

Se considera nulo, por discriminatorio, el despido de un trabajador por la simple circunstancia de estar enfermo

La Sala considera que el despido del recurrente es nulo por discriminatorio, pues la única causa realmente existente para la extinción contractual fueron las bajas del trabajador durante varios años, habiendo considerado la empresa que, por estar enfermo, no era rentable. Declara que, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, el estado de salud del trabajador constituye un factor de discriminación contemplado en el art. 14 de la CE, encuadrable en la cláusula genérica de “otras circunstancias personales o sociales” contemplada en él. En el presente caso la empresa se ha limitado a constatar que el recurrente había enfermado en varias ocasiones, con una duración cada vez mayor de las bajas, y por ese solo hecho procedió a su despido, sin atender a si la enfermedad limitaba o no su capacidad para el desarrollo de la prestación laboral objeto del contrato, de tal forma que el factor enfermedad fue tomado en consideración como un elemento de segregación. Concluye la Sala que, en contra de lo manifestado por la empresa demandada, el art. 52 del ET no puede dar cobertura a un despido por el hecho de que el trabajador esté enfermo, o por tener una enfermedad que socialmente se considere un estigma.

Tribunal Superior de Justicia de Canarias

Sala de lo Social

Sentencia 9/2011, de 25 de enero de 2011

RECURSO Núm: 204/2010

Ponente Excmo. Sr. MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ

En Las Palmas de Gran Canaria, a 25 de enero de 2011.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas, formada por los/as Ilmos./as Sres./as Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D. /Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D. /Dña. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL, ha pronunciado

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 204/2010, interpuesto por D./Dña. Jon, frente sentencia del Juzgado de lo Social N° 3 de Las Palmas de Gran Canaria en los Autos 0000376/2009 en reclamación de DESPIDO, ha sido Ponente el/la Ilmo/a Sr./a. D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Jon, en reclamación de Despido siendo demandado D./Dña. AEROMEDICA CANARIA SLU y MINISTERIO FISCAL y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 31 de julio de 2009, por el Juzgado de referencia, con carácter estimatoria.

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- La parte adora ha venido prestando servicios para la demandada en la actividad de servicio de ambulancias, con categoría profesional de ATS camillero, antigüedad de 1/1/05 y con salario prorrateado de 48,48 E diarios brutos, incluida la parte proporcional de pagas extras, con centro de trabajo en esta provincia, (conforme)

SEGUNDO.- La adora suscribió con la demandada contrato de trabajo por tiempo indefinido con fecha 1/1/05.

TERCERO.- Con fecha 23/2/09, tras la previa audiencia del trabajador y del Comité de Empresa, y las alegaciones que el trabajador efectuó, la demandada comunicó a la adora, mediante entrega de carta fechada el mismo día, su despido, invocando, en esencia, como causa del mismo los continuos procesos de IT en los que el trabajador ha estado incurso, que hacen que la empresa no considere rentable el mantenimiento del contrato de trabajo, reconociendo al mismo tiempo la improcedencia del despido e indicando que procedería a la consignación judicial de la indemnización. La empresa depositó en la cuenta del Juzgado la cantidad de 9.089,26 euros, en concepto de indemnización por despido improcedente, el 23/2/09.

CUARTO.- Con fecha 4/8/08 el actor ingresó en el servicio de cirugía torácica del Hospital Insular, practicándosele el 5/8/08 biopsia para la extirpación de la adenopatía supraclavicular izquierda, diagnosticándole de enfermedad de Hodkin. Al actor se le instauró tratamiento de poliquimioterapia del 16/2/09 al 2/3/09 en el Hospital Insular, en el Departamento de Oncología. Con fecha 20/2/09 el actor fue atendido por el Servicio de Hematología del citado Hospital que consideró en remisión completa la enfermedad diagnosticada.

QUINTO.- El actor permaneció en situación de IT, durante los períodos que a continuación se expresan:

-del 7/11/05 al 4/2/06, derivado de accidente de trabajo.

-del 9/5/07 al 9/5/07.

