



Roj: STS 828/2011
Id Cendoj: 28079140012011100103
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1532/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: AURELIO DESDENTADO BONETE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Enero de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa MERCADONA, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. García Barcala, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 12 de marzo de 2010, en el recurso de suplicación nº 188/2010, interpuesto frente a la sentencia dictada el 26 de noviembre de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, en los autos nº 833/09, seguidos a instancia de D. Fernando contra dicha recurrente, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. Fernando, representado y defendido por el Letrado Sr. Pérez Villamol.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de marzo de 2010 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, en los autos nº 833/09, seguidos a instancia de D. Fernando contra dicha recurrente, sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias es del tenor literal siguiente: "Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por Fernando contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, recaída en autos 833/2009, revocamos dicha resolución y declaramos la nulidad del despido del que fue objeto el demandante, por vulneración de derechos fundamentales, condenando a la empresa demandada a readmitirle en su puesto de trabajo y a abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 17 de agosto de 2009, a razón de 38,39 euros/día".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 26 de noviembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Fernando, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada por medio de un contrato indefinido a tiempo completo el día 4 de marzo de 2008, ostentando la categoría profesional de gerente A, percibiendo un salario bruto diario, a efectos indemnizatorios, de 38,39 euros, con inclusión de las pagas extraordinarias, estando sujeta la relación laboral al Convenio colectivo de la empresa Mercadona S.A. ---2º.- En principio la prestación de servicios se desarrolló en un establecimiento de Avilés. Posteriormente fue trasladado a otra tienda sita en la calle Marcos Peñarroyo de Oviedo. El coordinador de este establecimiento era Rodolfo. En el informe elaborado respecto de ese centro por Dª María Antonieta en fecha 19 de noviembre de 2008 se detallaban como imputs de mejora: falta de puntualidad a la hora de incorporarse al puesto, estar encima de ellos para que cumplan los métodos de tiempo, no se preocupan lo suficiente por los huecos del pasillo, las bases del palatizado no se garantizan todos los días, la poca autoridad que se da a los gerentes B y el poco respeto que tienen, señalando finalmente que un poco de disciplina es buena sobre todo con algunas personas. En fecha 17 de marzo de 2009 la empresa y Rodolfo acuerdan que este último deje de desempeñar las funciones de Gerente C y pase a realizar las funciones de gerente A. Tras ello la empresa designa como gerente C o coordinadora de ese centro a Leocadia. Esa persona el mismo día que tomó posesión de su puesto reunió a los trabajadores de

