

Roj: **STS 2351/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2351**Id Cendoj: **28079140012016100309**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/05/2016**Nº de Recurso: **3348/2014**Nº de Resolución: **366/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SJSO 154/2013,**
STSJ CAT 7887/2014,
STS 2351/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 3 de mayo de 2016

el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a Amparo , representada y asistida por el letrado D. Albert Marías Sales, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 1 de julio de 2014, recaída en el recurso de suplicación núm. 956/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, dictada el 19 de noviembre de 2013 , en los autos de juicio núm. 398/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D.^a Amparo , contra Connecta Call Center, S.L., Fondo de Garantía Salarial y Ministerio Fiscal, sobre Despido nulo o, subsidiariamente improcedente, al que se acumula Reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida Connecta Call Center, S.L. representada y asistida por el letrado D. Cesar Castañón García-Alix.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimo íntegramente la demanda presentada por Amparo 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.- Que en la citada sentencia y 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 prorrata 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 caminó 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", Josefa, 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 Amparo, su ratio del mes de febrero fue de 0,82 comparándolo con Patricia en 0,87 y Vicenta 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 Josefa, 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 cervialgia 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.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Connecta Call Center, S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 01 de julio de 2014, recurso 956/2014, en la que consta el siguiente fallo: «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 Amparo 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.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, D.ª Amparo, representada por el letrado D. Albert Marías Sales, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canarias, sede Las Palmas, de fecha 22 de diciembre de 2010, recurso 1314/2010.



QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida Connecta Call Center, S.L., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar la improcedencia del recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 3 de mayo de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El Juzgado de lo Social número 33 de los de Barcelona dictó sentencia el 19 de noviembre de 2013, autos número 398/2013, estimando la demanda formulada por DOÑA Amparo contra CONNECTA CALL CENTER SL, sobre DESPIDO, declarando la nulidad del despido notificado el 11 de marzo de 2013, por vulneración de los artículos 24.1 CE y 15 CE, condenando a la demandada a la inmediata readmisión de la demandante en sus anteriores condiciones, así como al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, así como al pago de una indemnización de 10.000 € por daños morales y al importe de 600 €, en concepto de honorarios de letrado, absolviendo al FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad legal.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora viene prestando servicios para la demandada desde el 20 de septiembre de 2011, con la categoría de "teleoperadora especialista", adscrita al servicio denominado "campaña Planeta", habiendo sido felicitada por la responsable de la plataforma, junto con las otras ocho trabajadoras adscritas al servicio, por su profesionalidad. El 1 de marzo de 2013 sufrió un accidente de tráfico, iniciando IT, que finalizó el 28 de marzo de 2013. El 11 de marzo de 2013, estando en IT, recibió comunicación escrita de 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 periodos 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 por 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.». En la fecha del despido cuatro trabajadoras, de las nueve adscritas al servicio "campaña Planeta" estaban en situación de IT. El 6 de septiembre de 2013 la actora fue diagnosticada de trastorno de ansiedad generalizado.

2.- Recurrida en suplicación por CONNECTA CALL CENTER SL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 1 de julio de 2014, recurso número 956/2014, estimando el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada, declarando improcedente el despido de la actora, debiendo el empresario, en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia, optar entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización de 2084 E, debiendo, en caso de readmisión, abonar a la actora los salarios de tramitación fijados en 38,24 €/día.

La sentencia entendió que la constatación de la antijuricidad de una conducta -en este caso la falsedad de la causa de despido consignada en la carta de despido, falsedad reconocida por el empresario- no siempre tiene que comportar la nulidad, sino que el legislador puede determinar otra consecuencia, como así lo ha efectuado en la regulación actual, artículo 55, apartados 4 y 5 del ET. Continúa razonando que, desde la STS de 19 de enero de 1994, una reiterada 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, por inexistencia de causa o por causa ficticia. En cuanto al carácter discriminatorio del despido por causa de enfermedad, la sentencia razona que no existe amenaza de despido si la trabajadora no se reincorpora a su trabajo, con lo que no resulta de aplicación la STS de 31 de enero de 2011, tampoco hay una actuación coactiva o similar que haya puesto en peligro la salud de la trabajadora, ni una conducta omisiva por parte de la empresa por falta de medios o instrumentos de prevención del riesgo laboral, por lo que la mera decisión de despedir a la trabajadora en situación de IT, no comporta una actuación dirigida a atacar su salud o recuperación, no suponiendo lesión del derecho del artículo 15 CE, ni del derecho a la dignidad del artículo 10 CE. Tras un examen de las sentencias dictadas por el TJUE, casos Chacón Navas y Ring, concluye 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 fundamenta la doctrina del TS que hemos señalado.

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de DOÑA Amparo recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social



del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, el 22 de diciembre de 2010, recurso número 1314/2010 .

