

RESUMEN

El TS estima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la empresa demandada frente a la sentencia que declaró nulo el despido del actor. El derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, y la enfermedad en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no puede ser considerada, en principio, como un motivo o factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo. Se trata, 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. 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 (faltas de asistencia al trabajo), pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación. Por otro lado, el derecho a la protección de la salud no está comprendido en la categoría de los derechos fundamentales y libertades públicas.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995.

art.108.2

RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995.

art.55.5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Despido y potestad disciplinaria del empresario

Despido disciplinario

Calificación y efectos

Despido nulo

Causas

FICHA TÉCNICA

Comentarios

Aplicada por Causas

Aplicada por Crónica de jurisprudencia. Despido

En la Villa de Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de “S., S.A.”, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 7 de septiembre de 2006, dictada en el recurso de suplicación número 723/06, formulado por el aquí recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, de fecha 25 de octubre de 2005 en autos 584/05, dictada en virtud de demanda formulada por D. Luis Miguel, frente a la empresa “S., S.A.” en reclamación por despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José María Botana López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de octubre de 2005, el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, dictó sentencia en virtud de demanda formulada por D. Luis Miguel, frente a la empresa “S., S.A.” en reclamación por despido disciplinario, en la que como hechos probados se declaran los siguientes:

“1.- El actor empezó a trabajar para la empresa demandada en fecha 01-02-03, con la categoría profesional de oficial auxiliar, y con una retribución diaria de 48,26 euros.

2.- En fecha 25.7.05 ha sido despedido mediante comunicación disciplinaria fundamentada en la siguiente imputación (folio 26): “Como mínimo desde enero de 2004 viene Ud. incurriendo en una disminución continuada de su rendimiento laboral, siendo el mismo inferior al pactado. Esta imputación implica una pérdida de rentabilidad y de productividad para la empresa, lo que hace inviable para la misma mantener su contrato de trabajo. Por lo anteriormente expuesto, mediante el presente escrito, procedemos a comunicarle su despido, con efectos desde el día de hoy, al constituir estos hechos una falta muy grave prevista en el art. 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores .

3.- En el momento del despido del actor estaba en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, situación que se había iniciado con la baja médica de fecha 17-01-05 y que ha finalizado con el alta médica de fecha 16.9.05 (folio 169). Durante el año 2004 había estado en situación de incapacidad temporal por enfermedad en cuatro periodos, por una duración total de 39 días (folio 45).

4.- En fecha 16.9.05, después de intentada sin avenencia la conciliación en sede administrativa y cuando ya había sido interpuesta la demanda judicial, el actor recibió comunicación empresarial que reconocía la improcedencia del despido y le informaba que había dispuesto en el Juzgado Decano de Barcelona una indemnización por importe de 1949'74 euros (folios 30 a 33).

5.- Sin embargo, este depósito no fue ingresado hasta el 21.09.05, por un importe superior, de 5.465,53 euros, dado que el importe inicialmente comunicado era erróneo (folios 35 a 37).

6.- En la misma fecha en que fue despedido el actor, 25 de julio, fueron también despedidos otros 40 trabajadores, mediante comunicación disciplinaria con idéntica imputación (folios 182 a 231). También respecto de este despido la demandada ha reconocido la improcedencia (declaración de la demandada).

8.- De estos otros 40 trabajadores despedidos, 23 estaban en situación de incapacidad temporal en el momento del despido habían 629 trabajadores en situación de incapacidad temporal, de una plantilla de 15.000 empleados aproximadamente (folios 151 a 164).

9.- A raíz de estos 41 despidos simultáneos, las representaciones sindicales convocaron una jornada de protesta con paros para el 27 de julio, a raíz de la cual la demandada emitió un comunicado de información personal, en la misma fecha, que, bajo el título, “Para asegurar la competitividad de la empresa, reducción del absentismo laboral en “S., S.A.”, decía lo siguiente: “Ante la convocatoria de paros por parte de la representación sindical, previstos a partir de hoy en turnos de tarde, noche y mañana, en protesta por el despido de 46 empleados de “S., S.A.”, la Dirección comunica lo siguiente:

El despido responde a la disminución del rendimiento laboral por absentismo registrado por dichos trabajadores y se produce al amparo del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores /as.

