

expuestos, individual o conjuntamente consideradas, como determinantes y sustentadoras de la apreciación por la Sala de la incorrecta aplicación por el Juzgado del art. 307 LEC, lo que priva, en consecuencia, a aquellos errores de su carácter de soporte fundamental de la decisión adoptada.

9. La estimación de la demanda de amparo y el restablecimiento a los recurrentes en la integridad de su derecho a la tutela judicial efectiva requiere en este caso la declaración de nulidad de la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de enero de 2005, así como la retroacción de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al de haberse dictado la mencionada Sentencia para que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo promovida por doña Susana Álvarez Muro, doña Raquel Arenas Sánchez, doña María José Belloc Casajús, don Javier Campos Cuevas, don Xavier Camps Vidal, doña Rosa Codina Jornet, doña Esther de Diego Casorrán, don Carlos Javier Ferrer Esteller, don Antonio Gallardo Sarasa, don Víctor Gómez Rivero, don Francisco Miguel Madrid Franco, don Fernando Martínez Grau, don Pablo Moreno Fabregat, don Félix Serrato Esparza y don José Luis Yagüe Miguel, y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho de los recurrentes en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerlos en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de enero de 2005, recaída en el recurso de apelación núm. 88-2004, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado dicha Sentencia para que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, veintiséis de mayo de dos mil ocho.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

10785 *Sala Primera. Sentencia 62/2008, de 26 de mayo de 2008. Recurso de amparo 3912-2005. Promovido por don Eugenio Díaz Zarza frente a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de un Juzgado de lo Social de Madrid que declararon la improcedencia de su despido por Cotobial, S.A.*

Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por circunstancias personales en relación con la salud: despido por enfermedad incapacitante para el trabajo. Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3912-2005, interpuesto por don Eugenio Díaz Zarza, representado por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Muñoz Barona y asistido por el Abogado don Román Gil Alburquerque, contra la Sentencia de 12 de mayo de 2003 de la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de suplicación núm. 1659-2003, y contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de 11 de diciembre de 2002, que declararon la improcedencia de su despido rechazando la pretensión principal de nulidad, por considerar que vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) por causa de enfermedad, así como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) en relación con el derecho a la protección de la salud. Han intervenido el Ministerio Fiscal y Cotobial, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma García González y asistida por el Letrado don Antonio de la Fuente García. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 27 de mayo de 2005, el Procurador de los Tribunales don Eduardo Muñoz Barona, actuando en nombre y representación de don Eugenio Díaz Zarza, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento por considerar que vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) por causa de enfermedad, así como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) en relación con el derecho a la protección de la salud.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El demandante de amparo prestó servicios en la empresa, Cotobial S.A., desde el día 16 de julio de 2002, ostentando la categoría profesional de oficial primera albañil. Fue contratado mediante un contrato de trabajo fijo de obra.

b) La entidad mercantil le notificó su despido el 12 de septiembre de 2002, en los términos que se transcriben a continuación:

«Ha venido en conocimiento de esta empresa una conducta que le obliga a tomar una medida disciplinaria. En efecto, ha quedado acreditado que Vd. actúa con conocimiento de una conducta vulneradora, al ser conocedor de que tiene una lesión/enfermedad previa en las vértebras cervicales que le impiden trabajar en la construcción, constituyendo la misma un incumplimiento contractual culpable y por tanto una transgresión de la buena fe contractual.

Se desconocía por esta empresa en su contratación y que Vd. nos ocultó intencionadamente, su lesión/enfermedad y sus continuas bajas por la misma en otras empresas del sector como nos ha confirmado con posterioridad, como bien sabe Vd. la indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento grave y culpable por su parte de las obligaciones, que presididas siempre por la buena fe tiene para con esta empresa, de acuerdo con lo que prevé el art. 54.2 D) del ET de 24.03.1995.