-del 4/8/08

SEXTO.- Los trabajadores de la demandada afectos al servicio de transporte en ambulancia han cursado en total 1.308 procesos de incapacidad temporal desde el 1/11/05 al 28/2/09, no constando en autos el diagnóstico de los mismos. De ellos consta en autos que se ha procedido a su despido, por las mismas razones que las invocadas en la carta de despido del actor, a D.^a. Soledad, D.^a. Antonia, D. Artemio, D.^a. Evangelina, D.^a Melisa, D. Estanislao, D.^a. Zaida, D.^a Candida, D. José, D.^a Inmaculada, D. Roberto, D.^a. Rita, D. Carlos Francisco, D.^a. Andrea, D. Amador, D. Cristobal, D.^a. Fermina, D. Gregorio, D.^a. Palmira, D.^a. María Consuelo, D.^a. Coro, da Lidia, D. Ricardo (quien impugnó judicialmente su despido, formándose los autos 1060/2007 de Social 5 que dictó sentencia que convalidó el reconocimiento de la improcedencia que realizó la empresa, sentencia que fue confirmada por la de la sala de 22/12/08, D.^a. María Inés, D. Pedro Francisco, D.^a. Dulce, D.^o Lucía, D. Cesareo, D.^a. María Cristina,

D.^a. Coral, Inocencio, María Inés, respecto de los que también se reconoció la improcedencia del despido.

SÉPTIMO.- La demandada despidió a D. Abilio, con fecha 10/7/07, invocando, en esencia, como causa del mismo, la ausencia injustificada al puesto al trabajo y la actitud de grave desobediencia reiterada de no cumplir los servicios mínimos esenciales que se le habían asignado. El actor impugnó judicialmente el despido, turnándose la demanda al Juzgado de lo Social 6, formándose los autos 673/2007, dictándose sentencia el 20/11/07, que declaró el despido procedente.

OCTAVO.- Interpuesto recurso de suplicación frente a la sentencia mencionada, la sala dictó sentencia el 22/12/08, que confirmó la sentencia del Juzgado.

NOVENO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior, la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DÉCIMO.- Se agotó la vía previa sin efecto.

TERCERO.- Que el Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice; Estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Jon, frente a AEROMÉDICA CANARIA SLU y el MINISTERIO FISCAL sobre DESPIDO, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración, y a que le indemnice con la suma de 9.089,26 euros, con cargo de la cantidad consignada por la empresa, sin que haya lugar al abono de cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación, en virtud del reconocimiento de la empresa de la improcedencia del despido y de la indemnización que consignó dentro del plazo de 48 horas posteriores al despido, entendiéndose extinguido el contrato de trabajo a la fecha del despido, sucedida el 23/2/09.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D. Jon, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Jon, ATS camillero, con una antigüedad de 1 enero 2005 fue despedido por su empresa, Aeroméctica Canaria SLU, en fecha 23 febrero 2009. La causa alegada: su contratación no era rentable atendidos los continuos procesos de IT en los que ha estado incurso. En la carta la empresa reconoce la improcedencia del despido y el mismo día de su entrega consigna el importe de la indemnización.

El trabajador acciona por despido, hallándose en su demanda el origen de los presentes autos.

Dos son las razones de su disconformidad:

1.- Para que el absentismo se erija en causa de extinción justificada han de concurrir los requisitos fácticos y formales previstos en los artículos 52 d. 53.1.a ET, determinando su inobservancia la nulidad del despido.

2.- El despido es discriminatorio y atenta contra los derechos fundamentales consagrados en los artículos 15 y 43 CE -integridad física y salud-, mereciendo la calificación de nulo.

La sentencia de instancia confirma la improcedencia del despido reconocida por la empresa y otorga efectos exoneratorios de los salarios de tramitación a la indemnización al ser consignada en tiempo y forma.

El trabajador, a través de su dirección legal, se alza en suplicación formalizando un motivo único de censura denunciando:

a) infracción de los artículos 53.1 a y 4. 52 d y 49 ET, 120 y 104 LPL.

b) infracción de los artículos 10.1,14 y 15 CE, 4.2 c y 55.5 ET.

c) infracción de los artículos 14,15 y 43 CE, 55 ET, 22 DUDH, 34 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y 13 Carta Social Europea.

SEGUNDO.- En una recientísima sentencia de 22 diciembre 2010 esta Sala ha resuelto recurso (rec. 1314/2010) planteado en idénticos términos y curiosamente referido a otro trabajador de la misma empresa Aeroméctica Canaria S.L., despedido igualmente por no ser considerado económicamente rentable en razón a sus procesos de IT.

