentencias de 22-1-08, 22-9-09, señalando esta última que: Aunque compartamos alguna de las afirmaciones que la decisión recurrida hace, sin embargo discrepamos de otras y -en todo caso- no coincidimos en la secuencia argumental, que parte de un erróneo presupuesto, cual es la «inaceptable asimilación» del derecho fundamental a la vida y a la integridad física [art. 15 CE] con el derecho a la protección de la salud [el art. 43.1 CE], pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que lo desarrollen [art. 53.3 CE], pero no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley (ATC 57/07, de 26/Febrero, FJ 3). El invocado derecho a la integridad física protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento» (SSTC 207/1996, de 16/Diciembre, FJ 2; 220/05, de 12/Septiembre, FJ 4); lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto de autos, en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal [intocados por el despido, ciertamente], sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico- [art.35 CE], que con independencia de si se trata de un derecho fundamental no tutelable con protección reforzada (STC 167/1990, de 5/Noviembre, FJ 3), o de un simple «derecho constitucional», por no estar incluido en la Sección Primera -sino en la Segunda- del Capítulo segundo del Título I (STC 166/1993, de 20/Mayo, FJ 1), lo cierto es que no excluye la extinción indemnizada del contrato, que encuentra apoyo en el acuerdo libre de voluntades que constituye la base del contrato de trabajo (STC 213/2005, de 21/Julio, FJ 9), fuera de los supuestos en que con la decisión extintiva se vulnera un derecho fundamental (no lo han sido el derecho a la integridad o el derecho a la salud, como hemos razonado). Se distorsiona la realidad de los hechos cuando se afirma -en la decisión recurrida- que la trabajadora ha sido represaliada por haber ejercitado su derecho a la salud [con la baja laboral y asistencia sanitaria], siendo así que en puridad el despido se produce por la situación



- inicialmente transitoria- de incapacidad para el trabajo, no por el parte de baja, que es materialización oficial de aquella imposibilidad laboral.

Que la resolución de instancia entiende que si acudimos a la sentencia del TS de 31-1-11 y aunque aparentemente mantenga la inmutable línea argumental que se ha transcrito, lo cierto es que la rectifica, hermenéutica que no comparte el criterio mayoritario de esta Sala. La citada sentencia, tal como se encarga de señalar examina dos situaciones distintas y por lo tanto no de igual solución, así señala ad pedem litterae que: *En efecto, la causa de decidir de la sentencia recurrida se funda en la vulneración del derecho reconocido en el art. 15 de la CE en la medida en que la amenaza de despido y su posterior ejecución por no producirse la reincorporación al trabajo implican una lesión al derecho a la integridad física del trabajador y en este sentido la sentencia recurrida se cuida de aclarar "la radical diferencia" entre el supuesto por ella decidido y los que han sido objeto de decisión por esta Sala, en los que si bien se despide por las consecuencias laborales de la morbilidad del trabajador no hay ataque a la integridad en la medida en que no se utiliza la amenaza de despido para que el trabajador abandone la baja que le ha sido prescrita. Por el contrario, en la sentencia de contraste, aunque se denunció por el trabajador la infracción del art. 15 CE, no hay ninguna reflexión sobre la amenaza de despido como atentado al derecho a la integridad física, dado que esa sentencia se limita a desestimar el motivo con la simple referencia a la doctrina jurisprudencial que cita, en concreto -y aparte de la doctrina de suplicación- la contenida en nuestras sentencias de 29 de enero de 2001, 23 de septiembre de 2002, 12 de julio de 2004, y 23 de mayo de 2005.*

Pues bien, ni estas sentencias, ni las que se citan en el recurso han abordado el problema que aquí se examina. En la mayoría de las sentencias de la Sala a las que se ha hecho referencia y en la más reciente de 29 de enero de 2009 lo que se debate es la consideración como discriminatorios a efectos del art. 14 de la CE de los despidos que se producen por la situación de enfermedad de los trabajadores. Las sentencias citadas excluyen la nulidad porque la enfermedad no puede considerarse con carácter general como una causa o motivo de discriminación en el sentido del inciso final del art. 14 CE, pues no opera, salvo excepciones, como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Se trata normalmente, según estas sentencias, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores; se advierte también que en los despidos enjuiciados no opera un móvil de segregación, sino un interés empresarial que excluye el mantenimiento del contrato de trabajo en razón a que las bajas afectan al rendimiento del trabajo contratado. En algunas resoluciones se excluye la identificación de la enfermedad con la discapacidad a efectos de lo dispuesto en los arts. 4.2.c.2º y 17.1 del ET y de la Directiva 2000/78 en línea con lo establecido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de junio de 2006. En otras sentencias se precisa que el derecho a la salud, en cuanto principio rector de la política social y económica "no está comprendido en la categoría de los "derechos fundamentales y libertades públicas" (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales" del ET que establecen la nulidad del despido (sentencias de 11 de diciembre de 2007, 22 de septiembre de 2008 y 27 de enero de 2009, entre otras). Sólo en las sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la infracción del art. 15 CE, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, "al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona "a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento...", lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto" decidido, "en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal [intocados por el despido, ciertamente], sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico". Pero en esas sentencias el despido continuaba siendo una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actúa el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", se precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y así se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta". Ahora bien, en principio, la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho



a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada y esta conclusión no se ha combatido en el recurso.

Así pues, el argumento que sustenta esta sentencia del TS sería aplicable en el caso de que el despido de un trabajador que está enfermo se realice con previo requerimiento de alta médica de amenaza de sanción, por lo que en ese supuesto sí nos encontraríamos ante una vulneración del art. 15 de la CE afectando pues al derecho a la integridad y en su caso al de la dignidad de la persona art. 10 CE .

Que igual consideración ha merecido los supuestos en los que después de un mobbing empresarial, se acuerda el despido, cuando la baja era reactiva al asedio laboral previo, o cuando la baja tuviera como origen la falta de medidas de prevención a las que estaba obligada la empresa, con una clara relación causa efecto entre el incumplimiento de la antes mencionada obligación y el derecho a la salud de la persona a la que se despide después.

