

Roj: **STS 759/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:759**Id Cendoj: **28079140012008100031**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/01/2008**Nº de Recurso: **3995/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de SEAT, S.A., contra la sentencia de 12 de julio de 2.006 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 2900/06, interpuesto por la aquí recurrente frente a la sentencia de 12 de enero de 2.006 dictada en autos 588/05 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona seguidos a instancia de D. Víctor contra Seat, S.A. y Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D. Víctor representada por el Letrado D. José María Mateu Abelló.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de enero de 2.006, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por Víctor contra SEAT SA Y FOGASA en reclamación por despido, debo declarar y declaro la NULIDAD DEL DESPIDO, condenando a la empresa a que readmita al actor en su mismo puesto y condiciones de trabajo, absolviendo al FOGASA de los pedimentos deducidos en su contra sin perjuicio de su responsabilidad legal de acuerdo con el artículo 33 del ET .".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- La parte actora inició su prestación de servicios para la empresa demandada el 01-05-2003 con la categoría profesional de OFICIAL-AUXILIAR y salario mensual de 1211'7 con prorrata de pagas (no negado).- 2º.- La parte actora ha estado en situación de IT durante los siguientes periodos: 24-01-2005 a 31-01-2005.- 12-01-2005 a 14-01-2005.- 11-05-2004 a 11-05-2004.- 10-05-2004 a 10-05-2004.- 07-05-2004 a 07-05-2004.- 05-05- 2004 a 03-05-2004.- 16-09-2004 a 20-09-2004.- 31-08-2004 a 01-09-2004.- 06-04-2004 a 16-04-2004.- 19-10-2004 a 03-11-2004.- 13-12-2004 a 23-12-2003.- 07-11-2003 a 07-11-2003.- 08-10-2003 a 08-10-2003.- 12-11-2003 a 14-11-2003.- 17-06-2003 a 17-06- 2003 (folios 35 a 43).- El actor desde el momento del despido a la actualidad se encuentra en situación de IT.- 3º.- En fecha de 25-07-2005 la empresa hace entrega al trabajador de carta de despido disciplinario con efectos de la notificación de la misma.- Se le imputa lo siguiente: 'desde enero del 2004, viene usted incurriendo en una disminución voluntaria y continuada de su rendimiento laboral, siendo el inferior al pactado. Esta situación implica una pérdida de rentabilidad y de productividad para la empresa, lo que hace inviable para la misma mantener su puesto de trabajo' (folio 31).- 4º.- En fecha de 16-09-2005 la empresa reconoció la improcedencia del despido poniendo en conocimiento del actor tal circunstancia y notificándole que se había consignado la cantidad de 4068'32 euros en el Juzgado de lo Social a través de 'burofax'. El actor recibió el documento el 19-09-2005 (folio 47).- En fecha de 21-09-2005 la empresa consigno en el Juzgado decano de Barcelona la cantidad de 4068'32 euros (folio 51).- 5º.- Es de aplicación a la relación de entre las partes el



XVII Convenio Colectivo de la empresa SEAT SA, que prevé facilitar a los trabajadores declarados inválidos parciales y totales para su profesión habitual un puesto de trabajo adecuado, estando prevista la constitución de una comisión mixta con el fin de realizar un catálogo de puestos de trabajo a cubrir con personal disminuido, existiendo un censo de dicho personal (folios 126 a 200).- 6º.- En fecha en que el actor fue despedido estaban en situación de IT 872 trabajadores (folios 112 a 125).- 7º.- En el mes de junio de 2005 han sido despedidos disciplinariamente 41 trabajadores afectados en su mayor parte por procesos de incapacidad temporal bajo alegación de bajo rendimiento (interrogatorio de la demandada).- 8º.- Se celebró conciliación con el resultado de sin avenencia el 16-09-2005.- 9º.- El actor no ostenta cargo sindical".