Visto por tanto la indicada conducta acreditada y el precepto mencionado esta empresa ha tomado la decisión de sancionarle a Vd. con el despido disciplinario, que tendrá efectos a partir del día 13.09.2002, incluido fecha a

partir de la cual deberá Vd. abstenerse en lo sucesivo de venir a esta empresa para prestar sus servicios laborales al quedar desde la misma extinguido el contrato de trabajo que le unía a la empresa, tal y como se establece en el art. 49.1 K) del citado Estatuto. Le comunicamos que tiene a su disposición la liquidación por saldo y finiquito.

Atentamente, Santiago Alcalá Toca. Cotobial, S.A.»

c) El actor causó baja por incapacidad temporal el día 18 de febrero de 1997. Incoado expediente sobre invalidez permanente, la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dictó Resolución de 22 de diciembre de 1998 declarando que no estaba afecto de incapacidad permanente alguna, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anulasen su capacidad laboral. Presentaba en aquella fecha el siguiente cuadro clínico residual: cervicodorsolumbalgia crónica y mareo con imágenes de protusión discal L5-S1 y de herniación discal C6-C7, espondilosis cervical.

d) El día 2 de septiembre de 2002, ya vigente el contrato de trabajo con Cotobial, S.A., causó nueva baja por incapacidad temporal. Se incoó expediente al objeto de valorar una posible incapacidad permanente y por Resolución del INSS de 6 de noviembre del mismo año se declaró que el actor no estaba afecto de grado alguno de incapacidad permanente, sin que conste que dicha resolución haya adquirido firmeza. El cuadro clínico que presentaba, tal y como se recoge en la resolución del INSS, era el siguiente: «Arterioesclerosis sistémica pronunciada (Doppler intracraneano, no fechado). Hernia discal C6-C7 (informe RNM 2.04.98), informe RNM 22.09.00 osteofito post derecho en C6-C7 que estenosa el canal, médula aparentemente sin alteraciones signif. Protusiones L4-L5 y L5-S1. Tabaquismo. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Refiere cervicalgia, temblor miembros y mareos con esfuerzos, parestesias región occipital y manos».

e) Según recoge la Sentencia de instancia en sus hechos probados, el Sr. Díaz Zarza tiene problemas de espalda desde hace siete u ocho años, ha tenido varios procesos de incapacidad temporal, es ayudado en ocasiones en el trabajo por su hijo y se negó a montar andamios; entregó al encargado una hoja con el teléfono de un médico para que le informara de su situación clínica.

f) En escrito de 23 de octubre de 2002 promovió demanda de despido contra Cotobial, S.A., con la súplica de que se dictase Sentencia en la que se declarara la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del acto extintivo, solicitando en concepto de daños morales por discriminación una indemnización de 6.000 euros.

Dictó Sentencia el Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de fecha 11 de diciembre de 2002. En cuanto a la pretensión de nulidad del despido, con cita de la STS de 29 de enero de 2001, razona el juzgador que la enfermedad desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato no se considere rentable para la empresa, no puede considerarse un factor discriminatorio con la perspectiva del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. Y el despido en este caso, a su juicio, se habría producido en atención a la ocultación de los periodos de baja previos del trabajador, y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en él, lo que determina la improcedencia del acto extintivo, no su nulidad.

En relación con la petición de indemnización, afirma la resolución judicial que el trabajador se limita a pedir en el suplico de su demanda la condena a la empresa del abono de 6.000 euros sin hacer alusión al perjuicio adicional que con el despido se le haya podido producir, ni identificar el daño y perjuicio producido, así como su

alcance, y sin aclarar en el acto de juicio los parámetros determinantes de la indemnización, ni practicar prueba al respecto. Añade que tampoco procede abonar los salarios dejados de percibir, pues el actor fue despedido cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal, quedando exonerado el empresario de la obligación de pago (art. 45.2 LET), ya que lo procedente es el abono de las correspondientes prestaciones de incapacidad temporal, bien mediante el pago delegado de la empresa o mediante el abono directo por parte del INSS.

g) Frente a la Sentencia de instancia, recurrió el trabajador en suplicación reiterando la pretensión de nulidad del acto extintivo, aduciendo infracción de los arts. 14 y 40.2 CE, 4.2 c) LET, 25.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales, 55.5 LET y 108.2 y 180.1 LPL, al considerar vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales (estado de salud).