Sin embargo, en el caso de que nos ocupa, no se existe una amenaza previa de la empresa, ni de una decisión o actuación positiva coactiva o similar, que haya puesto en peligro la salud de la trabajadora, en el sentido de evitar o limitar el derecho al tratamiento médico o el restablecimiento de la salud, tales como requerir el alta médica; tampoco se trata, en el caso juzgado, de una conducta omisiva de la empresa, para poner en riesgo la salud de la trabajadora, por falta de medios o instrumentos de prevención del riesgo laboral que requiere la situación de limitación por enfermedad, de enfermedad generada por infracción del deber de prevención de riesgos laborales, ni es responsable de lo que pudiera ser, en su caso, una alta precipitada por la mutua de accidentes ni ninguna otra actitud empresarial dirigida en limitar la curación de la demandante. La actora no había requerido tampoco previamente la adaptación del puesto de trabajo a su situación de limitación por enfermedad.

Por todo cuanto se ha expuesto, en este caso, la conclusión es considerar que la mera decisión de despedir a la actora en situación de incapacitado temporal, no comporta una actuación dirigida en atacar su salud o recuperación. Por tal motivo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, no puede considerarse incluida en el supuesto de protección del artículo 55-5 del TE, ya que no se puede valorar que la conducta de la empresa haya supuesto directamente la lesión del derecho fundamental protegido en el artículo 15 de la CE , ni el derecho a la dignidad incluido en el artículo 10 CE , sino el derecho al trabajo, o sea, a gozar de la suspensión del contrato durante la situación de baja por enfermedad o accidente, regulada en el artículo 45-1-c) del ET . Así pues y reiterando lo señalado, la cuestión que examina esta sentencia no puede extrapolarse a las otras sentencias dictadas precedentemente por el mismo Alto Tribunal y en las que se examinan cuestiones distintas, tal como acontece con el caso de autos en el que ninguna amenaza se ha producido para que la trabajadora abandone la baja que le han prescrito, por lo que la doctrina debe ser la misma recogida en las antecedentes sentencias señaladas y que esta no modifica.

Que tras la sentencia de 31-1-2011 el Tribunal Supremo ha reiterado el criterio general en la posterior de 12-7-2012, al examinar el supuesto de un trabajador en período de prueba y que el empleador resuelve por haber sufrido un accidente de trabajo. Conviene igualmente señalar que esta Sala ha venido siguiendo el criterio jurisprudencial en sus sentencias de 16-1-13 y 30-4-13 como más recientes.

QUINTO.- Que en cuanto a la referencia que se realiza respecto de la sentencia del TJUE de 11-4-13 en el asunto Ring , como superadora de la doctrina sentada por la precedente sentencia del mismo Tribunal de fecha 11-6-06 caso Chacón Navas , esta Sala ya señaló en su precedente sentencia resolutoria del recurso 695/14 que a nuestro juicio, no se había producido tal alteración hermenéutica, ni la nueva sentencia producía una mutación en la aplicación normativa realizada en la precedente. Así decíamos :

"Que la segunda de las cuestiones que plantea la sentencia y de la que hace derivar las consecuencias que más tarde se examinarán, es la inaplicabilidad del art. 52 d) del ET a la luz de la sentencia del TJUE de 11-4-2013 , entendiendo que dicha sentencia supone una modificación ampliatoria del criterio sustentado por la precedente sentencia del mismo Tribunal y de fecha 11-7-06, caso Chacón Navas , incluyendo las enfermedades de larga duración que comporten limitaciones y excluyendo solamente las enfermedades que no comporten tal limitación.

Que para examinar tal aserto, que a juicio de la Sala no se corresponde con el contenido de ambas sentencias, es preciso examinarlas en profundidad para determinar si realmente la segunda aporta doctrina novedosa y modificaciones substanciales respecto de la primera. La Sala procederá a recoger al final de cada afirmación y entre paréntesis el punto de la sentencia al que se refiere para una mejor comprensión y búsqueda.

Que la sentencia de 11-7-06 parte de un hecho, cual es que la Sra. Aurora fue declarada en IT derivada de enfermedad y fue despedida por el único motivo de encontrarse de baja (27), debiendo señalarse que no existe indicación alguna de la naturaleza y eventual evolución de la enfermedad (28), ello comportó un primer



problema al Tribunal dada la concreción señalada y que motivó que se discutiera incluso su admisibilidad (26).

El Tribunal señala que se le plantean dos cuestiones, una principal y relativa a la interpretación del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 y dependiendo de la interpretación que se haga, el Juez nacional podrá examinar, si Doña. Aurora en el momento del despido era una persona discapacitada, y otra subsidiaria y relativa a la pregunta que el juez nacional le formulaba de si la enfermedad era "una señal identitaria" y debe referirse a todo tipo de enfermedad.

Pues bien, la respuesta del Tribunal es la siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

Así pues, es de señalar que el TJUE sólo puede decir lo que dice ya que la cuestión que planteó el juez nacional "adolece de falta de precisión" pues no indicaba la naturaleza y evolución de la enfermedad y a Juicio de la Sala, esta sentencia, además, al partir de la definición de discapacidad recogida en el punto 40, ya englobaba las enfermedades, pero sólo aquellas que fueran capaces de producir una discapacidad en la persona.

.- Sobre la cuestión subsidiaria, la de si cabe considerar a la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78 y frente a la que se prohíbe toda discriminación, el TJUE señala:

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

2º.- que la enfermedad *"en cuanto tal"* no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

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

Por lo tanto el concepto de discapacidad al que alude la Directiva comprende no sólo a las discapacidades de nacimiento o las habidas por accidente, sino también las derivadas de enfermedad, tal como se evidencia del concepto o definición de discapacidad entendida como *limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, siempre que la limitación de que se trate, incluya la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración*

SEXTO.- Que una vez fijados los extremos antecedentes, procede examinar el contenido de la sentencia del TJUE de fecha 11-4-2013, asuntos C-335 y 337 de 2011, conocido por asunto Ring (aunque son dos asuntos examinados a la vez), para determinar si se ha producido una mutación o variación expansiva del concepto de discapacidad que permite entenderlo como un punto de inflexión que desautoriza el mantener la misma hermenéutica que se ha venido siguiendo en atención a la doctrina de la antecedente sentencia examinada.



Que en cuanto al concepto de discapacidad, la sentencia toma en consideración los asertos que ya se contenían en el sentencia del caso Chacón Navas y por ello sigue manifestando que no está definida en la Directiva 2000/78 y que fue el TJUE quien en el punto 43 de aquella sentencia estableció que dicho concepto se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona que los padece participe en la vida profesional (36).