Reproducimos íntegramente su fundamentación, que ofrece resolución al caso que actualmente nos ocupa:

"Lo que aquí se está planteando es la posibilidad de declarar la nulidad de aquellos despidos supuestamente objetivos que obedecen a la única causa de que el trabajador esté de baja por enfermedad.

Así expuesta la cuestión cabe hacer las siguientes consideraciones:

A) El Estatuto de los Trabajadores estableció en 1980 un tratamiento especialmente severo del despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, calificándose el despido como nulo.

A su vez el Tribunal Supremo sancionó durante la segunda mitad de los años 80 la doctrina del despido radicalmente nulo, aplicable a aquellos despidos en los que se invocaba una causa inexistente, con el único propósito de lograr la declaración de improcedencia, y, con ella, la extinción contractual (TS. 30.11.91).

B) Tras la reforma del año 94, por un lado el despido por enfermedad, o, más exactamente, el despido durante la situación de suspensión de contrato desaparece del Estatuto de los Trabajadores, de tal forma que ya no puede ser declarado nulo; y por otro lado el Tribunal Supremo, cambia su criterio a la luz de la nueva regulación legal, y afirma que: "...el denominado despido fraudulento de creación jurisprudencial no resulta conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido..." (STS 30.11.1997), enterrando definitivamente la figura del despido radicalmente nulo por fraude de ley.

A partir de entonces el legislador en el ámbito del despido disciplinario reservó la nulidad para los despidos que vulnerasen derechos fundamentales.

C) Pero como quiera que la realidad es terca y se seguían produciendo despidos de trabajadores por estar enfermos, (en situación de incapacidad temporal) la jurisprudencia menor articuló una serie de líneas argumentales para defender en estos casos la nulidad del despido. Las mismas tuvieron la siguiente concreción:

1) La enfermedad como factor de discriminación, con vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.

1.1: El Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid en el caso de despido de una trabajadora enferma consideró que la enfermedad no figura expresamente entre los motivos de discriminación prohibidos entre personas privadas, pero estimó que existía una relación de causalidad entre enfermedad y discapacidad, como término genérico que incluye las deficiencias y los factores que limitan la actividad y la participación en la vida social, de modo que, a su juicio la enfermedad puede producir deficiencias que discapacitan al individuo, e, incluso, dar lugar a una discapacidad irreversible, por lo que debería protegerse a los trabajadores frente a ello, dentro de la prohibición comunitaria de discriminación por discapacidad en materia de empleo.

Con base en ello planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que fue resuelta por la Sentencia C. 13/05 (asunto Chacón Navas), donde se desestima afirmando:

Que a efectos de la Directiva 2000/78 una enfermedad no puede asimilarse, en principio, a la discapacidad, salvo que a lo largo de la enfermedad se manifiesten limitaciones duraderas o permanentes, que también puedan calificarse de discapacidad. Un despido por enfermedad solo puede constituir un acto discriminatorio si la persona demuestra que el despido no está motivado por la propia enfermedad, sino por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma.

1.2 El Juzgado de lo Social de Barcelona n° 33 sostuvo que dentro de la prohibición de discriminación se citan como causas, "...otras condiciones o circunstancia personal o social..."; teniendo encaje dentro de esta causa la enfermedad.

Este planteamiento lo ha rechazado el Tribunal Supremo en Sentencia de 29.1.2001 donde afirma:

"...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 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 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 Estatuto de los Trabajadores, 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 4.2.c).2º del Estatuto de los Trabajadores, 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...".

2) El despido por enfermedad y la garantía de indemnidad, vinculada al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta es la tesis defendida por diversos tribunales de justicia, que han llegado a afirmar: "...Existe una garantía de indemnidad en relación con la generalidad de los derechos fundamentales pues a todos ellos acompaña la prohibición de cualquier perjuicio o menoscabo que se derive del legítimo ejercicio de aquellos y que "reconocido explícitamente el derecho a la salud, a la integridad física, como valor directamente conectado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, resulta claro que cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es el de recuperar la incolumidad corporal, la salud, como concreción del derecho constitucionalmente reconocido, no puede originar una consecuencia perjudicial", concluyendo que "el trabajador que ejercita su derecho a recuperar su salud, no puede sufrir un acto de represalia por el empresario, manifestado en el despido, pues no podría ser efectivo el derecho a preservar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa...".