El absentismo supone un problema real que afecta tanto a la empresa como a sus empleados, puesto que perjudica el buen funcionamiento de la compañía y compromete su futuro y el de la propia plantilla. Por ello, la empresa ha tomado y seguirá tomando medidas para contrarrestar este problema y asegurar la competitividad y los puestos de trabajo. Asimismo, el absentismo ocasiona pérdidas de productividad a la vez que es uno de los elementos que incrementa, en mayor porcentaje, los costes laborales, perjudicando con ello la competitividad de la empresa y dificultando las posibilidades de mejora de los niveles de empleo y renta de los trabajadores. De enero a junio de 2005, el índice acumulado de absentismo sobre el total de la plantilla fue del 7,86 % un valor elevado, ocasionado, entre otros motivos, por faltas al trabajo, retrasos, permiso y bajas por enfermedad.

En este sentido la Dirección desea manifestar que la reducción del absentismo debe ser un objetivo compartido por todos los integrantes de la compañía (representación empresarial, representación sindical y trabajadores) dado que el mismo incide negativamente sobre la competitividad de la empresa, las condiciones de trabajo, el clima laboral y la salud de los empleados”.

10.- Cuatro años atrás, en fecha 16.10.01, la Dirección de la demandada y las representaciones sindicales se habían reunido para tratar de la situación del absentismo laboral, y establecieron diferentes medidas para prevenirlo y reducirlo, fundamentalmente la realización de estudios ergonómicos y la creación de un sistema de atención personalizada que permitía identificar y corregir las causas del absentismo (folios 180 a 181). En razón de la previsión establecida en el art. 179 del XII Convenio Colectivo de la empresa demandada, en la actualidad hay 842 empleados que tienen reconocido algún grado de incapacidad (parcial, total o un porcentaje de disminución apreciado por el ICASS) el cual ha sobrevenido o ha sido declarado, en la inmensa mayoría de los casos, con posterioridad al inicio de su contratación. Después de la necesaria reconversión, han sido adscritos a lugares de trabajo adecuados o adaptados a su capacidad (declaración de la demandada y folios 138 a 150).

12.- En fecha 13.09.05 se intentó la conciliación en sede administrativa con resultado de sin avenencia”. Y como parte dispositiva:

“Estimar la demanda interpuesta por Luis Miguel contra “S., S.A.”, en demanda por despido, declarar la nulidad de su despido -por inadecuación de procedimiento, defectos formales y por su carácter discriminatorio- y condenar a la demandada a su readmisión y al abono de los salarios de tramitación devengados, con exclusión del periodo en que haya estado en situación de incapacidad temporal”.

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia de 7 de septiembre de 2006, en la que como parte dispositiva consta la siguiente:

“Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por “S., S.A.” frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 25.10.2005 dictada en el procedimiento núm. 584/2005, seguido a instancia de Santiago contra el recurrente, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida. Condenando a la empresa a la pérdida de los depósitos y debiéndose dar el destino legal a las consignaciones o aseguramientos en su caso efectuados, así como condenamos a la empresa al abono de la cantidad de 500 euros”.

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparo y formalizo en tiempo y forma recurso de casación para unificación de doctrina, por “S., S.A.”. En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005 (recurso 2639/04).

CUARTO.- Se impugnó el recurso por el recurrido, e informó sobre el mismo el Ministerio Fiscal en el sentido de estimar improcedente el recurso.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa demandada formuló el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de septiembre de 2006, que desestimando el recurso de suplicación por la misma entablado, confirmó la de instancia que declaró la nulidad del despido del actor, en cuanto discriminatorio al segregar a un grupo de trabajadores por razón de su enfermedad, en contra de los artículos, 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Constitución Española . Fue seleccionada como sentencia de contraste la esta Sala del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005 (recurso 2639/04).

Tanto el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen como la parte actora en el escrito de impugnación del recurso, alegan la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, lo que exige pronunciamiento previo a la cuestión planteada para unificación de doctrina sobre si la extinción del contrato de trabajo derivada de la situación de incapacidad temporal ha de ser calificada como despido improcedente o nulo.