Que con posterioridad a que el TJUE dictara la sentencia Chacón Navas, la Unión Europea, mediante la Decisión de 26-11-09 ratificó la Convención de la ONU por lo que a partir de tal fecha la Directiva debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención (37).

Que dicha Convención señala que: "La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras que impiden su participación plena en la Sociedad" y en su art. 1 párrafo 2º señala que son personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás (37).

Que como consecuencia de lo anterior:

.- el concepto de discapacidad no difiere del recogido en la sentencia Chacón Navas, ver definición en apartado 38.

.- que la precisión que realiza el Convenio de la ONU, no es otro que para que tenga tal calificación es preciso que sea a largo plazo (39).

.- que ni de la Directiva 2000/78 ni de la sentencia Chacón Navas puede afirmarse que la Directiva sólo recogiera las discapacidades de nacimiento o derivadas de accidentes, excluyendo las derivadas de enfermedad (40), al contrario, que cuando las limitaciones deriven de enfermedad ya sea curable o incurable, impidan la participación plena y sea la limitación de larga evolución, tal enfermedad debe incluirse en el concepto de discapacidad (41).

.- que la sentencia del caso Ring, mantiene la doctrina contenida en la sentencia del caso Chacón Navas, en cuanto entiende que la enfermedad "en cuanto tal" no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (42).

En conclusión, podemos afirmar que no ha variado la doctrina respecto del concepto de discapacidad, (misma conclusión se recoge en la sentencia del TSJ de Galicia de fecha 11-2-2014) salvo la referencia a la exigencia recogida en la Convención de la ONU relativa a que la enfermedad sea curable o incurable, que en nada altera la definición de discapacidad ya señalada pues la antecedente sentencia no establecía limitación alguna y lo de que la limitación derivada de ella sea a largo plazo ya se contenía en el punto 45 de la sentencia de 2006, así es de ver en la definición recogida en el punto 47 del caso Ring, cuando señala que " *El concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración.*"

Que sentado lo antecedente, es preciso señalar que la sentencia del TJUE al responder a la tercera de las cuestiones, la de si la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a las que se refiere el art. 5 de la Directiva y hacerlo de forma afirmativa, señala también un postulado general cual es el de señalar que corresponde al juez nacional apreciar si la medidas de ajuste suponen o no una carga excesiva para el empleador (48 a 64).

Que la cuarta cuestión planteada en su letra b) permite igualmente determinar que la Directiva se opone a una disposición nacional que establece que puede despedirse a un trabajador discapacitado cuando las baja médica haya sido consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar los ajustes razonables a los que se refiere el art. 5 de dicha Directiva (65 a 68).

Por último señalar que al resolver la cuarta cuestión en su letra a) el TJUE parte del concreto supuesto del contenido del art. 5 apartado 2 de la Ley danesa que establece que, el empresario puede extinguir el contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad (69), y acude al punto 48 de la sentencia Chacón Navas, que declaró que el tratamiento desfavorable por motivos de discapacidad sólo choca con la Directiva 2000/78 en la medida que constituye una discriminación, o sea que el trabajador discapacitado al que se aplica la Directiva debe estar protegido contra cualquier discriminación respecto a un trabajador que no lo es (71 de la Ring).



Ello nos permite entrar a determinar que siguiendo la doctrina ya sentada en la antecedente sentencia Chacón Navas que hace suya la sentencia del caso Ring, no se produce discriminación directa cuando se extingue la relación del trabajador exclusivamente por causa de una enfermedad "como tal", pues esa situación no está incluida en el marco general establecido en la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, tal como se recoge en el punto 78, por lo tanto la ley danesa (art. 5.2) no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad en la medida que se basa en un criterio que no está indisolublemente ligado a la discapacidad. Así lo entiende igualmente el Juzgador "a quo", en la resolución que estamos examinando.

Sí en cambio, entiende que se da un supuesto de discriminación indirecta.

Al respecto señalar que la sentencia del caso Ring afirma en sus puntos 75 y 76 que incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad, en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar de forma indebida, una enfermedad ligada a discapacidad al concepto general de enfermedad, proscripción que ya señaló la sentencia Chacón Navas en su punto 44.

Que igualmente señala el TJUE que el trabajador discapacitado está expuesto a un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y por tanto a alcanzar el límite de los 120 días de la ley danesa, por ello dicha regla puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y de este modo supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 en su art. 2.2 .

Que sentado lo antecedente, es preciso determinar si esa diferencia de trato puede justificarse con una finalidad legítima, para ello la sentencia del caso Ring parte de:

a.- los estados miembros tienen un amplio margen de apreciación respecto de la opción de proteger un objetivo determinado en materia de política social y empleo, así como determinar las medidas idóneas para alcanzarlo, por ello la regla de los 120 días no es irrazonable para alcanzarlos (81 y 82).

b.- que la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de política social o de empleo de los Estados miembros y el favorecimiento de la flexibilidad del mercado de trabajo puede considerarse como una medida comprendida dentro de la política de empleo, por lo tanto una medida que comporte una diferencia de trato basada en la discapacidad puede estar justificada dentro del marco del derecho nacional.

c.- que como colofón a lo señalado, la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado, si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración...cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para conseguirlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional nacional.

Vemos pues que en todos los supuestos analizados por el Tribunal, tanto en cuanto a los supuestos de protección frente a la discriminación, como respecto de la discriminación directa e indirecta, se parte siempre de una precisión previa, cual es que la enfermedad que debe examinarse no es la enfermedad pura y simple, o en palabras del Tribunal Europeo "en cuanto tal", que no está comprendida en la protección contra la discriminación de la Directiva 2000/78 , sino que la única que comprende tal protección es la enfermedad que produce una discapacidad."

Que dado que el propio Juzgador " a quo" ha señalado en su fundamento de derecho IV punto 1 que no había quedado acreditado que el despido se realizó por temor o prevención de que la demandante pudiera quedar parcialmente discapacitada para su trabajo, el análisis del carácter discriminatorio de aquél deberá centrarse únicamente en que lo fue por causa de su situación de IT derivada de accidente in itinere y por lo tanto ninguna infracción de tal sentencia se ha realizado.

Que el análisis de ambas sentencias permite igualmente no compartir la afirmación que se contiene en la sentencia de que esta última sentencia del TJUE cuestiona la rígida separación entre enfermedad y discapacidad en la que se fundamentaba la doctrina del TS que hemos señalado.

