

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 3767/2017 de 12 Jun. 2017, Rec. 2310/2017

Ponente: García Ros, Amador.

Nº de Sentencia: 3767/2017

Nº de Recurso: 2310/2017

Jurisdicción: SOCIAL

El despido de un trabajador en IT sin perspectivas de reincorporación inmediata es improcedente y no nulo

CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DE TRABAJADOR EN IT. No es nulo sino improcedente el despido de un empleado que estaba de baja de duración incierta por accidente laboral. No ha habido discriminación alguna por discapacidad, pues esta no se da. La situación de incapacidad era reversible, y además apenas habían transcurrido 2 meses desde el accidente. El factor enfermedad no fue tomado por el empresario como un elemento segregatorio, sino que la razón obedeció a que inevitablemente la incapacidad repercutiría negativamente en el rendimiento del trabajador, y ello lo convierte en improcedente.

El TSJ Cataluña, estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, y califica el despido del trabajador en IT como improcedente y no nulo.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALUNYA SALA SOCIAL

NIG: 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8056829 mm

Recurso de Suplicación: 2310/2017

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL FALGUERA BARÓ

En Barcelona a 12 de junio de 2017

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 3767/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por Bootes Plus, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 23 de diciembre de 2016 dictada en el procedimiento. nº 1219/2014 y siendo recurridos Fondo de Garantía Salarial y Eleuterio . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. AMADOR GARCÍA ROS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinario, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 23 de

diciembre de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Eleuterio contra BOOTES PLUS S.L., declaro la nulidad del despido notificado el 26.11.14, por constituir una discriminación por razón de discapacidad, y condeno a la referida empresa a:

1.- La readmisión inmediata del actor en sus anteriores condiciones de trabajo, viniendo la empresa obligada -si fuera preciso- a los ajustes razonables en su puesto de trabajo o funciones que exija la limitación residual que pueda restarle al demandante, de conformidad a lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2000/78

2.- Al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta que tenga lugar la readmisión, sin perjuicio del descuento o compensación de las prestaciones por incapacidad temporal o desempleo devengadas.

3.- Al pago de la indemnización. resarcitoria de 6.251€ por daños morales, y. 2.841,56€ por daños materiales, Con absolución del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sin perjuicio de su responsabilidad legal en caso de insolvencia empresarial".

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

"1.- La sociedad demandada es la titular del Restaurant "Bravo 24", ubicado en el Hotel Vela de Barcelona, calificado de 5 de estrellas "Gran Lujo".

2.- La plantilla del restaurante oscila durante el curso del año en razón de la temporada, entre 40-45 trabajadores, en enero-febrero, a 60-65 en los meses de verano, y alrededor de 50 empleados en otoño y primavera. En razón de dicha estacionalidad, la contratación inicial es eventual, por periodos habituales de 3 a 6 meses, según la referida oscilación por estacionalidad. La renovación y duración de la única prórroga posible se establece en razón de dicha estacionalidad y la valoración del trabajador hasta completar el límite máximo de duración de un año (declaración testifical de Tania , responsable de RRHH).

3.- El demandante fue contratado en fecha 17.4.14, en la categoría profesional de ayudante de cocina, a jornada parcial (20 horas) y por una duración inicial de tres meses, con carácter eventual justificado -en el contrato- para "realizar todas las preparaciones básicas culinarias que le sean encomendadas, todo ello motivado por un aumento de trabajo". El contrato establecía un periodo de prueba de 30 días (folios 71-72, dorso).

4.- En fecha 1.7.14, superado el período de prueba de 30 días, se pactó la conversión del contrato a jornada completa (40 horas), pasando a percibir una retribución diaria de 44,72€ (folio 75).

5.- Dos semanas después, en fecha 15.7.14 se prorrogó en nueve meses más el contrato inicial, completando el año máximo de duración, fijándose como fecha de cese la de 16.4.15 (folio 76). Tal prórroga, como la anterior ampliación de la jornada, tuvo el informe favorable del Jefe de Cocina (según la declaración del mismo en prueba de interrogatorio).

6.- En fecha 3.10.14 el demandante sufrió un accidente laboral, al resbalar en la cocina y dislocarse el codo izquierdo, iniciando proceso de incapacidad temporal derivado de accidente laboral en la misma fecha, siendo atendido por los servicios médicos de la mutua FREMAP.

