

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 29 de enero de 2001*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 1566/2000*

**SUMARIO:**

*Despido. Calificación. Despido realizado en atención a las frecuentes bajas médicas del trabajador que hacen que no sea rentable para la empresa. Es despido improcedente; no nulo. No hay discriminación, sino ilegalidad simple que determina la improcedencia.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 4.º 2 c) y 52 d).

Constitución Española, arts. 14 y 15.

**PONENTE:**

*Don Aurelio Desdentado Bonete.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

La cuestión que se debate en el presente recurso consiste en determinar cuál es la calificación que corresponde al cese del actor, que ha sido despedido por la empresa demandada, sin que concurra la causa alegada -terminación de una contrata-, pero habiéndose apreciado que el motivo real del cese han sido las «bajas médicas» del trabajador, que hacen que su prestación de trabajo «no sea rentable para la empresa». La sentencia recurrida, revocando la de instancia, ha declarado nulo el despido por considerar que con esta decisión se discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección establecida en las normas laborales y en la Seguridad Social, sin que, por otra parte, concurra el supuesto del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (ET). La Sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Valladolid el 16 de marzo de 1998, decide también del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal que tiene por causa real el hecho de que «no es rentable para la empresa al estar en la referida situación». La sentencia de contraste considera que este móvil no es discriminatorio y que con el despido no se viola ningún derecho fundamental del trabajador. Existe la contradicción que se invoca y las diferencias que señala la parte recurrida en orden a las distintas causas de cese alegadas -extinción de la contrata y reorganización de la empresa en el reparto de cargas de trabajo- no son concluyentes, porque en los dos casos coincide el móvil real del cese y lo que importa es la consideración de ese móvil en orden a la calificación del despido. El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) no exige una igualdad absoluta, sino una identidad sustancial y ésta se cumple en el presente caso.

**Segundo.**

El recurso, que denuncia la infracción de los números 4 y 5 del artículo 55 del ET en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, debe ser estimado. La Sala en sus Sentencias de 2 de noviembre de 1993, 19 de enero de 1994, 23 de mayo de 1996 y 30 de diciembre de 1997, ha establecido que 1.º la calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario, sea ésta disciplinaria o de otra naturaleza, cuando no se está en ninguno de los supuestos del artículo 108.2 de la LPL y 2.º el denominado despido fraudulento de creación jurisprudencial no resulta ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Esta doctrina es aplicable también a los supuestos en los que, como en el presente caso, se establece el motivo real del despido, pero éste no tiene la protección del ordenamiento, porque cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedencia. La sentencia recurrida argumenta que, aunque no estamos ante un despido contrario al derecho fundamental reconocido en el artículo 15 de la Constitución, se trata de una decisión discriminatoria incluida en el número 5 del artículo 55 del ET, pues se establece un trato peyorativo para quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social. En esta argumentación también insiste la parte recurrida con cita del

artículo 4.º 2 c) del ET, que reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales.

Pero estos razonamientos no pueden aceptarse, porque en ellos se confunden dos principios constitucionales -el principio de igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria- que tienen un distinto alcance, como ha señalado la doctrina de esta Sala en relación con la del Tribunal Constitucional. En este sentido las Sentencias de 17 de octubre de 1990, 23 de septiembre de 1993 y 17 de mayo de 2000 señalan que «el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado» y «esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación».

Es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al actor se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad. Pero la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la Sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52 d) del ET, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.º 2 c).2.º del ET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador.

### **Tercero.**

Debe, por tanto, casarse la sentencia recurrida para resolver el debate planteado en suplicación, desestimando el recurso interpuesto por el actor y confirmando la sentencia de instancia, con devolución a la empresa del depósito constituido. En cuanto a las consignaciones realizadas se mantienen en lo que corresponda para asegurar el cumplimiento de la sentencia de instancia, debiendo devolverse el resto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 201.2 y 226 de la LPL; todo ello sin condena en costas en suplicación, ni en casación.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo español.

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa S..., S.A., contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 28 de febrero de 2000, en el recurso de suplicación número 7041/1999, interpuesto frente a la Sentencia dictada el 8 de julio de 1999 por el Juzgado de lo Social número 27 de Barcelona, en los Autos número 112/1999, seguidos a instancia de don P... G... C... contra dicha recurrente y el Consorcio por la Defensa de la Cuenca del Río Besós, sobre despido. Casamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña y, resolviendo el debate planteado en suplicación,

desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por don P... G... C... y confirmamos la sentencia de instancia. Decretamos la devolución a la empresa del depósito constituido para recurrir en casación. Se mantienen las consignaciones realizadas en lo necesario para garantizar la condena de la sentencia de instancia, debiendo devolverse en el resto. Sin costas.