SEGUNDO.- En la sentencia combatida son hechos probados que:

“3.- En el momento del despido del actor estaba en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, situación que se había iniciado con la baja médica de fecha 17-01-05 y que ha finalizado con el alta médica de fecha 16.9.05 (folio 169). Durante el año 2004 había estado en situación de incapacidad temporal por enfermedad en cuatro periodos, por una duración total de 39 días (folio 45).

4.- En fecha 16.9.05, después de intentada sin avenencia la conciliación en sede administrativa y cuando ya había sido interpuesta la demanda judicial, el actor recibió comunicación empresarial que reconocía la improcedencia del despido y le informaba que había dispuesto en el Juzgado Decano de Barcelona una indemnización por importe de 1949 ?74 euros (folios 30 a 33).

6.- En la misma fecha en que fue despedido el actor, 25 de julio, fueron también despedidos otros 40 trabajadores, mediante comunicación disciplinaria con idéntica imputación (folios 182 a 231). También respecto de este despido la demandada ha reconocido la improcedencia (declaración de la demandada).

8.- De estos otros 40 trabajadores despedidos, 23 estaban en situación de incapacidad temporal en el momento del despido, 25-07-05, había 629 (872 según rectificación de error material que recoge la sentencia de suplicación) trabajadores en situación de incapacidad temporal, de una plantilla de 15.000 empleados aproximadamente”.

Con base en estos hechos, la sentencia resuelve la cuestión planteada en suplicación sobre la declaración de nulidad del despido, estableciendo que “la doctrina sentada por el tribunal Supremo, con todo, ofrece unos matices que han de ser también apuntados. La enfermedad a la que se refiere como situación que no puede constituir el citado factor se tiene en cuenta, dirá el alto Tribunal, desde una perspectiva “genérica” o “estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa”; y la misma podría todavía configurarse como factor de discriminación “en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”.

Entendemos que la decisión de la empresa que ahora se enjuicia ha superado los límites marcados por dichos matices pudiéndose y debiéndose perfilar por ello como una auténtica decisión discriminatoria... Ha escogido un grupo de trabajadores en situación de baja laboral y ha determinado, sin constancia de otro motivo que dicha circunstancia, la extinción de sus respectivos contratos de trabajo. no se perfila sí, 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 una perspectiva estrictamente económica, su situación de baja laboral o de enfermedad; sino ante un no insignificante grupo de trabajadores a los que se selecciona y distingue en atención a dicho criterio... entendemos que se identifica un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica figura colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad, clase a la que se 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 de encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 de la Constitución ... “.

En la sentencia de contraste son hechos probados los siguientes: La demandante permaneció en situación protegida de incapacidad temporal por la contingencia de enfermedad común desde el 9 de octubre hasta el 8 de diciembre del año 2003. El mismo día en que la actora se reincorporó a su puesto de trabajo tras recibir el alta médica, esto es el 9 de diciembre del 2003, recibió comunicación escrita de la misma fecha en la que se notificaba su despido con efectos del siguiente día 15 del mismo mes.

En la carta de despido la empresa consignaba lo siguiente:

“Muy Sra. Nuestra: Por la presente la dirección de esta Empresa, pone en su conocimiento que, ha tomado la decisión de dar por rescindida la relación laboral que venía manteniendo con la misma, procediendo a despedirle con efectos desde el día 15 de diciembre del 2003. Los causas que motivan esta decisión es por la falta de capacidad para desarrollar su puesto de trabajo con normalidad que se ha detectado como sobrevenida con posterioridad a su contratación ..”. El 12 de enero del 2004 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el SMAC, en el que la representación de la patronal hizo la siguiente manifestación: “reconoce la improcedencia del despido y ante la imposibilidad de readmisión ofrece la cantidad neta de 4093 euros en concepto de indemnización, cantidad que se encuentra ingresada y a disposición de la actora en el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Murcia al expediente 38/03 “. La demandante no aceptó el ofrecimiento de la empresa por entender que el despido es nulo.