7.- A las dos semanas de iniciarse el proceso de incapacidad temporal del demandante, el Jefe de Cocina habló con el demandante interesándose por su estado médico y por la previsión de duración de dicha situación de incapacidad temporal, contestándole el demandante que -según prescripción facultativa- su reincorporación no podía ser inmediata (declaración de ambas partes, coincidente).

8.- En fecha 26.11.14, permaneciendo en situación de incapacidad temporal derivada del mismo accidente de trabajo, el demandante recibió comunicación escrita de despido disciplinario (folio 8, que se da por íntegramente reproducido), con el siguiente tenor literal, como única imputación:

"Lamentamos poner en su conocimiento que hemos adoptado la determinación de dar por concluida la relación laboral que le une con la empresa, procediendo a su inmediato despido con efectos del día de la fecha. La razón que fundamenta esta decisión es debida a no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo. Los hechos

expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el art. 54 ET ".

9.- La evolución médica de la lesión sufrida por el demandante desde la fecha del accidente laboral, producido en fecha 3.10.14, ha sido la siguiente. (según documentación y pericial médica aportadas):

- Tratado inicialmente con inmovilización y calmantes, al persistir la inflamación y la impotencia funcional, se practicó una primera resonancia magnética en fecha 17.11.14, con el siguiente diagnóstico: rotura trabecular subcortical epifisaria del cóndilo humeral. Importante derrame articular. Rotura fibrilar musculo braquial a nivel anterior a cortical humeral. Rotura parcial ligamento colateral cubital +edema epitróclea. Contusión diafiso-metafisaria proximar del radio.

- Una segunda resonancia magnética de fecha 10.1.15 evidenció "persistencia de signos de rotura ligamento colateral cubital", por lo que en fecha 1.4.15 fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica del Pilar, realizando ligamentoplastia LCC con tendón palmar mayor, siendo dado de alta médica por la Mútua Fremap el 20.7.15.

- Al persistir sintomatología e inestabilidad articular, el demandante -ya dado de alta- ha sido tratado en los meses posteriores por el Servicio de Traumatología del Hospital de Matará por laxitud lateral interna, dolor y pérdida de fuerza en la extremidad superior izquierda, con prescripción de fortalecimiento de la musculatura y descartando nueva intervención. En fecha 14.9.16 ha formulado solicitud de invalidez permanente ante el INSS, estando en la actualidad pendiente de valoración (pericial, médica y docs. 1-10 parte actora).

10.- En fecha 29 de enero de 2015 se intentó la conciliación previa, con resultado de sin efecto".

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Motivos del recurso.

La empresa que ha visto rechazadas todas y cada una de sus resistencias, ahora, no conforme con la declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales (discriminación por discapacidad), interpone el presente recurso, y lo hace, tanto para modificar el relato de hechos (hecho primero) como para que la Sala proceda al examen del derecho, así como de la doctrina jurisprudencial, constitucional y comunitaria que se cita, y todo ello, por infracción de los artículos 10.2 , 14 , y 15 de la Constitución Española ; Art. 4.2.d), 14 , 17.1 , 20 , 53.4 y 5 , 52 , 53 , 55.3 y 6 y 56.1.b) y 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRLET); de los artículos 2.1, 3.1 y c) y 5 de la Directiva 2000/78, del Consejo de 27/11/2000 ; de los artículos 41 5 y 6.1 del Convenio 108 de la OIT; del artículo 181 de la LRJS (aunque se señala el 180 LPL); del artículo 13 del Tratado constitutivo de la CE ; del artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; así como de la doctrina que refiere y de aquellas normas y jurisprudencia que se señala y cita en el cuerpo del recurso de recurso de suplicación.

Se podría resumir señalando, 'sin desmerecer el esfuerzo que han hecho tanto la recurrente como el impugnante, consecuencia lógica, por otra parte, de la extensa fundamentación que contiene la sentencia recurrida, que, todos los argumentos que sustentan el recurso van dirigidos a intentar convencer a este Tribunal, que despido nada tuvo que ver con la dolencia que sufría el trabajador, y menos aún, cuando la razón que denuncia de forma principal en su demanda para impugnar el despido, fue, según refiere, la presión que recibió de la empresa para que solicitase el alta médica.