los distintos turnos comunicándoles cuál era su forma de trabajar advirtiéndoles que tenían que realizar su trabajo diario y que tenían que cumplir el plan de calidad total. Durante el transcurso de la relación laboral, la gerente B manifestaba a los trabajadores que era conveniente que comprasen productos de la tienda porque era mejor para la empresa, y tanto esta persona como la coordinadora incitaba a los trabajadores a que ofreciesen al público productos próximos a caducar, pero en ningún caso caducados, pues se retiran de la venta al público tres días antes de la fecha de caducidad. Al actor se le llamó alguna vez la atención por parte de la coordinadora porque no cumplía los tiempos estipulados para la reposición de mercancías y se le encomendaba, en alguna ocasión, ayudar a su compañera de charcutería a retirar los palés. El establecimiento donde presta servicios el actor cierra al público a las 21,15 horas si bien el horario de salida de los trabajadores es a las 22 horas, encontrándose hasta esa hora realizando trabajos en el interior del establecimiento, cesando a esa hora para cambiarse, por lo que nunca salen antes de las 22,10 ó 22,15, y, casi siempre, haciéndolo todos los empleados a la vez. En la empresa se realiza una evaluación de seguimiento del trabajo de cada uno de los empleados, realizada en el mes de mayo, septiembre y diciembre, y la no superación de la evaluación anual durante dos ejercicios consecutivos puede ser causa de despido. El actor no superó la evaluación del mes de mayo, alcanzando un 6,8 cuando precisaba un 7. ----3º.- El demandante acudió al Centro de Salud de la Corredoria el día 9 de marzo de 2009 y el día 19 de marzo. Así mismo acudió al servicio médico de la Mutua Ibermutuamur, con la que la empresa tiene cubiertas las contingencias profesionales, los días 28 de mayo, 12 de junio y 18 de junio. El día 25 de mayo de 2009 acudió al Servicio de urgencias del Hospital Central de Asturias siendo diagnosticado de parestesias posiblemente secundarias a síndrome cervical y el día 10 de julio acude al mismo servicio refiriendo parestesias intermitentes en miembros inferiores. En fecha 13 de julio de 2009 inicia situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de parestesia, situación en la que permaneció hasta el día 9 de octubre del año en curso en que fue dado de alta médica por mejoría que permite realizar el trabajo habitual. La empresa, que actúa como aseguradora de la incapacidad temporal, tiene un servicio médico propio, con el que se reunió el actor al menos el día 7 de agosto, manteniendo una conversación que consta transcrita en el documento número uno del ramo de prueba de la parte actora cuyo contenido se da por íntegramente reproducido. Antes de esa fecha se había practicado al actor, a cargo de la Mutua, una electromiografía en fecha 29 de mayo de 2009 que mostraba que se encontraba dentro de los límites de la normalidad, una analítica que tampoco mostró alteración y una resonancia magnética craneal en fecha 23 de junio con resultado normal.

----4º.- El 17 de agosto del año en curso la empresa le remite burofax del siguiente tenor literal "Muy Sr. Nuestro: Por medio de la presente carta se le comunica que la Dirección de la empresa Mercadona S.A. ha acordado, con efectos desde hoy 17/08/2009, su despido disciplinario, quedando extinguida la relación laboral. Las razones de esta decisión son las que se exponen a continuación:

En cualquier relación laboral existe una obligación principal y fundamental, que es la obligación que tiene todo trabajador, recogida en el artículo 5 del Estatuto de los trabajadores (en adelante ET) de:

- Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia.
- Cumplir con las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.
- Contribuir a la mejora de la productividad.

Pues bien, usted no cumple con sus obligaciones y compromisos de su puesto de trabajo, no cumpliendo con la diligencia y colaboración de la que habla el artículo 20.2 referido del ET, motivo por el cual suspendió la valoración de la primera parte del año, que se le entregó en el mes de mayo de este año (21 de mayo de 2009).

A lo anterior se suma que desde el 13 de julio de 2009 hasta la actualidad, se encuentra de baja médica por enfermedad común y, a pesar de ser conocedor del método del servicio médico, no ha colaborado con el mismo ni con el resto de departamento, en cuanto que se le ha ofrecido ayuda, siempre bajo la supervisión y control del servicio médico, la cual usted ha rechazado.

Por todo lo anterior, la empresa ha decidido no seguir manteniendo esta situación en el tiempo, resultando inciertas las expectativas depositadas en un principio en usted para el cumplimiento de los objetivos normales de la empresa, necesarios para la correcta prestación de sus servicios.

En consecuencia y en base a las facultades que a la empresa le reconoce el ET en el artículo 54.1 y 2 d) y e) por el incumplimiento de sus obligaciones laborales recogidas en los artículos 5 y 20.2 del ET, y conforme al artículo 35 C-1 y C-11 del Convenio colectivo de Mercadona S.A., su actitud es constitutiva de un

incumplimiento grave y culpable, por trasgresión de la buena fe contractual y por baja productividad, siendo su conducta constitutiva de dos infracciones laborales muy graves, por lo que la Dirección de la empresa ha tomado la decisión de despedirle con efectos del día de hoy.