Por último señalar que tampoco se puede fundamentar la petición de nulidad en el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, ni en la Ley 62/03, ni en la modificación operada por la Ley 3/12, ya que todas ellas parten de la definición de discapacidad recogida en las directivas, convenciones o sentencias estudiadas y en el caso de autos no puede afirmarse que la dolencia de la actora comporte discapacidad alguna, tal como ha señalado el propio juzgador en el fundamento de derecho ya referenciado precedentemente y precisamente por estar enferma la actora y no tener discapacidad es por lo que no puede calificarse el despido de nulo.



SÉPTIMO.- Que partiendo de la estimación de los motivos formulados por la parte recurrente, la calificación del despido no puede ser otra que la de improcedencia, calificación, por cierto, que es la que el propio recurrente viene alegando desde el momento mismo del despido y por lo tanto habrá que estar a la reforma operada tanto por el RD 3/2012 como por la posterior ley 3/2012, ha afectado al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , cuya redacción ha quedado del siguiente modo:

"1.- cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. 2.- En caso que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación...3.- En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización se entiende que procede la primera", si bien el cálculo de la indemnización debe realizarse conforme las disposiciones de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 de 6 de julio , que implica aplicar el cálculo en relación a la indemnización de 45 días año hasta el 12 de febrero de 2012 y 33 a partir de esa fecha.

Que en cuanto a la antigüedad habrá de estarse a la doctrina sentada por el TS ad exemplum en sus sentencias de 17-1-08 y 11-5-09 según la cual la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización -el tiempo de servicio a que alude el art. 56.1 ET - se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión -regular- de varios sin una solución de continuidad significativa, con interrupción inferior al tiempo de caducidad y aunque medie recibo de finiquito, y percibo de indemnización a la finalidad de cada contrato temporal, pues como se recoge en las sentencias 20-02-1997 ; 30-03-1999 ; 15-02-2000 , y 19-04-2005 , entre otras; en el ámbito del Derecho del Trabajo es regla [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, [...], se entiende que la antigüedad [...] se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal, pues la novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones -sucesivas- diferente (SSTS 27- 07-02 (R- 2087/01) ; y 19-04-05 (R-805/04) , pues la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos (STS 12-11-93 (R-2812/92) ; y esto es así, toda vez que la relación laboral es la misma, pues en estos casos esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes (SSTS 12-11-93 (R-2812/92) ; 10-04-95 (R-546/94) ; 17-01-96 (R-1848/95) ; 22-06-98 (R-3355/97) ; 20-12-99 (R-2594/98) .

OCTAVO.- Que se formula igualmente otro apartado en el motivo de censura jurídica, denunciándose la infracción de los arts. 178.2 , 183 y 184 de la LRJS en relación con los arts. 8.12 y 40.1 c) de la LISOS , combatiendo la imposición de una indemnización de 10.000 euros como indemnización de daños morales, denuncia que debe estimarse ya que no estimando la Sala los argumentos jurídicos en que se sustentaba la existencia de la vulneración en materia de discriminación, ninguna consecuencia puede derivarse de su inexistencia.

NOVENO.- Que denuncia igualmente el recurrente la infracción del art. 97.3 de la LRJS en cuanto condena al abono de honorarios del letrado de la demandante por no haber asistido al acto de conciliación administrativa, motivo que igualmente debe estimarse ya que el precepto autoriza al juzgador a imponer al litigante que no acudiera al acto de conciliación injustificadamente una sanción pecuniaria, pero por remisión al art. 66.3 se precisa que para ello es preciso que la sentencia que en su día se dicte coincida esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación, lo que no acontece en el caso de autos al revocar la sentencia de instancia.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa CONNECTA CALL CENTER SL contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de los de Barcelona , dimanante de autos 398/13 seguidos a instancia de D^a. Sonia contra la recurrente y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL , siendo parte el MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar dictamos otra en la que declaramos el despido de fecha 11-3-2013



como IMPROCEDENTE, y por ende el empresario y en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 2.084 € en este segundo supuesto se entiende como fecha de extinción de la relación laboral la del despido; en caso de optar por la readmisión el actor tendrá lugar a los salarios de tramitación fijados en 38,24 €/día con efectos de la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiere encontrado otro trabajo si fuere anterior a esa fecha. En el supuesto de que el empresario no ejercitara su derecho de opción, se entiende que procede la readmisión.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir conforme dispone el art. 203.3 de la LRJS una vez sea firme esta resolución.

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

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA D^a MATILDE ARAGÓ GASSIOT, al que se adhieren D^a ASCENSIÓN SOLÉ PUIG, D. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH, D. DANIEL BARTOMEUS PLANA y D^a LIDIA CASTELL VALLDOSERA:

Respetando la valoración de la mayoría de la Sala, el criterio de la propuesta minoritaria era confirmar la sentencia, respecto a la declaración de nulidad del despido, por lo que se emite voto particular, en base a las razones que se exponen a continuación:

PRIMERO.- Se admite la argumentación de la mayoría de la Sala respecto a la aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa al despido por fraude de ley, y en este punto se admite que debía ser revocado el criterio del magistrado de instancia, aplicando la doctrina que cita básicamente el recurso, doctrina jurisprudencial reiterada referida a los despidos fraudulentos, que el TS ha declarado que se deben de calificar de improcedentes y no nulos (STS 2-11-1993 (1993/8346), STS 19-01- 1994 (1994-352), 14-05-1994 (1994-4014), 31-05-1994 (1994-5370); Así también el los Autos del TS de 16-09-1997 (1997-6571), con referencia a otras sentencias de la sala de lo Social del TS, en las que se concluye que los despidos nulos serán sólo los que taxativamente estén comprendidos en el artículo 108 LPL . La reciente sentencia del TS de 17-02-2014, RCU143/2013 , en la que se declara la nulidad de un despido nulo, de carácter colectivo, cuando examina el fraude de ley, en la redacción del artículo 124-9 de la vigente LRJS , reiterada en la sentencia de fecha 20/02/2012, RCU116/2013 , en el mismo sentido, no permite hacer extensiva a la doctrina de fraude de ley al el despido disciplinario, con la ampliación de la consecuencia de nulidad. En consecuencia, se debía entender que esta Sala estaba vinculada por la interpretación jurisprudencial expuesta en las sentencias que cita el recurso, tal y como establece el art. 1-6 del Código Civil , de acuerdo con la estricta aplicación de la dicción legales de los artículos 53-4 , 55-4 y 5 E.T . y 108 de la LRJS .