Por otra parte, la recurrente, añade, que la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el trabajador en el momento en que fue despedido no puede asimilarse a una situación de discapacidad, por cuanto no ha quedado acreditado que sus dolencias constituyan un obstáculo para el desarrollo futuro de su profesión, susceptible de estigmatizarle. Pero es que, además, considera que un despido de esta naturaleza no puede encuadrarse en los supuestos de despido nulo que regula el Estatuto de los Trabajadores. Ni tampoco, puede llegarse a esa conclusión porque el Juzgador razone que la decisión extintiva vulnera otros de los derechos fundamentales que asisten al trabajador, ya sean los recogidos en la CE, en la CDFUE , o en cualquier norma interna o internacional de aplicación, cuando no es cierto, ni concurren las circunstancias para ello. Aunque también, señala que

por el simple hecho de que la empresa en el juicio no haya podido conseguir probar la verdadera causa de despido, ello no es causa suficiente que permita declarar la nulidad del despido, en todo caso, debería haberse declarado su improcedencia.

El recurso, ha sido debidamente impugnado.

SEGUNDO.- Revisión de los hechos probados.

Se solicita la revisión del hecho probado séptimo para que este Tribunal proceda, en función de los documentos y, prueba que cita, a darle la siguiente redacción: "A las dos semanas de iniciarse el proceso de incapacidad temporal del demandante, el Jefe de cocina telefonó al demandante interesándose por su estado médico y por la previsión de duración de dicha situación de incapacidad temporal, manifestándole el demandante que su reincorporación no podía ser inmediata. En fecha posterior, el Jefe de Cocina comunicó a la Dirección de la empresa -en relación al demandante- "que había una serie de problemas" y "no funcionaba bien" (Declaración del Jefe de Cocina por delegación de la empresa demandada, minutos 40-49)."

La revisión del hecho séptimo, que quede redactado da la forma expuesta viene determinado por el hecho de que cuando el Juez de instancia dicta el auto de fecha 14/07/2015, folios 212 a 229 de las actuaciones, en el folio 212 punto 7, señala como probado En fecha posterior, el Jefe de Cocina comunicó a la Dirección de la empresa -en relación al demandante- "que había una serie de problemas" y "no funcionaba bien" (Declaración del Jefe de Cocina, por delegación de la empresa demandada, minutos 40-49)". Y sin embargo lo omite en la sentencia de instancia. Esta matización es relevante, por cuanto, de la forma en que viene redactado el actual hecho declarado probado da una información sesgada de la realidad de lo sucedido, y a pesar de constar que se probó en el acto del juicio la causa del despido "que había una serie de problemas" y "no funcionaba bien" refiriéndose al trabajador, deja sin contenido la causa real del despido. Cosa distinta sería que el juez de Instancia considerase que la manifestación del Jefe de Cocina, aun obviando su experiencia profesional, no lo considerase suficiente".

Los documentos que se citan (el auto por el que se plantea la cuestión prejudicial), así como las declaraciones del jefe de cocina, no tienen valor ni eficacia revisoria alguna por lo que la revisión debe ser rechazada. De todas las maneras poca o nula relevancia podrían tener en este procedimiento, y aún menos para conseguir alterar el resultado del fallo, las circunstancias que se invocan, cuando la empresa no ha conseguido acreditar que la causa que aportaba su decisión disciplinaria fuera la falta de rendimiento del trabajador.

TERCERO.- De la censura jurídica.

Debido a la extensión del recurso, de la sentencia, y del escrito de impugnación, y atendiendo que el hilo conductor es común a estos últimos, y que la tesis que defienden cada uno en su posición de parte, sigue las mismas pautas que la sentencia, se procederá a resolver todas las cuestiones que se denuncian, siguiendo el siguiente Orden. Como todas las partes implicadas conocen con detalle la doctrina judicial, jurisprudencia y constitucional, tal y como lo ponen de manifiesto sus respectivos escritos, en primer lugar, procederemos a examinar con detalle su contenido, para acto seguido y, en segundo lugar, a la luz de lo resuelto por la sentencia de 1.12.2016 del TJUE (asunto Eleuterio), establecer, si con relación a esta, la doctrina jurisprudencial! y constitucional se ha sido alterada, modificada, o matizada, y, una vez obtenida la respuesta hermenéutica que corresponda, en último lugar, este Tribunal, la pondrá en relación con el despido del que trae causa este recurso, y decidirá si es de aplicación al supuesto enjuiciado, y en todo caso, si es suficiente para poder justificar la calificación de nulidad del despido que contiene el fallo recurrido. Y si llegamos a la convicción que no ha existido ningún tipo de discriminación por discapacidad, se analizara, si el despido puede calificarse de despido nulo por las causas que de forma subsidiaria recoge la sentencia de instancia.