Como ya ha señalado el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia (SSTS 29/01/01; 12/07/204; 23/05/05; 22/11/07 o 18/12/07), lo que en esta carta de despido se alega, insistimos, no es la enfermedad en sí justificada que imposibilita el desempeño del trabajo, sino su falta de colaboración, su actitud y la disminución de la productividad y consiguiente quebranto económico que tal situación genera, siendo el despido una medida proporcionada y de conveniencia para la empresa.

No obstante, para evitar litigiosidad y haciendo uso de la facultad que otorga el artículo 56.2 del ET , se reconoce en este acto la improcedencia del despido poniendo a su disposición la indemnización a la que hace referencia el artículo 56.1 a) de la precitada norma estatutaria que asciende a 2.601 euros. En el plazo previsto de 48 horas desde el envío de la presente comunicación se consignará la cantidad consignada y correspondiente a su indemnización, en la cuenta de depósitos y consignaciones del Decanato de los Juzgados de lo Social de Oviedo, donde usted podrá proceder a su retirada. Todo lo cual se le comunica a los efectos legales oportunos.

Al estar usted en situación de baja de IT derivada de contingencias comunes desde el pasado día 13/07/09, dispone del plazo de 15 días desde la fecha de efectos del despido para comunicar y solicitar la pertinente prestación de desempleo, percibiendo en todo caso la prestación por IT en la cuantía que corresponda a desempleo y hasta que se extinga dicha situación de baja médica, debiendo entregar los partes de confirmación o en su caso el alta médica a la empresa, pasando a partir del alta médica, si reúne los requisitos legales, a percibir la prestación por desempleo con el descuento del tiempo que haya permanecido de baja médica.

Informarle que en los próximos días puede pasar por su centro de trabajo a recoger la documentación necesaria (certificado de empresa) para solicitar la pertinente prestación por desempleo. Asimismo indicarle que las cantidades correspondientes a su finiquito se le ingresarán en el número de cuenta donde se le ingresaba mensualmente la nómina". La empresa consignó en el Juzgado Decano la mencionada cantidad el día 19 de agosto, conociendo de la consignación el Juzgado de lo Social nº 4 de esta localidad, que acordó en fecha 2 de septiembre el archivo del procedimiento al haber percibido el trabajador la cantidad consignada.

----5º.- La empresa, en muchas ocasiones, ha despedido a trabajadores que se encuentran en situación de baja médica cuando no aceptan las recomendaciones del servicio médico de empresa encaminadas a una reincorporación paulatina. ----6º.- El demandante no es ni ha sido representante de los trabajadores. ----7º.- Se celebró el acto de conciliación el día 26 de agosto de 2009 finalizando con el resultado de sin avenencia".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por D. Fernando contra Mercadona, S.A., absolviendo a la demandada de todas las pretensiones de la demanda".

TERCERO.- El Letrado Sr. García Barcala, en representación de la empresa MERCADONA, S.A., mediante escrito de 26 de abril de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de marzo de 2006. SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 55.5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo en relación con el artículo 15 de la Constitución Española.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de abril de 2010 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 25 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Consta en los hechos probados que el actor presta servicios para la demandada con la categoría de gerente A y que el 13 de julio de 2009 inició proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de parestesia, situación en la que permaneció hasta el día 9 de octubre de 2009, en la que fue dado de alta médica por mejoría que permite realizar el trabajo habitual. La empresa tiene un servicio médico propio, con el que se reunió el actor al menos el día 7 de agosto, manteniendo una