SEGUNDO.- No obstante la conclusión anterior, consideramos que hay que partir de los concretos hechos probados en los que se expone, en resumen, que: la demandante, que presta servicios a la empresa



demandada, con antigüedad - por subrogación - de 20-09-2011, ostenta la categoría de "teleoperadora especialista" y un salario diario de 38,24 euros, incluida prorrateada de pagas extras. El día 1 de marzo de 2013, sufrió un accidente de tráfico, camino del trabajo, que le provocó latigazo cervical, del que fue asistida por la mutua de accidentes, y se le entregó comunicado de baja médica en la misma fecha, iniciando un proceso de incapacitado temporal. El día 11 de marzo de 2013, la empresa le notificó la carta de despido disciplinario, con el tenor literal que consta transcrito en el hecho probado cuatro, alegando bajo rendimiento, vulneración de la buena fe contractual, etc., causas que se ha acreditado que no eran ciertas, sino que el motivo real del despido era su situación de baja por incapacidad temporal. En la fecha del despido, cuatro de las trabajadoras, de un total de nueve, estaban en situación de incapacitado temporal, motivo por el que la dirección de la empresa decidió despedir a las cuatro. La Mutua dio el alta médica a la actora el día 28 de marzo de 2013, sin embargo, mucho después y en concreto el día 6-09-2013, estaba diagnosticada todavía de trastorno de ansiedad generalizada, y tuvo que hacer 20 sesiones de rehabilitación funcional en una mutua privada por cervicalgia resultante del latigazo cervical.

Así las cosas, hay que tener en cuenta la extensa argumentación de la sentencia de instancia, recordando las modificaciones legislativas operadas desde el TE de 1984, sobre la causa y la forma del despido y sus consecuencias respecto a la nulidad o la improcedencia de la decisión extintiva. La sentencia impugnada es impecable cuando sitúa el marco jurídico general del despido y la exigencia de causalidad, marco que no impugna el recurso de suplicación, que deriva de: 1.- Los artículos 49, 52 y 54 TE, no modificados por la Ley 3/2012.- 2.- El convenio 159 de la OIT, de 22-06-1982, ratificado por España el 18 de febrero de 1985, sobre la exigencia de causalidad justificada, - relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio - en la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, que hay que considerar norma integrada en el Ordenamiento jurídico por efecto del artículo 96-1 CE y 1.5 del Código Civil.- 3.- El artículo 35-1 CE, en la doctrina sentada por el TC en las sentencias 22/81, 192/03, entre otros, que remarcan que el artículo 35.1 CE, en el derecho al trabajo, en la vertiente del derecho a la continuidad o estabilidad en la ocupación, supone el derecho a no ser despedido sin justa causa. También tiene en cuenta la sentencia, el Convenio de la OIT 158, de 22 de junio, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario, ratificado por España.

TERCERO.- Partiendo de tales preceptos, estimamos que no cabía admitir el recurso en los términos planteados, contra la calificación del despido por **vulneración de los artículos 15 y 10 de la CE**, por lo que se expondrá. Cierto es que cita correctamente el recurso como doctrina infringida, la que consta en las sentencias del Tribunal Supremo de 29-01-2001 (2001,2069), 23-09-2002 (2006-1923), 12 de julio de 2004 (JR 2004, 7075) y la de 23 de mayo de 2005 (2005,9656), que establecieron que despedir al trabajador en situación de baja por incapacitado temporal, no constituía una causa lícita, sin embargo, no podía considerarse tampoco causa de nulidad de la decisión extintiva, y por lo tanto había que declarar el despido en tales casos como improcedente, rechazando la vinculación con los artículos 14, 10 y 15 de la CE.

Se admite que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo), si bien, no todo riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tanto sol aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2000, de 17 de enero, 119/2001, de 29 de mayo). Que las sentencias citadas que así lo valoran, indican que no implica situar en el ámbito del artículo 15 de la CE una derecho fundamental a la baja laboral, causa de suspensión del contrato, sino admitir que una determinada actuación en aplicación del régimen de bajas por enfermedad, excepcionalmente podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud del trabajador. Pero dice que sólo estaría protegido por el artículo 15 CE cuando existiese un riesgo relevante de que la lesión pudiera producirse, o sea, para generar un peligro grave y cierto para la salud del afectado.

Se alega que tal riesgo cierto no se apreciable al caso, en que la trabajadora inició una situación de IT el 1-03-2013, a consecuencia de accidente de tráfico, y que aunque conste un informe pericial en lo que se diagnostica un trastorno generalizado de ansiedad (6 meses después del despido) la conclusión es que el acto de despedirla no ha podido causar una lesión en la integridad física de la trabajadora, que ni se cuantifica la gravedad en el informe aportado. Alega que no se acredita en el caso lo que prevé el TC, que es que la conducta empresarial suponga un ataque frontal a la dignidad personal del trabajador ocasionando una IT debido a su conducta, con riesgo para la salud.

También en este punto se tiene que admitir la aplicación al caso de la jurisprudencia que cita el recurrente, ya que es cierto que el TS ha valorado reiteradamente que el despido de una persona en situación de baja por incapacitado temporal, no puede considerarse incluido en el artículo 15 de la CE, cuando regula el derecho fundamental a la integridad física, ya que se entiende que no está en juego lo que no se lesione o perjudique la salud personal, sino más bien el derecho al trabajo, concretamente a la suspensión del contrato



por incapacitado temporal, que no es tutelable con la protección reforzada que conduce a la declaración de nulidad del despido, en virtud del artículo 55-5 TE. Así, las SSTS de 12 de julio de 2004 (4646/2002), 23 de mayo de 2005 (2639/2004), 22 de noviembre de 2007 (3907/2006), 11 y 18 de diciembre de 2007 (4355 y 4194/2006), 22 de enero de 2008 (3995/2006), 13 de febrero de 2008 (4739/2006) y 27 de enero de 2009 (602/2008), 22 de noviembre de 2007 (3907/2006), 22 de septiembre de 2008 (3591/2006), 27 de enero de 2009 (602/2008) establecen una doctrina sobre la materia, valorando que desde la vertiente del derecho a la vida y a la integridad física del trabajador, no se puede sustentar la nulidad del despido al trabajador que se encuentra en incapacitado temporal, excepto casos en que se den otras circunstancias concurrentes, casos en que se podría llegar a la conclusión contraria.