A) En relación a la doctrina judicial, jurisprudencial y constitucional.

La resolución que debemos dar a la cuestión que aquí se plantea pasa, por encontrar una respuesta a las siguientes preguntas: 1) un despido que tiene como causa real (la aparente es otra) una situación de enfermedad (incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo) puede calificarse a efectos del art. 14 CE , como discriminatorio por discapacidad, y por tanto nulo; 2) de no ser así, puede declararse nulo por atentar contra el derecho del a la integridad física, a la salud, o la dignidad que ostenta toda persona (art. 15 CE); y por último, podrá ser igualmente calificado de nulo por ser un despido sin causa y por tanto, injustificado.

A.1) Con respecto a la primera cuestión, debemos acudir a lo resuelto recientemente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de mayo de 2016 (Recud 3348/2014). Esta sentencia resolvió el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto frente a la sentencia de esta misma Sala dictada en Pleno, de 1 de julio de 2014 (Rec. 956/2014), que, a su vez, resolvió el recurso de suplicación que se interpuso contra a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013 . La doctrina recogida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, nos guste o no, vincula a esta Sala, por doble motivo, uno por aplicación del art. 5 de la LOPJ , y otro, porque el criterio que avala, es el que recoge nuestra sentencia que fue dictada en Sala General; y, por tanto, solo podríamos apartarnos de ella, si la sentencia ahora impugnada ha planteado nuevas cuestión jurídicas, jurisprudencial, o fácticas, que por su relevancia nos permita motivadamente abandonar el criterio que en su día decidimos adoptar.

El supuesto de hecho en el que se asentó nuestra decisión, cabe recordar fue el siguiente: La demandante en fecha 1.3.13 sufrió un accidente de tráfico camino del trabajo, que le provocó un "latigazo cervical" del que fue asistida médicamente en la mutua de accidentes, y por el cual pasó a situación de incapacidad temporal que finalizó con alta médica el día 28.3.13. Diez días después del accidente, en fecha 11.3.13 estando en situación de incapacidad temporal, la demandante recibió comunicación escrita de despido disciplinario, 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 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 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".

La sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 33 (en adelante JS 33) declaró el despido nulo por fraude ley y vulneración de derechos fundamentales (arts. 10 , 14 , 15 y 24 CE). En nuestra sentencia, se analizaron las siguientes cuestiones: a) si el despido podría calificarse nulo al margen de los supuestos que regula el art. 108.2 LRJS , o 55.5 del TRLET cuando no concurriese causa, o esta fuere ficticia; b) si el despido podía ser calificado de nulo por ser discriminatorio por causa de enfermedad o accidente de trabajo; c) si se podía alcanzar la misma calificación aplicando la doctrina comunitaria contenida en las sentencias del TJUE de 11-4- 13, en el asunto Ring, de 11-7-06, caso Chacón Navas, y entender que es un despido nulo por ser discriminatorio por causa de discapacidad. Igualmente cabe traer a colación aquí, que dicha sentencia, rechazó todos y cada uno de los planteamientos del Juzgado, y revocó su sentencia, declarando que la única posibilidad era calificar de improcedente el despido. Recurrída, en casación para la unificación de la doctrina, la Sala cuarta resolvió (la reproducimos íntegramente el fundamento de derecho tercero dada la trascendencia que tiene en este recurso), lo siguiente:

TERCERO: 1, El recurrente alega infracción de la jurisprudencia, citando STJUE de 11.4.2013 C337/2011 "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 32007, 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 la 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 a 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 calificaciones 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 11 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 calificaciones 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 núm. 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 periodo', 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 periodo 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 no 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 29-1-20011, 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 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 "campaña 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. Agueda contra la Sociedad Eurest Colectividades S.A., por despido.

Los hechos a considerar son los siguientes:

Doña. Agueda 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.