conversación que consta transcrita en el documento número uno del ramo de prueba de la parte actora cuyo contenido se da por íntegramente reproducido. El 17 de agosto de 2009 la empresa le comunica el despido mediante carta, en la que, tras la referencia al incumplimiento de obligaciones laborales y a la circunstancia de haber suspendido la valoración de la primera parte del año, se indica que a esos incumplimientos se suma que desde el 13 de julio de 2009 hasta la actualidad, se encuentra de baja médica por enfermedad común y, a pesar de ser conocedor del método del servicio médico, no ha colaborado con el mismo ni con el resto de departamento, en cuanto que se le ha ofrecido ayuda, siempre bajo la supervisión y control del servicio médico. Antes de esa fecha se había practicado al actor, a cargo de la Mutua, una electromiografía en fecha 29 de mayo de 2009 que mostraba que se encontraba dentro de los límites de la normalidad, una analítica que tampoco mostró alteración y una resonancia magnética craneal en fecha 23 de junio con resultado normal. La carta añade que para evitar la litigiosidad se reconoce el despido como improcedente en los términos del art. 56.2 del ET. La sentencia de instancia desestimó la demanda, pero la recurrida estimó el recurso del actor y declaró la nulidad del cese. Tiene interés precisar que en su fundamento jurídico segundo punto 3º la sentencia recurrida recoge una afirmación con valor fáctico de la sentencia de instancia, en la que se menciona el comportamiento de la empresa que opera, como "práctica habitual", "coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo... cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo"; coacción que se vincula a la advertencia de adoptar "el despido para el caso de no aceptar la propuesta".

La sentencia impugnada argumenta, con cita de la STC 62/2007, que la amenaza con el despido si no se abandona la protección de la salud que le brinda el sistema público, cuyos facultativos juzgaban necesaria la permanencia en la incapacidad temporal, constituye una vulneración del derecho a la integridad física del art. 15 de la CE. Por ello la sentencia estima el recurso y declara la nulidad del despido.

Contra este pronunciamiento recurre la empresa, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social de Cataluña el 22 de marzo de 2006. En ella se decide un supuesto en el que el trabajador despedido, como consecuencia de la utilización de unas botas de seguridad, que le había proporcionado la empresa, sufrió una rozadura en el pie de la que derivó la necesidad de cortar un dedo. A causa de esa lesión y de la condición de diabético del trabajador, se producen dos procesos de incapacidad -con diagnóstico de úlcera plantar-. El primer proceso tiene lugar desde el 16 de septiembre de 2004 hasta el 27 de octubre de 2004 y el segundo, desde el 27 de octubre de 2004 al 2 de febrero de 2005. Antes de finalizar el primer periodo de baja el trabajador recibió una llamada de la empresa diciéndole que si no se reincorporaba a su trabajo lo despedirían porque no podían tener trabajadores que no producían. La empresa reconoció la improcedencia del despido, realizando la consignación prevista en el art. 56.2 ET. La sentencia de contraste considera, confirmando en este punto la sentencia de instancia, que la causa del despido, ha sido la situación de incapacidad temporal y la falta de producción del actor, lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que cita (sentencias de esta Sala de 29 de enero de 2001, 23 de septiembre de 2002, 12 de julio de 2004 y 23 de mayo de 2005), determina la improcedencia del despido y no su nulidad.

SEGUNDO.- La contradicción entre las sentencias ha de apreciarse, pues, como señala el Ministerio Fiscal, resulta irrelevante el hecho de que en la sentencia recurrida el despido se produjera como consecuencia de la negativa del actor a solicitar el alta médica y reincorporarse al trabajo y en el caso de la sentencia de contraste el despido venga determinado por una nueva baja médica. Frente a la objeción que formula la parte recurrida hay que señalar que la presión para que el trabajador se reincorpore al trabajo existe en los dos casos, aunque la remisión al documento primero del ramo de la prueba del actor proporcione más detalles que la escueta referencia de la sentencia de contraste. Lo decisivo es que en los dos casos hay una amenaza de despido para forzar al trabajador a que se incorpore al trabajo y el hecho de que en un caso el despido se produzca en el único proceso de incapacidad y en el otro a los pocos días de iniciarse el segundo proceso no es relevante. En los dos casos hay previsión para la reincorporación con amenaza de despido y en los dos casos la amenaza se convierte en realidad cuando la reincorporación no se produce o, cuando producida tras la amenaza, vuelve a causarse baja con una diferencia de escasos días. Por tanto, en los dos casos la amenaza del despido pone en juego no sólo la tacha de discriminación, sino la eventual lesión del derecho a la integridad física. En este sentido no es ocioso destacar que el art. 15 de la Constitución, en el que se funda, como hemos visto, la sentencia recurrida, fue denunciado como infringido en el recurso que resuelve la sentencia de contraste.