CUARTO.- Sin embargo, también es cierto que el magistrado del juzgado de lo Social, parte de conocer la doctrina citada, pero sin embargo, se refiere al más reciente sentencia **del TS, de 2011, de 31 de enero de 2011, RCU 1532/2010 , en la que plantea que se abre, una vez más, la posibilidad de declarar la nulidad de la decisión extintiva, por vulneración del artículo 15 CE** . Esta sentencia, a pesar de que no entra en el fondo del recurso, por falta de contradicción y por lo tanto la argumentación es "obiter dicta", expone ciertamente un criterio doctrinal basado en resoluciones anteriores. Así, el Alto Tribunal indica en la sentencia citada, que en no admitir el recurso confirma la declaración de nulidad del despido realizado por una empresa después de requerir al trabajador que se diese de alta médica. Ciertamente el argumento del TS, sería aplicable a un caso en que el despido dirigido a un trabajador que está enfermo, se realice como reacción a esta situación de incapacitado temporal, con previo requerimiento de alta médica y de amenaza con sanción. En tal caso dícese que se puede considerar vulnerado el 15 CE y art. 10 CE , para afectar al derecho a la integridad y a la dignidad personal.

Así se ha considerado también en supuestos en que después de acoso laboral previo. O también cuando la baja por enfermedad profesional ha sido producto de la falta de medidas de prevención a qué estaba obligada la patronal demandada, con una relación causa-efecto entre el incumplimiento y el derecho a la salud de la persona, a la que a después se despide. En el caso de que nos ocupa, no se existe una amenaza previa de la empresa, ni de una decisión o actuación positiva coactiva o similar, que haya puesto en peligro la salud de la trabajadora, en el sentido de evitar o limitar el derecho al tratamiento médico o el restablecimiento de la salud, **pero si existe un elemento de segregación en la conducta empresarial que no puede ser ignorada ya que se ha admitido en el juicio la intencionalidad de la empresa de despedir a las trabajadoras en situación de baja médica, por esta exclusiva causa, sin valorar su enfermedad, afectación y utilizando una causa meramente inventada, es decir, en fraude de ley.**

Por otra parte, aunque también el TS, entre otros en la sentencia de 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048) que casa una de esta Sala (11-12-2007, citada más arriba), en su argumentación tiene en cuenta que no se ha acreditado que el despido tenga otro móvil que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas del trabajador, un móvil, que según el TS determina la improcedencia y no la nulidad de la decisión extintiva. Una valoración esmerada del criterio de segregación, difícil de precisar en otros casos concretos, se valora en la sentencia del TSJ Canarias de 25-01-2011, que sigue el criterio de una anterior de la misma Sala Social de 22-12-2010 (rec. 1314-2010) para declarar la nulidad del despido.

También se ha valorado que si afectaría al artículo 14 CE , si concurre en la conducta empresarial un añadido elemento segregacionista, hecho que, de acuerdo con la sentencia del TC 62/2008, de 26 de mayo , también daría lugar en declarar la nulidad por discriminación. En este sentido se pronuncian las sentencias del TSJ Canarias de 1-9-2011 y 5-07-2012, (recurso 3604-2011) resolviendo supuestos de despido por enfermedad.

Por lo tanto, no se puede afirmar, de manera radical como dice el recurso y acepta la ponencia mayoritaria, de que la baja por incapacitado temporal, cuando es la única causa de la decisión de despedir, no tiene un carácter discriminatorio, sin efectuar otra valoración de las circunstancias del caso concreto.

QUINTO.- Concretamente, creo que también se debía admitir la argumentación de la sentencia cuando **declara nulo el despido por entender que la empresa ha vulnerado el principio de igualdad y no discriminación, recogido en el artículo 14 CE , por entender que se discriminaba a la trabajadora por padecer una enfermedad que podía ser larga o grave, a pesar de que la empresa, al tener conocimiento del accidente no podía valorar "a priori" su entidad. Pero no se puede pretender que opere la tutela únicamente cuando ya han transcurrido un largo plazo de baja médica, so pena de hacer mejor condición a quien despide para evitar que la larga enfermedad proteja al trabajador.**

Cierto es tal y como se argumenta el recurso, y la ponencia mayoritaria, que se ha entendido por la doctrina unificada que el artículo 14 CE contiene dos normas diferenciadas. La primera, prescribe la igualdad ante la Ley y en aplicación de la Ley, por parte de los poderes públicos. La segunda norma del artículo 14, que se extiende a la relación entre particulares, establece la prohibición de discriminación, ordenando la eliminación



de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Estos motivos son los específicamente enunciados en el artículo 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión) y los que tengan que ser incluidos en la cláusula genérica final (cualquiera otra condición o circunstancia personal o social). Es cierto que los factores de diferenciación comprendidos en aquel artículo, son básicamente aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han sido atadas a formas de opresión o de segregación de determinantes grupos de personas. En los términos de STC 166/1988, se trata de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado a sectores de la población en posiciones desventajosas, cuando no abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE.

También lo es, y así se ha afirmado por la jurisprudencia, en las sentencias que se citan anteriormente, entre otras la STS 18-12-2007, rs 4194-2006, que revoca una de esta Sala (SEAT), que no se podía incluir la circunstancia de la "enfermedad", dentro del listado de factores a proteger de la discriminación prohibida por el artículo 14 CE, con el argumento de que no se trata de una condición específica de un grupo de personas o de un colectivo de trabajadores, sino que se trata de situaciones que pueden determinar que el contrato de trabajo no sea rentable por el empresario, de lo que se deduce que despedir al trabajador afectado, podría constituir una conducta ilícita, pero no viciada por la nulidad radical por discriminación, excepto en temas como embarazo (STC 17/2007) supuesto de despido discriminatorio por razón de sexo, establecido legalmente por la situación de desventaja de las trabajadoras respeto a los hombres, o que comprometa otro motivo de discriminación especialmente tutelable.