Partiendo de tales hechos la sentencia de instancia declaró nulo el despido de la trabajadora, pronunciamiento que fue confirmado por la de suplicación y, formulado contra ésta recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de mayo de 2005 (que es la de contradicción) estableció “Cierto es que en el supuesto hoy enjuiciado no hay constancia sino de una sola baja de dos meses de duración, circunstancia que no altera el contenido de aquella doctrina, pues las bajas por enfermedad no constituyen causa de despido, pero tampoco son determinantes que las producidas con motivo de ellas tengan carácter discriminatorio. Debe, por tanto, concluirse que no existió vulneración de derechos fundamentales de la demandante cuando fue despedida por motivos inexistentes, apareciendo que la causa fue la baja por incapacidad temporal que precedió al despido lo que conduce la inaplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y a la consiguiente declaración de improcedencia del despido prevista en el propio precepto.”

Como señala la reciente sentencia de esta Sala de fecha 11 de diciembre de 2007 (recurso 4355/06) ante supuesto substancialmente igual al presente ante la lectura de las sentencias comparadas, la solución adoptada por la Sala de Cataluña no parece compatible con la doctrina sostenida en la sentencia aportada para el juicio de contradicción, que forma parte de una serie de decisiones de esta Sala del Tribunal Supremo en las que se ha sostenido de manera uniforme la misma tesis, que se recoge en las sentencia de 29 de febrero de 2001 (recurso 1566/2000), 23 de septiembre de 2003 (recurso 449/2002) y 12 de julio de 2004 (recurso 4646/2002), en donde 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 (“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.

Esta jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad enlaza expresamente con la citada sentencia de 29 de febrero de 2001, 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 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.

La sentencia de suplicación recurrida declara en sus fundamentos anteriormente aludidos, que conoce la doctrina jurisprudencial reseñada, siendo conscientes de que la decisiones adoptada se opone o no concuerda con ella, por lo que expresa las razones que, a juicio de la Sala, justifican la inaplicación de dicha doctrina jurisprudencial al caso concreto enjuiciado.

Es cierto que en la sentencia recurrida el despido del actor por parte de la empresa “S., 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 esta diferencia, que efectivamente se da entre las sentencias comparadas, no tiene relevancia para el juicio positivo de contradicción de sentencias. Tanto la sentencia recurrida como en la sentencia de contraste enjuician 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 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 en tal sentido y ante supuesto igual ya se pronunció esta Sala en la referida sentencia de 11 de diciembre de 2006.

TERCERO.- Como señala anterior sentencia, “La solución correcta a la cuestión controvertida es la contenida en nuestra doctrina jurisprudencial unificada, expuesta en la serie de sentencias a la que ya nos hemos referido, y 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, da respuesta a algunos de los argumentos específicos del presente debate procesal ...

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”.

Añade la aludida sentencia en su fundamento de derecho quinto que “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...

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”.

Finalmente recoge la tan citada sentencia en su fundamento de derecho sexto 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)”.

CUARTO.- Como resolvió la tan citada sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2007, descartada a tenor de la anterior doctrina unificada, 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 (citada) sobre el despido fraudulento, la conclusión del razonamiento es que el recurso de la empresa debe ser estimado.

Resolviendo el debate de suplicación, procede también:

a) Estimar el recurso de esta clase y, con revocación de la sentencia de instancia, desestimar la reclamación de despido nulo contenida en la misma.

b) Estimar 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.

c) Declarar, en consecuencia, la procedencia en su caso de las indemnizaciones correspondientes ya consignadas a favor del trabajador.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de “S., S.A.”, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 7 de septiembre de 2006, dictada en el recurso de suplicación número 723/06, formulado por la parte aquí recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, de fecha 25 de octubre de 2005 en autos 584/05, dictada en virtud de demanda de D. Luis Miguel, frente a la empresa “S., S.A.” en reclamación por despido. Casamos y anulamos la sentencia aquí recurrida y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto 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 los depósitos constituidos para recurrir, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas en ambos recursos.

Devuélvase las actuaciones al organismo de procedencia, 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. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- Milagros Calvo Ibarlucea.- José Manuel López García de la Serrana.- José María Botana López.

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