En dicha línea cabe traer a colación la Sentencia dictada por el T.S.J. de Asturias de 12.3.2010 que, a propósito del despido de una trabajadora en situación de incapacidad temporal a la que el servicio médico de la empresa le planteó el dilema de darse de alta o ser despedida, negándose la actora a pedir el alta ante cuya negativa la empresa la despidió, entendió que dicho despido vulneraba el artículo 15 de la Constitución Española, en relación con el derecho a la prevención que constitucionaliza aquel derecho en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Sin embargo toda esta argumentación que vincula el despido del trabajador por razón de enfermedad con el derecho a la integridad física (art. 15 CE.) ha sido rechazada por el Tribunal Supremo de forma reiterada, pudiéndose citar las de 22.12.2007; 22.1.2008 y 22.9.2007, en las que se afirma que:

"...Aunque compartamos alguna de las afirmaciones que la decisión recurrida hace, sin embargo discrepamos de otras y -en todo caso- no coincidimos en la secuencia argumental, que parte de un presupuesto erróneo, cual es la "inaceptable asimilación" del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15) con el derecho a la protección de la salud (el art. 43.1 CE), pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que lo desarrollen (art. 53.3 CE), pero no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley.

Aparece, pues, reiterada y constante la posición del T.S. en el sentido de rechazar la posibilidad de declarar nulo el despido de un trabajador enfermo, no aceptando que vulnere ni la prohibición de discriminación (art. 14), ni la indemnidad (art. 24, en relación con el art. 15) ni la integridad física en relación con el derecho a la salud (art. 15 y 43 CE.).

D) Antes de entrar en el examen concreto de la cuestión que aquí se debate deben traerse a colación dos recientes Sentencias del Tribunal Constitucional la primera a propósito del derecho a la integridad física y a la salud, y la segunda a propósito de la discriminación y el despido de los trabajadores enfermos.

1) La sentencia del T.C 62/2007 de 27.3.2007 estima que el art. 15 CE. protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular, comprendiendo su contenido el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal.

Así, en la citada sentencia se afirma:

"...Para responder a tal alegación, debe examinarse en primer lugar si una actuación de la Administración, como la que denuncia la demandante, puede ser incluida en el ámbito de protección del art. 15 CE que, entre otros, ampara de forma autónoma el derecho fundamental a "la integridad física y moral", que tiene sustantividad propia y protagonismo central en la queja que formula el presente recurso. En relación con tal derecho, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege "la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Estos derechos, destinados a proteger la "incolumidad corporal" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001,

de 24 de mayo, FJ 5). Por otra parte, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para ella (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

De todo lo dicho se deduce que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones sino también por omisiones de los poderes públicos -como podría ser el caso de la inactividad del Servicio Andaluz de Salud una vez conocida la situación de embarazo de la Sra. María Rosario, constando el riesgo potencial para dicho estado de las funciones encomendadas en la Resolución de 2 de agosto de 2000.

Ello no implica situar en el ámbito del art. 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud, y en concreto para el desarrollo sin trastornos peligrosos de la gestación, pero sí supone admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental que aquí se invoca. En particular, desde la perspectiva constitucional que nos compete, 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 de la trabajadora o del feto, es decir, cuando se generara con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para la salud de aquella o para el del hijo en gestación. Precisamente por esa razón, para apreciarla vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz "*ex post*", bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, STC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras), factor que, como razonaremos en breve, resulta decisivo en el presente caso.

En efecto, en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). En relación con todo ello, la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE.

Dicha Ley, como se sabe, es una norma de aplicación, tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas, con las peculiaridades que, en

este caso, se contemplan en la propia Ley o en sus normas de desarrollo. Así, su art. 14 dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, señalándose expresamente que este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

En cumplimiento del deber de protección, decía la misma Ley en la versión aplicable al presente caso (luego parcialmente modificada por el art. 2.1 de la Ley 54/2003, de 12 diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales), que el empresario (la Administración empleadora, en esta ocasión) deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, imponiéndole, en relación con ello y en el marco de sus responsabilidades, la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. En particular, en lo relativo a la protección de la maternidad, se establecen en el art. 26 obligaciones en la evaluación de los riesgos, que deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico, con obligación de adopción de las medidas necesarias para evitar la exposición a éste si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras.