Dicho lo cual, entiendo que no se puede compartir pero la conclusión radical del recurso, ya que se tiene que admitir una argumentación de la sentencia, que no ha sido examinada por el Alto Tribunal, y que permite replantear la cuestión central de este litigio, que es la prohibición de discriminación **por enfermedad grave o de larga duración, raíz de la modificación del concepto de discapacidad**, con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

La incorporación de la Convención citada a nuestro ordenamiento ha comportado la modificación de determinados preceptos legales, tal y como se expondrá a continuación, ya que establece la protección contra la discriminación por discapacidad entendiéndola como a la situación de **enfermedad curable o incurable, que causa unas dolencias físicas, mentales o psíquicas, que no permite a la persona realizar el trabajo o que sólo le permite realizarlo de manera limitada, durante un periodo probablemente prolongado o permanente**.

SEXTO.- Partimos pues de que las causas de discriminación prohibida, que obligan a declarar la nulidad por la vía del artículo 55-5 TE, no son un "numerus clausus" establecido en una ley ordinaria (art. 17 ET) sino que se deben valorar, atendiendo a si concurre cualquier otra circunstancia social o personal, igualmente "odiosa", de acuerdo con 14 CE, en relación con el art. 4 y el art. 17 ET. El mismo art. 14 CE, que es el marco que lo regula, hace referencia a «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» y no se puede entender que el artículo 17, en ley ordinaria, cierre definitivamente los supuestos de tutela antidiscriminatoria. Así, las sucesivas modificaciones del artículo 17, con la inclusión de nuevos supuestos de protección avalan la afirmación inicial, genéricamente admitida por la doctrina.

También se parte de la valoración de las causas de discriminación se debe hacer en relación a los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado Español, que en general, dejan también abiertas las causas por circunstancias personales o sociales (art. 10.2 CE, 96-1 CE). Como es el caso, entre otros de: a) Declaración universal de Derechos Humanos de 1948; b) Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación en la ocupación de 1958; c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 del 12 de 1966; d) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; e) Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante (Estrasburgo, 24-11-77); f) Carta Social Europea (Turín 18-10-1961); g) Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 18-12-2000.

Todos ellos relacionan las causas básicas incluidas en nuestro ordenamiento jurídico dejando la puerta abierta a otras circunstancias personales o sociales, de manera que la evolución social puede dar lugar a la incorporación de nuevas causas análogas, como es el caso.

Resalta la sentencia impugnada, que el artículo 1.1. del Convenio 111 de la OIT, sobre discriminación en la ocupación de 1958, califica como discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en la ocupación ... y también, añade, cualquiera otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades



o de trato en la ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando estas organizaciones existan o con otros organismos apropiados.

La inclusión de otras causas análogas, aunque muy restrictivamente se ha afirmado que también es posible, como es el caso de la enfermedad del trabajador. Afirmación que tiene el soporte en la STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008, que expresamente, a pesar de desestimar la pretensión al caso concreto, deja abierta la puerta en incluir la enfermedad del trabajador, dentro de las causas discriminatorias (FJ5è). Así se razona que : (...)

"6. Pues bien, 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. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas 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.

No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla."

SÉPTIMO.- La inclusión de la discapacidad como discriminación prohibida y la nueva definición del concepto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, mudo lo que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. (BOE 3-12-2013), incorpora nuevas valoraciones, anta en la definición de discapacidad, como en la transversalidad de las políticas (arte. 2 o); como en ámbito de aplicación (art. 5 h "empleo").

La Exposición de Motivos hace referencia expresa a la modificación legislativa donada por la ratificación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 mudo la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

También hay que partir, evidenciando esta dinámica abierta de protección de los derechos fundamentales, que la transposición de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, en la Ley 62/2003, a propósito de la prohibición contenida en el art. 2 sobre la prohibición de discriminación directa o indirecta por discapacidad, ya obligó a modificar el artículo 17 del E.T., en el sentido de incluir la discriminación por discapacidad, como una de las circunstancias especialmente protegidas, hecho que dio lugar en volver en cuestionar la posibilidad de replantear el caso del despido en casos de enfermedad del trabajador, con un análogo criterio.

Pese a aquella reforma, es cierto que se ha mantenido la doctrina jurisprudencial, partiendo de la diferencia entre enfermedad y discapacidad, pronunciamiento que tuvo aún más soporte raíz de dictarse por el TJCE la sentencia 11 de julio de 2006, resolviendo la cuestión prejudicial C-13/2005 planteada por el Juzgado de Lo social 33 de Madrid, que se resolvió en el sentido de que **no se podía hacer una equiparación "pura y simple de los conceptos de discapacidad y de enfermedad..."** (STS 18-12-2007, RC 4194/2006).

Pero nueva Ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobada por el RDLeg. 1/2013, en el artículo 2, define lo que se entiende por discapacidad, igualdad de oportunidades, discriminación directa y discriminación indirecta, respeto a las personas titulares de los derechos, aporta una definición más amplia, sin perjuicio de aclarar que a todos los efectos (hay que entender que es referente a pensiones y derechos de la Seg. Social, se consideraran discapacitados las personas *calificadas con el grado del 33 % o superior*).

La definición legal, aunque no es equivalente, debe ser interpretada según la Convención de NNUU, de 13 de diciembre de 2006, y obliga a hacer una reinterpretación de la discriminación a las personas discapacitadas, concretamente de cuáles son los sujetos incluidos en la tutela antidiscriminatoria por esta causa, ya que incorpora un criterio de discapacidad que, según se ha dicho antes, excede de lo que hasta ahora se



interpretaba, ya que incluye enfermedades de larga duración, sean curables o incurables y al margen de la causa o calificación administrativa. Por otra parte, queda clara la referencia a una definición que incluye "además" a las personas a las que se acrediten un grado superior al 33%, pero no indica ahora la Ley que sean exclusivamente sujetos de protección las personas previamente así evaluadas, excepto en relación a determinadas prestaciones.

En consecuencia, no se puede seguir afirmando que la discapacidad es una situación permanente física, psíquica o sensorial que altera de forma permanente las condiciones de vida y que se reconoce mediante una determinada declaración administrativa del 33%, fuera de la cual no entra la tutela antidiscriminatoria.

OCTAVO.- No está de más recordar que la modificación legislativa del artículo 52 d) del TE, que según la exposición de motivos de la reforma operada por la Ley 3/2012, se hizo en el mismo sentido antes expuesto.

Con la reforma del TE, se incorporó el espíritu de la Convención de NNUU, cuando al regular las causas objetivas de absentismo, el artículo 52 incorporó a las no computables, las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave".