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 difiera 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 tanto 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. Felicidad 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. Miriam 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 e), 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 psíquicas 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.- Par 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 ".

La aplicación de dicha doctrina al supuesto enjuiciado, dado que en el momento en que fue despedido, e incluso teniendo en cuenta lo que sucedió con posterioridad al mismo, tal y como reflejan los hechos probados, no nos permite albergar ninguna duda, que el despido no fue discriminatorio, ni vulnerador de ninguno de los derechos fundamentales, ni tampoco los no fundamentales que se citan, ni por tanto está viciado de nulidad. La situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el actor cuando fue despedido, al margen de cuál fuera la intencionalidad de la empresa, solo permite calificarla de despido improcedente, pues no nos encontramos ante un supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación, es más, ni el propio actor lo reconoció en su demanda. Parece entonces evidente, que habiendo transcurrido apenas un mes y medio desde que sufrió el accidente de trabajo, con una lesión de codo, que presumiblemente era leve, y que curó, en un plazo más que razonable, en atención al momento en que fue dado de alta por curación sin secuelas, a la única conclusión que podemos alcanzar, en tanto que la sentencia ahora recurrida, no ha introducido ningún elemento diferenciador relevante, es la que recogía nuestra anterior sentencia, y la que describe la sentencia de la Sala IV del TS que la confirma, y en definitiva, en el presente caso, debemos señalar que a juicio de esta Sala, la empresa no sustentó su decisión de despedir por razón de la dolencia que sufría el trabajador, ni tuvo causa en un motivo o factor de discriminación sino en la pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermedad tiene en el rendimiento laboral.

A.2) En relación a la sentencia del TJUE de 1.12.2016 (asunto C-395/15).

Del mismo modo que la Sala IV del Tribunal Supremo examinó el asunto Ring, Danmark, en relación a la doctrina jurisprudencial y constitucional dictada hasta el año 2013, ahora, tenemos otra sentencia de ese Alto Tribunal, que resuelve otra cuestión prejudicial, planteada por el mismo juzgado de lo Social (JS 33), que introduce, como lo hicieron las anteriores, ciertas modulaciones que debemos en este apartado analizar con el objetivo de determinar si lo ahora decidido altera la doctrina jurisprudencial que en el apartado anterior hemos examinado.

Tal y como recoge la sentencia del JS 33, que trae causa de este recurso. En el presente asunto, el Juzgado de instancia planteó cuestión Prejudicial al TJUE, formulándole una serie de preguntas, que, a su juicio, no habían sido resueltas, ni por el Tribunal Supremo ni siquiera por el Tribunal Constitucional (STC 62/2008), en el asunto Chacó Navas, y Ring , lo que a su juicio de ser la respuesta positiva permitiría calificar de nulos este tipo de despido por discriminación derivada de la incapacidad del trabajador por razón de su enfermedad, o por su estado de salud.

Debemos advertir, que en lo que respecta a la sentencia del TC (62/08), en ningún momento se refirió a la posibilidad en estos casos de que se pudiera alcanzar por esta vía la nulidad, cabe recordar que señalaba que, en todo caso, se "podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria". De todas formas, sí que es cierto, como recoge la sentencia recurrida, que el TC no entró a considerar la posible incidencia en tal conclusión de la CDFUE , del Convenio 158 OIT, aunque sí lo hizo el Magistrado que hizo voto particular a dicha sentencia, por lo que de entrada todas esas cuestiones que pretende vincular la calificación del despido a otros derechos recogidos en normas comunitarias, o internacionales de obligada aplicación en nuestro ordenamiento interno habría que entender que también fueron rechazadas.

A pesar de ello, el JS 33, a través de lo ahora decidido por la sentencia del TJUE de 2016, considera que a partir de ahora pudiera llegarse a la solución contraria que recoge la doctrina del Tribunal Supremo, y de ésta Sala y, que ha venido siendo avalada por el Tribunal Constitucional, claro está si se aplicará a este tipo de supuestos los principios y derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea , que refiere, que son de aplicación directa desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa , y son de aplicación directa, por tener el mismo valor y eficacia que los Tratados, y formar parte del Derecho primario de la Unión (art. 6.1. del TUE).

