



SEGUNDO: En dicha sentencia, y como **HECHOS PROBADOS**, se declaraban los siguientes:

- "1.-La parte actora, ha prestado servicios a la demandada en contrato de interinidad (doc. 1 actor, por reproducido) por sustitución de otra trabajadora, (en situación de maternidad), con período de prueba de dos meses desde 10-5-2012 hasta 9-1-013, en los centros de trabajo de la demandada últimamente en una con salario de 924,01 euros mes con prorrata, hechos expresamente conformes y reconocidos además de venir acreditados por el contrato de trabajo y nóminas.
- 2.-El 20-7-2012 según los partes de baja y confirmación que aporta el actor sufrió accidente laboral y ha permanecido por tal causa en incapacidad temporal hasta 4-9-2012.
- 3.-En fecha de 23-8-2012 fue despedido disciplinariamente el trabajador alegando "disminución continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado" (doc. 23 del actor y 8 de la empresa por reproducido).
- 4.-Interpone papeleta de conciliación el 10-9-2012 y el 25 de septiembre en el acto de conciliación la empresa reconoce la improcedencia del despido y ofrece como indemnización 351,57 euros que dice están a disposición de la trabajadora en la sede de la empresa".

TERCERO: En esta sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, desestimando las excepciones de acumulación indebida de acciones y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, como la declaración de nulidad por vulneración de derechos fundamentales, y estimando la demanda en su pretensión principal de declaración de nulidad del despido interpuesta por la parte actora contra, como demandado, declaro la nulidad del despido y condeno a la empresa a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo en iguales condiciones a las disfrutadas y a abonar salarios de trámite desde el despido hasta que tenga lugar la readmisión".

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda formulada por la demandante, que declaró que había sido objeto de un despido nulo por parte de la empresa se interpone el presente recurso de



suplicación por la empresa, que se articula en dos motivos, formulados ambos, al amparo del apartado c) del 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El primero de ellos denuncia la infracción del artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y el artículo 24 de la Constitución Española y el otro motivo denuncia la infracción del artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Sostiene la recurrente, que resulta irrelevante que la causa que se invoca en la carta de despido -disminución de rendimiento- sea ficticia y que aunque el despido respondiera a que la trabajadora estuviera en situación de incapacidad temporal no convertiría el despido en nulo, resultando irrelevante que la trabajadora demandante sustituya a otra trabajadora que se encuentre de baja por maternidad, por lo que pretende que se rechace la pretensión formulada.

Un supuesto prácticamente idéntico al que aquí se examina fue abordado por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Enero del 2009, en la que se señalaba que "La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar 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", afirmando que la Sala ha sostenido de manera uniforme que el despido en casos como el presente ha de ser calificado de improcedente y no nulo, citando entre otras las sentencias de fecha 29 de febrero de 2.001 (rec. 1566/2000), a la que han seguido STS 23 de septiembre de 2003 (rec. 449/2002), 12 de julio de 2004 (rec. 4646/2002) y 23 de mayo de 2005 (rec. 2639/2004) y argumenta para rechazar la pretensión de nulidad: "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 entrecomillados, 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.

La parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso propone el rechazo del formulado por la empresa porque, a su juicio, no existe contradicción entre las sentencias comparadas, señalando que en la recurrida el despido del actor por parte de la empresa 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), que, además, fue despedida al finalizar el periodo de baja.

Pero, tal y como dijimos en nuestra sentencia de 11 de diciembre de 2.007, dictada en el recurso en la que se resolvió la misma cuestión ahora planteada, en relación con otro de los trabajadores de despidos en idénticas circunstancias, esas diferencias, que efectivamente se dan entre las sentencias comparadas, no son relevantes 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 de los trabajadores 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, tal y como exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, lo que determina que ante la divergencia de sus pronunciamientos, debamos resolver el fondo de la cuestión debatida, que, como se ha anticipado, se ha resuelto ya por la Sala en la citada sentencia y otras posteriores como las de 22 de enero de 2.008 (recurso y 22 de noviembre de 2007 (recurso 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.

A sus razonamientos y decisión final hemos de atenernos ahora por evidentes razones de seguridad jurídica.

CUARTO.- 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 , 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





cantidad de 351,57 euros, sin que procedan salarios de tramitación en el supuesto de que optara por la indemnización. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por correo certificado con acuse de recibo que se unirá a los autos, conforme establece el art. 56 LRJS, incluyendo en el sobre remitido copia de la presente resolución.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente número 2876 0000 00 (SEGUIDO DEL NÚMERO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN) que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación (o casación para la unificación de doctrina) contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, modificada por Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concorra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la misma, ascendiendo su importe fijo con carácter general a 750 euros, salvo en el caso de trabajadores, sean por cuenta ajena o propia, o beneficiarios del régimen público de Seguridad Social, en cuyo caso su montante será de 300 euros,





amén de la cuota variable de la citada tasa en atención a la cuantía del recurso a que hace méritos el artículo 7.2 y 3 de la misma norma, con una exención, también en este caso, del 60 por 100 si se trata de trabajadores o beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, norma reglamentaria en vigor desde el 17 de diciembre de 2012.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala y expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de suplicación.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día 18-10-13 por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.