La finalidad de la reforma expuesta, coincide con excluir de la posibilidad de extinción por causa objetiva estos sujetos afectados, ya que con una interpretación actualizada del criterio de discapacidad. Por lo tanto, se entiende que la reforma introducida por esta Ley, hace inaplicable la también doctrina jurisprudencial anterior, pues tanto la reforma laboral del año 2012, como otros elementos, apuntan a la necesidad de hacer una reinterpretación de la la protección del trabajador en situación de enfermedad, más eficiente, y superando la argumentación de la existencia de una barrera en la tutela de los derechos de los trabajadores, por una parte los que sufren IT y por otra los catalogados con un 33% o más de discapacidad, entendiendo que una enfermedad grave o larga, limitativa deviene una circunstancia personal digna de protección, por la situación de especial vulnerabilidad en que sitúa a la persona que la sufre, si imposibilita trabajar, además de causar otras deficiencias en la vida personal, precisar atención médica, etc. Posibilita así hacer un tratamiento de enfermedad de larga duración equivalente a discapacidad, aunque tal enfermedad no haya sido objeto de graduación por los organismos administrativos competentes.

NOVENO. -La sentencia del TJCE, de 11 de abril de 2013, C-335/2011, caso Ring/ Werge, interpretando la aplicación de la Directiva 2000/78, incorpora un concepto de discapacidad que si bien de manera expresa no equivale a enfermedad, si incorpora también determinadas enfermedades graves o de larga duración.

En los casos planteados se trata de un despido a dos trabajadoras que sufren una enfermedad lumbar (Ring) y un latigazo cervical (Werge) que ocasiona dolor, o sea, enfermedades de larga duración, que no están evaluadas como permanentes. El TJCE considera que la reducción de la capacidad por el trabajo de larga duración tiene que considerarse como una discapacidad que prohíbe la diferencia de trato no justificada, y que genera la obligación empresarial de buscar alternativas menos traumáticas, tales como la reducción de jornada, siempre y cuando no resulten muy costosas, de manera que, en no haber-lo hecho la empresa, no se puede aplicar la norma nacional que permite el despido después de 120 días de baja dentro del periodo de 12 meses.

Lo que es más destacable es la incorporación clara de la Convención de NNUU, de la que destaca el carácter vinculante, y también del concepto de discapacidad, que incluye de acuerdo con lo que define la Convención, las enfermedades limitativas y de larga duración. Eso comporta que la Directiva 2000/78, que no establece una definición de discapacidad y dejaba a los estados miembros la definición de qué supuestos tenían que quedar incluidos en el concepto, debe ser reinterpretada. Así, se plantea:

En definitiva, aunque esta sentencia confirma reiteradamente el criterio genérico de la anterior sentencia TJCE C 13/05 de 2006 (Aurora), incorpora claramente una definición de discapacidad que incluye las enfermedades definidas por la Convención de las NNUU, no ya como deficiencia permanente y derivada de limitación de nacimiento o de accidente, **sino de enfermedad curable o incurable, que causa unas dolencias físicas, mentales o psíquicas, que no permite a la persona realizar el trabajo o que sólo le permite realizarlo de manera limitada, durante un periodo probablemente prolongado o permanente.** Así cuando se expone:

"37 Por su parte, la Convención de la ONU, ratificada por la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009, es decir, después de que se dictara la sentencia Chacón Navas, antes citada, reconoce en su considerando e) que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».



38 Habida cuenta de las consideraciones mencionadas en los apartados 28 a 32 de la presente sentencia, el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

39 Además, se deduce del artículo 1, párrafo segundo, de la Convención de la ONU que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo».

Valoración que no hay que olvidar que conduce a un fallo estimatorio, supuesto distinto a la anterior sentencia Chacon/Navas.

DÉCIMO.- En conclusión: la valoración en el sentido de que "discapacidad" es aplicable a la persona catalogada con un grado de más del 33% y "enfermedad" otra concepto diferente - no susceptible de ser incluido en la tutela antidiscriminatoria del artículo 14 CE y 17 TE , es un criterio que ya no es sostenible, ya que ciertas enfermedades graves o de larga duración, son o pueden ser efectivamente equiparables a discapacidad, de acuerdo con la definición de la Convención de NNUU de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, referente con lo que se tiene que interpretar la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el trato en la ocupación y con la definición de la Ley transversal, que también debe ser interpretada de acuerdo con la Convención ratificada por E. (RD Leg. 1/2013).

Con el nuevo concepto de discapacidad, efectivamente hay enfermedades que tienen que gozar de la protección de la tutela antidiscriminatoria del artículo 17 TE y 14 CE , con las consecuencias del artículo 55-5 TE. En este sentido se ha pronunciado claramente un sector de la doctrina (Sempere Navarro.- "Discriminación laboral por enfermedad", en R.Aranzadi núm 866/2013") llegando a la conclusión que un despido basado en la alteración de la salud padecida por el trabajador, en muchos casos, ya no será improcedente sino nulo.

Queda por determinar si sería aplicable al caso concreto este criterio, valorando la enfermedad padecida por la demandante. **No está de más remarcar que se trata de un caso similar al de la Sra. María Purificación , caso en que la sentencia del TJCE analiza como de larga enfermedad no incluíble en el supuesto de la ley nacional que permite el despido. Pues bien, de acuerdo con lo que ha establecido el magistrado del juzgado de lo social, la sentencia despide a la trabajadora a los diez días de haber sufrido un latigazo cervical por accidente de tráfico, diagnóstico que es incierto respeto a la evolución de la patología pero en todo caso no es leve, puesto que a la cabeza de los 6 meses valora la sentencia que la actora aún ha precisado rehabilitación, tal y como queda acreditado .** Por lo tanto, resulta adecuada la valoración de que se trata de una enfermedad de larga duración, causante de una dolencia física que no permite incorporarse al trabajo, equivalente a una genérica definición de discapacidad. Por lo tanto la decisión de despedirla, sólo para haber causado baja médica por esta causa, vulnera el derecho fundamental de la trabajadora, y debe ser declarado nulo el despido, por imponerlo así el artículo 55-4 E.T ..

En conclusión entendemos que cabía, mediante los razonamientos indicados ,confirmar la sentencia del Juzgado Social en cuanto a la calificación del despido como nulo, aunque no así en relación a la indemnización otorgada, que consideraba la ponencia minoritaria que debía ser reducida por ser manifiestamente excesiva.

Así por nuestra sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.