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 12 de julio de 2.006, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa S.E.A.T., S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Barcelona en fecha 12/1/06 en autos seguidos en dicho Juzgado con el nº 588/05 seguidos a instancia de D. Víctor contra la ahora recurrente, FOGASA y el MINISTERIO FISCAL, debemos confirmar y confirmamos dicha decisión imponiendo a la recurrente, en su consecuencia, las costas del recurso a cuyo efecto deberá abonar, en concepto de honorarios de la parte impugnante del recurso, la cantidad de 350 Euros".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Seat, S.A. el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 3 de noviembre de 2.006, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 23 de mayo de 2.005 y la infracción de lo establecido en los artículos 14 y 38 de la Constitución, 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 12 de julio de 2.007 , se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación por la representación de D. Víctor , se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 22 de enero de 2.008, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar cual sea la adecuada calificación jurídica que corresponde a un despido en el que la causa aducida por el empresario (en el caso, disminución de rendimiento) no se corresponde con el motivo real de la decisión de despedir, que fue la permanencia del trabajador en situación de baja por enfermedad durante un cierto tiempo.

El trabajador que planteó la demanda que dio origen a estas actuaciones fue despedido el 25 de julio de 2.005 mediante carta en la que se le imputaba "una disminución voluntaria y continuada de su rendimiento laboral, siendo el inferior al pactado. Esta situación implica una pérdida de rentabilidad y de productividad para la empresa, lo que hace inviable para la misma mantener su puesto de trabajo".

El Juzgado de lo Social número 2 de los de Barcelona, declaró la nulidad del despido en su sentencia de 12 de enero de 2.006, partiendo de la declaración de hechos probados en la que se hacía constar que el actor había tenido 15 procesos de incapacidad temporal en el periodo comprendido entre el 17 de junio de 2.003 y el 31 de enero de 2.005, encontrándose en esa misma situación en el momento de comunicarle el despido. Se hace constar así mismo que en ese momento en la empresa había 872 trabajadores en incapacidad temporal y que en el mes de junio de 2.005 habían sido despedidos 41 empleados con la misma imputación disciplinaria que el demandante y aquejados de procesos de incapacidad temporal similares.

La declaración de nulidad del despido que lleva a cabo la sentencia de instancia parte del conocimiento de la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina, contenida en sentencias como las de 23 de septiembre de 2.002 o 12 de julio de 2.004 , pero afirma que desde que se produjo la transposición de la Directiva 2000/78 a nuestra legislación mediante la Ley 62/2003 , ha de calificarse de discriminatoria aquella conducta que introduzca condiciones desfavorables por razón de discapacidad, situación ésta en la que cabe encuadrar a la incapacidad temporal, de forma que el despido de una persona que se encuentre en incapacidad temporal y motivado realmente por esa causa, con independencia de la que se invoque formalmente, tendrá que ser calificado de nulo.

SEGUNDO.- Recurrió la empresa en suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña reunida en Pleno, resolvió el recurso en sentencia de 12 de julio de 2.006 , desestimándolo y confirmando en consecuencia la decisión de nulidad hecha en la instancia.



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

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

TERCERO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina frente a dicha resolución la plantea ahora empresa, denunciando la infracción de los artículos 14 Y 38 de la constitución Española, 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como de la jurisprudencia de la Sala dictada en casos similares, proponiendo como sentencia de contradicción la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 23 de mayo de 2.005, en el recurso 2639/2004. Esta sentencia, por otra parte, no es una resolución aislada, sino que forma parte de una serie de decisiones de esta Sala en las que se ha sostenido de manera uniforme la misma tesis de que el despido en casos como el presente ha de ser calificado de improcedente y no nulo. La primera de dichas sentencias sobre despido por enfermedad es, en casación para unificación de doctrina, es la de fecha 29 de febrero de 2.001 (rec. 1566/2000), a la que han seguido STS 23-9-2003 (rec. 449/2002), STS 12-7-2004 (rec. 4646/2002) y la propia STS 23-5-2005 hoy invocada como contraste. En todas estas resoluciones se ha llegado invariablemente a la conclusión de que en aquellos supuestos, como los enjuiciados, en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores -ET- ("faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes", que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo.

A su vez, esta jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad enlaza expresamente (STS 29-2-2001, citada) con una línea jurisprudencial anterior, según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo -el llamado "despido fraudulento"- no justifica por sí misma la calificación de nulidad. De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990, no modificado en este punto en el texto refundido vigente de 1995, el art. 108.2 LPL "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese. Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecorridos, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido -concluye STS 29-2-2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo.