TERCERO.- Como ha señalado reiteradamente la Sala, el recurso de casación es un recurso extraordinario que, como tal, cuando se denuncia una infracción jurídica amparada en el apartado e) del artículo 205 de la LPL del mismo texto legal, tiene necesariamente que invocar como causa de impugnación la infracción de una norma del ordenamiento jurídico -sea ésta un precepto constitucional, una disposición

legal o reglamentaria, un convenio colectivo estatutario- o una doctrina jurisprudencial (sentencias de 19 de febrero de 2001, 31 de mayo de 2004 y las que en ella se citan). Por otra parte, la Sala ha establecido también que la exigencia de fundar la infracción legal que se alega "no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que, además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia" (sentencias de 25 de abril de 2002, 13 de julio de 2007 y 22 de octubre de 2008, entre otras). Así se deduce no sólo del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino también de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 477.1 prescribe que "el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", mientras que el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone que en el escrito de interposición deberán exponerse, con la necesaria extensión, los fundamentos del recurso.

El escrito de interposición del presente recurso incurre en dos errores a la hora de denunciar la infracción en la que tiene que fundarse la pretensión impugnatoria. En primer lugar, confunde la denuncia de la infracción con la referencia al quebranto producido en la unificación de la interpretación del Derecho y la formación de la jurisprudencia, cuando se trata de exigencias diferentes en la medida en que el quebranto aparece, en principio, de la contradicción doctrinal, pero no implica necesariamente que la sentencia recurrida sea la que debe ser eliminada por contraria al ordenamiento jurídico, lo que ha de acreditarse formulando la correspondiente denuncia y razonando la misma en el desarrollo del motivo. El recurso contiene, sin embargo, la formulación de la denuncia, porque, aunque en lugar inadecuado, se dice que "el quebrantamiento" se ha producido en concreto "respecto del artículo 55.5" del ET y "su interpretación jurisprudencial en relación con el art. 15 de la Constitución Española y con el art. 180.1 de la LPL". Pero, aunque se citan luego las sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 2007, 18 de diciembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008", lo cierto es que ni se razona la infracción de los preceptos que se denuncian ni se examinan las sentencias citadas para acreditar la vulneración de la doctrina jurisprudencial. En realidad, el motivo, de acuerdo con su rúbrica que, como ya se dijo, hace referencia al quebranto, se dedica a comparar la fundamentación de la sentencia recurrida con la de la sentencia de contraste para luego concluir que las sentencias comparadas "fallan contrariamente en un supuesto de despido disciplinario en el que concurren idénticos hechos", lo que si bien puede establecer la contradicción, no proporciona fundamento alguno a la denuncia.

Esta falta de fundamentación ni siquiera podría suplirse con la remisión a los fundamentos de la sentencia de contraste, porque, como señala la sentencia de 24 de noviembre de 2010, recogiendo doctrina anterior: 1) la fundamentación de la infracción es un requisito distinto de la exposición de la contradicción, 2) la parte recurrida tiene derecho a poder conocer el alcance de la infracción que se denuncia y los argumentos que la sustentan para oponerse a ella y 3) no es función de la Sala reformular la impugnación de la sentencia recurrida a partir de la sentencia de contraste en un razonamiento que quedaría fuera de la contradicción de la parte recurrida, que no podría conocer antes de su oposición los términos de esa reformulación.