Se contempla, a tal fin, una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada o, alternativamente, cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y así lo certifiquen los servicios médicos correspondientes, el desempeño de un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, incluso no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si no existiese puesto de trabajo o función compatible, conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. También se contempla que, de no ser técnica u objetivamente posible dicho cambio, o inexigible por motivos justificados, se declare el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1 d) del Estatuto de los trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

Acogiendo ese régimen legal en su dimensión constitucional, esto es, en tanto que desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora embarazada (art. 15 CE), la lesión se producirá si, desatendiendo esas precisas previsiones legales relativas a la protección de la salud de la trabajadora y de su estado de embarazo, el empleador le asigna un actividad peligrosa que genere un riesgo grave para su salud o para la gestación, omitiendo las obligaciones de protección y prevención que le competen...".

2) A su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008 de 26 de Mayo, aborda la problemática del despido de un trabajador supuestamente por enfermedad.

Se trataba de un trabajador que oculta una lesión/enfermedad al ser contratado, y al conocerlo la empresa lo despide.

El Tribunal Constitucional después de afirmar que no entra por razones procesales en el examen de la posible infracción de los artículos 15 y 24 de la Constitución Española, a propósito de la vulneración del artículo 14 afirma:

"...La cuestión que constituye el objeto de nuestro análisis se centra, por tanto, en determinar si un despido motivado por las dolencias físicas del trabajador debe ser declarado nulo por discriminatorio. Se trata, en definitiva, de valorar la incompatibilidad con el art. 14 CE de la decisión empresarial extintiva, acudiendo para ello a lo que las resoluciones judiciales recurridas han estimado probado en relación con el auténtico móvil del despido, que no es en realidad el formalmente declarado en la carta de despido relativo a una pretendida trasgresión por el trabajador de la buena fe contractual al no comunicar a la empresa su enfermedad previa, sino el motivo de fondo referido al efectivo conocimiento adquirido por la empresa de la existencia de dicha enfermedad y su consideración de que la misma impedía al trabajador trabajar en la construcción y determinaba que su prestación laboral no resultara rentable.

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

A diferencia de los casos que habitualmente ha abordado nuestra jurisprudencia, relativos por lo común a factores de discriminación expresamente citados en el art. 14 CE o, aun no recogidos de forma expresa, históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero), en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador: en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador, Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese

precepto constitucional ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el art. 14 CE una intención tipificadora cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10; y 37/2004, de 11 de marzo, FJ3).

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

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

6. Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de

despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

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...".

Afirma, por tanto, aunque "*obiter dicta*", el Tribunal Constitucional que la enfermedad PUEDE SER en determinadas circunstancias un factor de discriminación análogo a los del artículo 14 y encuadrable en la cláusula genérica de las otras condiciones personales o sociales.

Llegados a este punto hay que determinar si en el caso de autos se da ese factor de segregación que supone según el propio Tribunal Constitucional el hecho de que el factor enfermedad sea tomada en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, 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.

La empresa se ha limitado a constatar que el trabajador se ha enfermado en varias ocasiones, con una duración cada vez mayor de las bajas, y por ese solo hecho ha procedido a su despido, sin atender a si la enfermedad limitaba o no la capacidad del trabajador.

Se deja de lado, pues, la consideración del trabajador como persona, como ser humano, y se le da el tratamiento de una cosa, como si de una máquina se tratase, que hay que sustituir porque no funciona con la regularidad que debe observar.

La Constitución consagra el derecho a la protección de la salud, como principio rector de la política social y económica que informa el sistema jurídico, y junto a él establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes, ante situación de necesidad (art. 41 CE.), y que los poderes públicos velarán por la seguridad y la salud.

Tanto el Tribunal Supremo como, con más precisión, el Tribunal Constitucional, admiten la posibilidad de que la enfermedad sea un factor discriminatorio cuando concurren circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación.