El Ministerio Fiscal y el recurrido en su escrito de impugnación del recurso afirman la inexistencia de contradicción entre las sentencias comparadas, señalando que en la recurrida el despido del actor por parte de la empresa SEAT S.A. coincide con despidos de otros trabajadores motivados por una causa similar, mientras que en la sentencia aportada para comparación no consta tal circunstancia de pluralidad de afectados en el despido enjuiciado (en el caso, empleada de una residencia geriátrica).

Pero, tal y como dijimos en nuestra sentencia de 11 de diciembre de 2.007, dictada en el recurso 4355/2006, en la que se resolvió la misma cuestión ahora planteada, en relación con otro de los trabajadores de SEAT despedidos en idénticas circunstancias, esa diferencia, que efectivamente se da entre las sentencias



comparadas, no tiene relevancia para el juicio positivo de contradicción de sentencias, recurrida y de contraste, pues una y otra enjuician en cualquier caso despidos individuales por enfermedad y el hecho de que en el presente caso, a diferencia de lo que ocurre en la sentencia de contraste, la decisión extintiva coincida con otras se debe a la circunstancia accesoria de que se trata de una empresa de grandes dimensiones, donde la gestión de personal se ha de llevar a cabo con criterios estandarizados y donde el número de actos de empleo y de actos de despido ha de ser lógicamente más elevado que en una empresa pequeña o mediana.

En este caso ya se ha dicho que no consta acreditada, al igual que en el supuesto de la citada sentencia de 11 de diciembre de 2.007, la naturaleza de los padecimientos del trabajador determinantes de baja médica. Y en cualquier caso, como dice el escrito de formalización del recurso, la proporción de trabajadores despedidos (41) alegando falta de rendimiento respecto del total de incapacitados temporales (872) y respecto del volumen de empleo de la empresa no revelaría la existencia de un propósito empresarial ni de segregación en general de trabajadores enfermos o incapacitados, ni de exclusión en particular de trabajadores afectados por determinadas enfermedades.

En conclusión, existe igualdad sustancial entre los litigios de las sentencias recurridas, y, ante la divergencia de sus pronunciamientos, debemos resolver el fondo de la cuestión debatida, como se ha anticipado, ya se ha resuelto por la Sala en la citada sentencia. A sus razonamientos y decisión final hemos de atenernos ahora por evidentes razones de seguridad jurídica.

CUARTO.- La solución ajustada a derecho en relación con la cuestión que hemos de decidir, es la que se contiene en la sentencia de contraste y en la anteriormente citada doctrina jurisprudencial unificada, reiterada en otra resolución muy reciente (STS 22-11-2007, rec. 3907/2006). Esta última sentencia, además de mantener la doctrina jurisprudencial anterior sobre la calificación de improcedencia del despido motivado por "bajas médicas" del trabajador, ofrece también respuesta a algunos de los argumentos específicos que aparecen en el presente debate procesal.

Decíamos en la anterior sentencia de 11 de diciembre de 2.007 que la conclusión de esa improcedencia en este caso cabe construirla <<siguiendo dos pasos o momentos sucesivos, que se corresponden con los argumentos aducidos por la Juez de lo Social y por la Sala de suplicación en el presente asunto. Un primer paso se dedica a la reafirmación del concepto de discriminación que está en la base de nuestras sentencias de unificación de doctrina sobre el despido por enfermedad, concepto que no coincide exactamente con el más genérico que utiliza la sentencia recurrida. En un segundo momento prestaremos atención al argumento de la definición extensiva de la discapacidad manejado en la sentencia de instancia, argumento que constituye en realidad una propuesta de extensión analógica a la situación o circunstancia de enfermedad de lo dispuesto para la situación o circunstancia de discapacidad. La interpretación analógica propuesta no resulta viable por las razones que se verán.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 128/1987 y 166/1988, así como otras muchas posteriores) y con la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo STS 17-5-2000, entre otras muchas), el art. 14 CE contiene dos normas diferenciadas. La primera, enunciada en el inciso inicial, prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (o de otras disposiciones jurídicas) por parte de los poderes públicos. La segunda norma del art. 14 CE, que se extiende al ámbito de las relaciones entre particulares, establece la prohibición de discriminaciones, ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Estos motivos son los específicamente enunciados en el art. 14 CE ("nacimiento", "raza", "sexo", "religión", "opinión") y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social").

Como dice nuestra sentencia de 29 de enero de 2001, la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, "pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta". Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que "históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas". 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 no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE".