La parte recurrida CONNECTA CALL CENTER SL, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, el 22 de diciembre de 2010, recurso número 1314/2010 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por Doña Estibaliz contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de enero de 2010 , autos 885/2009, seguidos a instancia de la recurrente contra Aeroméctica Canaria SL y FOGASA, revocando la sentencia impugnada y declarando que se ha producido un despido discriminatorio y, consecuentemente, nulo.

Consta en dicha sentencia que la actora, con categoría de auxiliar de clínica, ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 19 de agosto de 2006, en virtud de sucesivos contratos temporales. Estuvo en situación de IT desde el 3-2- 2007 a 16-2-2007; desde el 29-3-2007 a 16-4-2007 y desde el 15-2-2008 a 8-6-2008. El 9 de julio de 2009 la empresa entregó a la actora carta de despido en la que hacía constar lo siguiente: «Por medio de la presente se le comunica que la Dirección de esta empresa, ha decidido DESPEDIRLA, con efectos del día de la fecha 10-07-2009, por los múltiples procesos de Incapacidad Laboral en los que usted ha estado. Usted comenzó la relación laboral con esta empresa el 19-08-2006. En el transcurso de su relación laboral usted ha estado incurso en los siguientes procesos de incapacidad laboral:

1. Desde 03/02/2007 hasta 16/02/2007 (Enfermedad Común).
2. Desde 29/03/2007 hasta 16/04/2007.
3. Desde 15/02/2008 hasta 08/06/2008/enfermedad común).
4. Desde 13/05/2009 hasta la actualidad por Enfermedad Común.

Dado que esta empresa en un proceso de Incapacidad Temporal, debe hacerse cargo de la mejora voluntaria establecida en el Convenio Colectivo, que supone un 25% de su salario, las cotizaciones a la Seguridad Social, así como el coste total de un sustituto, con salario completo cotizaciones a la S.S.; lo que supone que cada trabajador incurso en dicho proceso le ocasiona a la empresa unos costes del 166% por puesto de trabajo; nos vemos en la necesidad de extinguir su contrato de trabajo por ser excesivamente gravoso económicamente para la empresa...»

La sentencia entendió que en el caso examinado no hay ningún elemento ajeno a la enfermedad que justifique el despido, pues no se invoca, como exige el Tribunal Constitucional, que se ponga en relación la enfermedad con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación, sin que sea de recibo el argumento económico ya que supone considerar al trabajador como un objeto y "castigar" la enfermedad , que aparece ante la empresa como una carga.

3. - Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadoras a las que la empresa ha despedido estando en situación de IT, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la sentencia recurrida considera que dicho despido es improcedente, la de contraste entiende que es nulo.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- 1.- El recurrente alega infracción de la jurisprudencia, citando la STJUE de 11 de abril de 2013, C 337/2011, "Caso Ring ", STC 62/2008, de 26 de mayo y STS, Sala Cuarta de 29 de enero de 2001, recurso 1566/2000 .

En esencia alega que considera atentatorio a la dignidad personal y cabalmente discriminatorio el despido de la recurrente, por el único hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal.

2. -El TC en sentencia 62/2008, de 26 de mayo , en la que examinó si debía calificarse de nulo, por discriminatorio, el despido de un trabajador que, con anterioridad a ser contratado había sufrido múltiples episodios de IT, relacionados con su profesión habitual de oficial de 1ª albañil, en empresa de construcción, contiene el siguiente razonamiento:



"5. Como ha señalado con reiteración este Tribunal al analizar el art. 14 CE , dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5 ; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2 ; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2 ; 17/2003, de 30 de enero , FJ 3 ; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3 ; 182/2005, de 4 de julio , FJ 4 ; 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6 , o 3/2007, de 15 de enero , FJ 2). Por ello, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE , bien en relación con alguno de ellos en particular, hemos venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos peyorativos en los que operan como factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (STC 39/2002, de 14 de febrero , FJ 4, y las que en ella se citan).

A diferencia de los casos que habitualmente ha abordado nuestra jurisprudencia, relativos por lo común a factores de discriminación expresamente citados en el art. 14 CE o, aun no recogidos de forma expresa, históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero), en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador; en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador. Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el art. 14 CE una intención tipificadora cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3 ; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10 ; y 37/2004, de 11 de marzo , FJ 3).

Para ello debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE , pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).

Así como los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya ex Constitutione, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido este Tribunal en el caso de los expresamente identificados en la Constitución (así, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre , FJ 6 ; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7 ; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2 ; 126/1997, de 3 de julio , FJ 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero , FJ 8), sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE , en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por "la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral" (STC 197/2000, de 24 de julio , FJ 5).

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".

La sentencia concluye declarando que el despido no ha de ser calificado de nulo, con el siguiente razonamiento:

"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".