El JS núm. 33 con ese objetivo, como refleja su sentencia, planteó cinco cuestiones, de las cuales, el TJUE, sólo resolvió la quinta. Las cuatro primeras, incidían sobre la aplicabilidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la

Unión Europea, y la quinta sobre el alcance de la Directiva 2000/78 en materia de discriminación por razón de discapacidad. El TJUE, se declaró incompetente para resolver a las cuatro primeras preguntas, por considerar que "en la fase actual del procedimiento principal no se había acreditado que la situación controvertida entre en el ámbito de aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta".

Por lo que respecta a la quinta, la cuestión se formuló de la siguiente manera:

¿Entraría en el concepto de "discriminación directa por discapacidad" -como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78 la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral?. Y la respuesta que dio, fue la siguiente: "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:

- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera", con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

- Al comprobar ese carácter "duradero", el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales".

Debemos señalar, que de los considerandos 42 al 55, que también reproduce la sentencia de instancia, si alguna cosa ponen en evidencia, por la importancia que tienen en la resolución de este recurso, es que en principio el estado físico del trabajador accidentado es reversible (considerando 46); que "el concepto de limitación "duradera" de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de "discapacidad" al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme (considerando 51); el régimen jurídico de la incapacidad "temporal", con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como "duradera", en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU (considerando 52); que el "carácter "duradero" de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio (considerando 53); y por último, "Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter "duradero", ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico. (considerando 55)".

Si comparamos los asuntos Navas, y Ring, con el actual, y los ponemos en relación con el supuesto enjuiciado, en aplicación de los términos estrictos a los que éste se contrae, la situación del actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni, en el momento anterior a dictarse la sentencia, a la única conclusión a que podemos llegar es que, al margen de la valoración que hace el Juzgado, y de la parte actora a través de su escrito de impugnación, es que *se encontraba en una situación de incapacidad reversible que no se puede calificar de duradera, pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20.7.2015. Es cierto, como se hace constar en el hecho noveno que el actor solicitó la incapacidad permanente el 14.9.2016, pero, ello no es suficiente para considerar que las limitaciones funcionales, a la luz de la doctrina de la sentencia que examinamos, pueda calificarse de duraderas, lo que significa, que en el supuesto enjuiciado, la situación del actor no puede calificarse de incapacidad en los términos que dispone dicha resolución ni tiene cabida a efectos de tutela, en la Directiva 2000/78, ni por consiguiente, la empresa pudo cometer con el despido por esta causa ningún tipo de discriminación.*

Por lo que, la falta de causa discriminatoria acreditada, siguiendo a dictado, la doctrina jurisprudencial que nos precede, conlleva que solo podamos calificar improcedente el despido.

B) Con relación a la segunda cuestión que nos planteábamos para resolver el presente recurso (si puede declararse nulo por atentar contra el derecho de la integridad física, a la salud, o la dignidad que ostenta toda persona (art. 15 CE). Debemos aplicar lo ya resuelto en nuestra sentencia, criterio que aquí íntegramente reproducimos.

No se le pasa por alto a la Sala, que la Sala IV del Tribunal Supremo en alguna ocasión.(véase la STS 828/2011), ha avalado la calificación de nulidad del despido cuando la decisión de la empresa de despedir al trabajador se fundamenta en causa que comporte un grave riesgo para la salud del trabajador. Señala esta resolución con cita de las SSTC 62 y 160/2007 que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad persona" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", y precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora", en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta". Y, considera, que si el despido se produjo por la negativa del trabajador a abandonar el tratamiento médico que se le había prescrito, dicha amenaza constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada. Pero, a pesar de que dicha circunstancia fue alegada por el trabajador para impugnar el despido, nada sobre ello ha quedado probado. Por tanto, en este asunto, tampoco sería de aplicación la doctrina mencionada.