Pero es que además en el presente caso ni siquiera esa eventual remisión a la fundamentación de la sentencia de contraste podría suplir la ausencia de fundamentación de la denuncia. En efecto, la causa de decidir de la sentencia recurrida se funda en la vulneración del derecho reconocido en el art. 15 de la CE en la medida en que la amenaza de despido y su posterior ejecución por no producirse la reincorporación al trabajo implican una lesión al derecho a la integridad física del trabajador y en este sentido la sentencia recurrida se cuida de aclarar "la radical diferencia" entre el supuesto por ella decidido y los que han sido objeto de decisión por esta Sala, en los que si bien se despide por las consecuencias laborales de la morbilidad del trabajador no hay ataque a la integridad en la medida en que no se utiliza la amenaza de despido para que el trabajador abandone la baja que le ha sido prescrita. Por el contrario, en la sentencia de contraste, aunque se denunció por el trabajador la infracción del art. 15 CE, no hay ninguna reflexión sobre la amenaza de despido como atentado al derecho a la integridad física, dado que esa sentencia se limita a desestimar el motivo con la simple referencia a la doctrina jurisprudencial que cita, en concreto -y aparte de la doctrina de suplicación- la contenida en nuestras sentencias de 29 de enero de 2001, 23 de septiembre de 2002, 12 de julio de 2004, y 23 de mayo de 2005.

Pues bien, ni estas sentencias, ni las que se citan en el recurso han abordado el problema que aquí se examina. En la mayoría de las sentencias de la Sala a las que se ha hecho referencia y en la más reciente de 29 de enero de 2009 lo que se debate es la consideración como discriminatorios a efectos del art. 14 de la CE de los despidos que se producen por la situación de enfermedad de los trabajadores. Las sentencias citadas excluyen la nulidad porque la enfermedad no puede considerarse con carácter general como una causa o motivo de discriminación en el sentido del inciso final del art. 14 CE, pues no opera, salvo excepciones,

como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Se trata normalmente, según estas sentencias, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores; se advierte también que en los despidos enjuiciados no opera un móvil de segregación, sino un interés empresarial que excluye el mantenimiento del contrato de trabajo en razón a que las bajas afectan al rendimiento del trabajo contratado. En algunas resoluciones se excluye la identificación de la enfermedad con la discapacidad a efectos de lo dispuesto en los arts. 4.2.c.2º y 17.1 del ET y de la Directiva 2000/78 en línea con lo establecido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de junio de 2006. En otras sentencias se precisa que el derecho a la salud, en cuanto principio rector de la política social y económica "no está comprendido en la categoría de los "derechos fundamentales y libertades públicas" (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales" del ET que establecen la nulidad del despido (sentencias de 11 de diciembre de 2007, 22 de septiembre de 2008 y 27 de enero de 2009, entre otras). Sólo en las sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la infracción del art. 15 CE, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, "al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento», lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto" decidido, "en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal [intocados por el despido, ciertamente], sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico". Pero en esas sentencias el despido continuaba siendo una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actúa el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal" 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", se 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 así 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". Ahora bien, en principio, la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito 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 y esta conclusión no se ha combatido en el recurso.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, lo que determina, conforme al art. 226 de la Ley de Procedimiento Laboral, la pérdida del depósito constituido para recurrir y el mantenimiento de la consignación realizada en garantía del cumplimiento de la condena . Deben imponerse también las costas a la parte recurrente en los términos que establece el art. 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa MERCADONA, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 12 de marzo de 2010, en el recurso de suplicación nº 188/2010, interpuesto frente a la sentencia dictada el 26 de noviembre de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, en los autos nº 833/09, seguidos a instancia de D. Fernando contra dicha recurrente, sobre despido. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará su destino legal. Se mantiene la consignación realizada en garantía del cumplimiento de la condena. Condenamos a la empresa recurrente al abono de las costas del presente recurso que consistirán en los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ,con la certificación y comunicación de esta resolución.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