3.- La sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2009, recurso 602/2008, ha examinado el supuesto en el que se procede al despido de un trabajador alegando falta de rendimiento, cuando la causa real eran las situaciones de IT que venía presentando, concluyendo la sentencia que la enfermedad no es equiparable a discapacidad, a efectos de discriminación, por lo que el despido ha de ser calificado de improcedente y no nulo. Contiene el siguiente razonamiento:

"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)>>.



Por su parte la sentencia de 12 de julio de 2012, recurso 2789/2011 contiene el siguiente razonamiento: «El desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE, ni puede ser incluida tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo (" cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas (entre otras, STS 29-1- 2001, rec. 1566/2000 y STS 11-12-2007, rec. 4355/2006). No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal.»

4.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, procede la desestimación del recurso formulado.

En el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala no nos encontramos ante un despido discriminatorio por causa de enfermedad. La recurrente sufrió un accidente de tráfico el 1 de marzo de que le provocó un "latigazo cervical", iniciando IT en la misma fecha, siendo despedida el 11 de marzo de 2013 - cuando aún se encontraba en situación de IT- siendo despedidas ese mismo día otras cuatro trabajadoras, de un total de nueve adscritas al mismo servicio de la actora "campana Planeta", que también se encontraban en IT, a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio.

Por lo tanto, no nos encontramos en el supuesto en el que el factor enfermedad es 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 sino, al contrario, la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de IT no eran aptas para desarrollar su trabajo, por lo que procedió a despedirlas, a fin de que pudieran ser sustituidas por otras personas y garantizar así la productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio.

En consecuencia, al no existir un factor de discriminación en el despido de la recurrente, ni estar encuadrado en los supuestos que el ET califica como despidos nulos, el mismo ha de merecer la calificación de despido improcedente.

CUARTO.-1.- Resta por examinar si la STJUE de 11 de abril de 2013, C-acumulados 335/11 y 337/11 ha introducido alguna modificación relevante en la doctrina hasta ahora mantenida por el referido Tribunal, en especial en el asunto Chacón Navas, al que se hace referencia en la precitada sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2009, recurso 602/2008 .

2.- La STJUE de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas, C-13/05 , resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado nº. 33 de los de Barcelona, en el seno de un litigio entablado por la Sra. Sandra contra la Sociedad Eurest Colectividades SA., por despido.

Los hechos a considerar son los siguientes:

Doña. Sandra trabajaba para la empresa Eurest Colectividades S.A., iniciando situación de IT el 14 de octubre de 2003 por enfermedad, existiendo informe de los servicios públicos de salud de que no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo. El 28 de mayo de 2004 la empresa despidió a la actora sin especificar motivo alguno reconociendo la improcedencia del despido.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

«41. A tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad.

42. Habida cuenta del mencionado objetivo, el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78 debe ser objeto, de conformidad con los criterios recordados en el apartado 40 anterior, de una interpretación autónoma y uniforme.

43. La finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.



44. Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.»

La sentencia concluye:

«1) Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

2) La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

3) 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.»

3.- Resta por examinar si la STJUE de 11 de abril de 2013, C-acumulados 335/11 y 337/11, que resolvió sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Dinamarca en el seno de dos litigios por despido, ha introducido alguna modificación respecto a lo establecido en el asunto Chacón Navas, que tenga incidencia en la resolución del asunto ahora examinado.

Los hechos a considerar son los siguientes: La sra. Aurelia fue contratada por una empresa en 1996 y desde el 6 de junio de 2005 hasta el 24 de noviembre de 2005 estuvo de baja por dolores permanentes en la región lumbar, para los que no hay tratamiento, siendo despedida el 24 de noviembre de 2005. La sra. Encarna fue contratada por una empresa en 1998, habiendo sufrido un accidente de tráfico el 19 de diciembre de 2003, a resultas del cual sufrió "latigazo cervical", permaneciendo tres semanas de baja, iniciando una nueva baja el 10 de enero de 2005, siendo despedida el 21 de abril de 2005.

La sentencia razona lo siguiente: «Con carácter preliminar, debe señalarse que, según se desprende de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 41). Conforme a su artículo 3, apartado 1, letra c), esta Directiva se aplica, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea, a todas las personas, en relación con, entre otras, las condiciones de despido.

Es preciso recordar que el concepto de «discapacidad» no se define en la propia Directiva 2000/78. De este modo, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 43 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, que debe entenderse que dicho concepto se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.

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.»

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.»

Concluye: «El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, 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. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

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, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objeto legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.»

4.- A la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo de la STJUE parcialmente transcrita.

QUINTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 LRJS .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de DOÑA Amparo frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 1 de julio de 2014, recurso de suplicación 956/2014 , interpuesto por CONNECTA CALL CENTER SL frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de los de Barcelona, el 19 de noviembre de 2013 , autos número 398/2013, seguidos a instancia de DOÑA Amparo contra CONNECTA CALL CENTER SL, sobre DESPIDO, confirmando la sentencia impugnada. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.