C) Y por lo que respecta a si pudiese calificarse el despido viciado de nulidad por no concurrir causa alguna que lo sustente, o por fraude de ley. Debemos señalar, que es conocida por esta Sala que existe una corriente doctrinal, e incluso judicial, que defiende lo contrario, y que para justificar dicha postura se acude a la doctrina que ha venido elaborando la Sala IV del TS sobre la nulidad por fraude en los despidos colectivos como consecuencia lógica de las reformas introducidas en la LRJS a partir del RD-Ley 3/2012 , así como de las sucesivas modificaciones que sobre el art. 124.9 y 11 de la LRJS , introdujo la posterior Ley 3/2012. Pero en este sentido cabe también señalar que está última ley suprimió como causas de nulidad del despido colectivo, el supuesto referido al fraude, dolo, coacción o abuso de derecho y que dicha redacción no fue alterada más tarde por el RO-Ley 11/2013, que nada refiere, como se puede comprobar, sobre el binomio fraude de ley-despido. Pero que el fraude sea "...una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma:" (STS de 14.2.2014 (Rec. 148/2013), y que la falta de causa en el despido por fraude permita la calificación de nulidad del despido colectivo, no puede llevarnos al absurdo de desoír la doctrina que resolvió en su día el presente debate y que concluyó que ya no tenía cabida en nuestro Derecho la figura del despido nulo por fraude de ley (STS 15.12.1994 , 28.02.1995 , 23.5.1996 , etcétera). Pero es que, además, esta postura que puede ser criticable y por supuesto alterada, si alguna cosa tiene de positiva es que ha dotado al tráfico jurídico en esta materia de mucha seguridad jurídica y durante mucho tiempo, y que hoy por hoy, no ha existido ningún cambio normativo que permita que sea alterada. Por lo tanto, y como quiera que no aparecen entre las causas de nulidad el fraude de ley, tampoco es posible reconducir el supuesto enjuiciado, como aquí se pretende hacer, a figuras que están previstas para despidos discriminatorios o atentatorios de otros derechos fundamentales. De todos modos, para finalizar, cabe añadir, que, aunque se pudiese sostener a partir de la última de las reformas citada, la nulidad por falta de causa en los despidos colectivos, lo cierto es que dicho criterio no se puede ni debe trasladar a los casos de despido individual porque el colectivo tiene su propia regulación y consecuencias, y lo que en el colectivo se protege son los intereses generales y no particulares, que sin duda están más necesitados de protección, que el interés individual, que se encuentra siempre en un plano inferior.

CUARTO.- A la vista de todas las razones que hemos venido dando, debemos revocar la sentencia de instancia, y

desestimando la demanda en cuanto a su petición principal, debemos calificar el despido que sufrió el trabajador de improcedente en cuanto la empresa no ha conseguido acreditar la causa que alegó para justificar su decisión, y en consecuencia, se condena a la empresa a estar y pasar por esta decisión y a que ejerza el derecho de opción, dentro del plazo de cinco días computados a partir de la siguiente a la notificación de nuestra resolución, y decida, si quiere continuar con el contrato de trabajo del actor, con abono de los salarios que procedan, o por el contrario, extinga definitivamente el mismo, con abono de una indemnización de 983,84€.

No habiéndose producido vulneración de derechos fundamentales, no da lugar a percibir la indemnización que por diversos conceptos reclamaba, salvo la que le corresponda en el supuesto de extinción definitiva de su contrato de trabajo.

VISTOS los anteriores, y obligados por el artículo 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, razonamientos y argumentos, así como los mencionados preceptos y los demás de general y debida aplicación, los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados en el encabezamiento de esta sentencia, previos los actos de dación de cuenta por quien de ellos fue designado Ponente, y conjuntas deliberación, votación y fallo.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Bootes Plus, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, de fecha 23 de diciembre de 2016, en los autos núm. 1219/2014, incoados por Eleuterio frente a la empresa recurrente y Fogasa, debemos revocar la misma, y desestimando la demanda en cuanto a su petición principal (declaración de nulidad) no así sobre la pretensión subsidiaria, se declara la improcedencia del despido que sufrió el trabajador el 26.11.2014 y por ende, se condena a la empresa a estar y pasar por esta decisión, y a que ejerza el derecho de opción, dentro del plazo de cinco días computados a partir del día siguiente a la notificación de nuestra resolución, y decida si quiere continuar con el contrato de trabajo del actor, con abono de los salarios que procedan, o por el contrario, lo extingue definitivamente, con abono de una indemnización de 983,84€, sin salarios de trámite. No se hace pronunciamiento alguno sobre el Fogasa, sin perjuicio de las responsabilidades que legalmente está obligado a asumir.

Una vez firme esta sentencia, procédase a devolver el depósito realizado para recurrir, y a la cancelación parcial del aval presentado.

Sin costas.

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

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se

compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ PE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

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