Ello sucederá en los casos de enfermedades que supongan socialmente un estigma, pero puede suceder también en aquellos casos en que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo; es decir, se le discrimine por estar enfermo, con independencia del tipo de enfermedad.

Y eso es lo que pone de relieve la realidad y plasma la reiterada jurisprudencia; a partir de la reforma del año 94, suprimida la nulidad del despido en situación de enfermedad se ha ido abriendo paso una práctica cada vez más frecuente en el ámbito laboral que consiste en despedir al trabajador por el hecho de estar enfermo.

Así parece que desde el punto de vista empresarial se estigmatiza la propia enfermedad, de tal forma que el trabajador que se enferma y coge bajas no vale y hay que rechazarlo.

Pero es que el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada va más allá, al admitir que la discriminación supone un comportamiento contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE.) y que la enfermedad puede constituir un factor de discriminación:

- a) Cuando el factor enfermedad suponga la estigmatización como persona enferma de quién la padece (tesis coincidente con la del Tribunal Supremo), o
- b) Cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada.

Pues bien, dejando aparte que a juicio de la Sala lo que está ocurriendo en el ámbito laboral es la estigmatización del trabajador enfermo, el hecho cierto es que el Tribunal Constitucional amplía el supuesto del artículo 14 "...otra circunstancia o condiciones personales y sociales..."; a aquellos supuestos en los que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada.

Y eso es lo que sucede en el caso de autos, donde la empresa se limita a señalar que el trabajador ha tenido bajas durante varios años (2007, 2008 y 2009) y con independencia de la contingencia, estima que, por estar enfermo, no es rentable, por lo que le despide.

Es obvio que el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores no da cobertura, ni de lejos, a este tipo de despido, pues lo que regula es el despido objetivo, por ausencias al trabajo (52. d) excluyendo el cómputo a tal efecto de aquellas ausencias que tengan una justificación legal, y en concreto la enfermedad o accidente no laboral que exceda de 20 días.

No da, pues, cobertura la norma a un despido por el hecho de estar enfermo, o de tener una enfermedad que socialmente se considere un estigma.

No parece coherente que la Constitución proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia -siendo expresión de ello los derechos a la integridad física y la salud (art. 15) el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social (art. 40) el derecho a la protección de la salud (art. 43.1) el derecho

al trabajo (art. 35) el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2)- y que se pueda, con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo.

Estima por ello la Sala que en el caso de autos no hay ningún elemento ajeno a la enfermedad que justifique el despido, pues como exige el Tribunal Constitucional, no se pone en relación la enfermedad con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación.

Desde luego no es de recibo el argumento de que es costosa para la empresa la baja porque ha de pagar la cotización, pues ello supone "cosificar" al trabajador (es como decir que la máquina se avería y hay que cambiarla) y además supone aceptar la enfermedad, que tiene una protección constitucional en el ámbito del derecho a la salud, como una causa de extinción, pues tal y como la empresa lo plantea lo que está diciendo es que si los trabajadores se enferman pueden ser despedidos porque son costosos, y lo mejor es pasarle el costo al Estado vía desempleo.

Este argumento puramente económico que considera al trabajador como un objeto supone "castigar" la enfermedad del trabajador que aparece ante la empresa como una carga, y desde luego, supone convertir a la enfermedad en una causa de discriminación.

Ello vulnera el artículo 14 de la Constitución Española, por lo que sin tener en cuenta los otros motivos del recurso, procede la estimación del mismo, al entender la Sala que se ha producido un despido discriminatorio, y consecuentemente nulo."

TERCERO.- La calificación del despido como nulo por discriminatorio determina como consecuencia la obligación de la empresa de reponer al actor en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido -que habrán de concretarse en ejecución de sentencia al desconocer la Sala los datos acerca de su proceso de IT que permitan una correcta cuantificación-.

Vistos los preceptos legales citado y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Jon contra SENTENCIA del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 31 de julio de 2009, en reclamación de Despido que revocamos y con estimación íntegra de la demanda declaramos nulo el despido por discriminatorio, y condenamos a la demandada a la inmediata readmisión del actor con abono de los salarios dejados de percibir.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por

escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cta número 3537/0000660204/2010 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en el Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300 Euros en la entidad de crédito BANESTO c/c 3537/0000/660204/2010, de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.