Esta concepción de la discriminación, en la que coinciden como se ha visto la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria, no debe ser sustituida por la expresada en la sentencia recurrida, donde se omite la referencia a los móviles específicos de la conducta discriminatoria. Así, pues, manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad "en sentido genérico", "desde una perspectiva



estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo", no puede ser considerada en principio como un motivo o "factor discriminatorio" en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001 , citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que "el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa" (STS 29-1-2001 , citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET , pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación>>.

<<Sólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad, como ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional (STC 17/2007) , de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres.

Tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros "derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador" (art. 55.5 ET y 108.2 LPL) distintos del derecho a no ser discriminado. En el presente pleito este argumento ha sido utilizado en la sentencia de instancia, insinuándose también en la definición genérica y extensiva de discriminación que utiliza la sentencia recurrida. El derecho constitucional señalado al efecto por la sentencia de instancia es el "derecho a la protección de la salud" reconocido en el art. 43.1 CE . Pero, sin entrar ahora en si el contenido de la protección de la salud puede alcanzar a conductas empresariales potestativas o de configuración jurídica como la enjuiciada en este caso, lo cierto es que, siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional, el derecho mencionado 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 mencionados sobre nulidad del despido. El art. 43.1 CE está situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los "principios rectores del orden social y económico", a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo. Así lo dice literalmente el art. 53.3 CE ("El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen").

En fin, cuanto se ha dicho en este fundamento y en el anterior respecto de las enfermedades o bajas médicas individualmente consideradas del trabajador demandante en el presente litigio, no queda desvirtuado por la coincidencia en el tiempo de su despido con despidos por enfermedad de otros trabajadores. Como ya hemos apuntado en el análisis del tema de la contradicción, en cada proceso individual de despido habrá que considerar, y en su caso se habrá considerado, cuál o cuáles hayan sido los factores tenidos en cuenta por la empresa, y a la vista de ellos se habrá adoptado la resolución correspondiente. Pues bien, en el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales>>.

QUINTO.- Después de rechazarse en la sentencia transcrita la existencia de discriminación en el sentido en que lo entendió la sentencia recurrida, se ocupa aquélla en dar respuesta a los argumentos utilizados en la segunda línea de argumentación de la tesis de la nulidad del despido por enfermedad, que fue, tal y como se dijo al relatar la forma y los razonamientos que se contiene en la sentencia de instancia, la equiparación de la enfermedad a la discapacidad.

En nuestra anterior sentencia rechazamos esa equiparación. En principio hay que decir que, efectivamente, esa condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nueva redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º ET ("Los trabajadores ... en la relación de trabajo ... tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables.

Y así se rechaza esa equiparación afirmando que <<la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores



enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.

Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.

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

SEXTO.- Aplicando en este caso la misma doctrina, es preciso descartar también la concurrencia de discriminación o de lesión de otro derecho fundamental del trabajador despedido, y siendo cerrada la lista de calificaciones de nulidad del despido en virtud de nuestra jurisprudencia ya citada sobre el despido fraudulento, la conclusión del razonamiento es que el recurso de la empresa debe ser estimado, lo que comporta la necesidad de casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando en de tal clase interpuesto en su día por la empresa para desestimar la demanda en lo que a la pretensión de declaración de nulidad del despido respecta, pero acogiendo la petición subsidiaria de improcedencia que en aquélla se contiene, condenando a la empresa demandada a que lleve a cabo la opción prevista en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones anteriores o abonarle la indemnización de 45 días de salario por año de antigüedad con el alcance de la consignación judicial llevada a cabo en su día por la empresa y por nadie discutida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa SEAT, S.A., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 12 de julio de 2.006, en el recurso de suplicación 2900/06, interpuesto contra la sentencia de instancia dictada el 12 de enero de 2.006 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, en autos seguidos a instancia de DON Víctor, contra dicha empresa recurrente y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto en su día por la empresa y, con revocación de la sentencia de instancia, desestimamos la petición principal de despido nulo contenida en la demanda, y estimamos en cambio la petición subsidiaria de despido improcedente, condenando a la entidad demandada a optar en el plazo legalmente previsto entre la readmisión o la indemnización del trabajador despedido, teniendo en cuenta en su caso las indemnizaciones ya consignadas a favor del mismo. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