El día 12 de mayo de 2003 dictó Sentencia la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso. Según el Tribunal, es cierto que el trabajador está afectado por lesiones cervicales y lumbares, lo que ha propiciado varios procesos de incapacidad temporal, aunque no haya merecido el reconocimiento de una incapacidad permanente en ninguno de sus grados, así como que tal situación subyace como razón última de la decisión extintiva, aunque ésta apareciera formalmente amparada en la transgresión de la buena fe contractual por la ocultación de aquellos datos. Sin embargo, tal situación no sólo no excluye sino que justifica la aplicación de la doctrina que cita la resolución recurrida y que se contiene en la STS de 29 de enero de 2001, a saber: «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 un punto de vista estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, 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». Con base en ello, concluye, no es de apreciar causa de nulidad en el despido del recurrente, al no darse, junto a la enfermedad, otra circunstancia que revelara la discriminación aducida.

Tampoco se acoge el segundo motivo del recurso, referido a la petición de indemnización, habida cuenta que su formulación está supeditada al éxito del primero de los motivos, que no prosperó, además de no haberse concretado los parámetros para su cuantificación, como ya razonó la Sentencia de instancia.

h) El proceso judicial se cerró con el Auto del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2005, que inadmitió el sucesivo recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción (art. 217 LPL).

3. El demandante de amparo denuncia la vulneración de su derecho a la igualdad y a la no discriminación por causa de enfermedad temporal, protegido por el art. 14 CE, así como el derecho a la integridad física y moral (que incluye la protección a la salud) garantizado por el artículo 15 CE.

Considera que un despido de tales características debe ser calificado como nulo por vulnerar el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales, entre las que debe hallarse el estado de salud del trabajador. Asimismo, un despido por enfermedad transitoriamente discapacitante para el trabajo vulnera el derecho fundamental a la integridad física y moral garantizado por el art. 15 CE, toda vez que el trabajador demandante tenía derecho a la recuperación de su salud sin verse perjudicado por ello.

El demandante había sido reiteradamente valorado por el INSS, declarándose en fecha 22 de diciembre de 1998, y de nuevo en fecha 6 de noviembre de 2002, que no se encontraba incapacitado en grado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anulasen su capacidad laboral, y ello por más que, según indica el sexto de los hechos probados, «el actor tiene problemas de espalda desde hace 7 u 8 años», lo que le ha provocado «varios procesos de incapacidad temporal». Se trata de un caso común: un albañil de cincuenta y cuatro años al momento de su despido que, tras varias décadas de trabajo en la construcción, sufre problemas de espalda. Sin embargo, el organismo público encargado de valorar la limitación laboral de tan comunes lesiones ha concluido, reiteradamente, que está perfectamente capacitado para continuar desempeñando su profesión habitual, y tal vez con razón: es probable que el trabajador sufra las típicas dolencias de espalda de quien durante tantos años la ha forzado en un trabajo que lo exige, pero sin que ello signifique que esté incapacitado para las tareas fundamentales de su profesión.

La prevalencia del criterio de rentabilidad empresarial frente a la protección de la salud se pretende fundamentar por las resoluciones judiciales en la Sentencia dictada en casación para la unificación de doctrina por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001. En relación con dicha Sentencia el recurso argumenta en un doble sentido. En primer lugar, afirma que el Tribunal Supremo se limita a avalar un despido con causa en las prolongadas bajas de un trabajador, pero parece estimar que vulnera el derecho a la no discriminación un hipotético despido por motivos de salud sin repercusión en la aptitud para el trabajo (y, en el presente caso, el actor ha sido reiteradamente declarado apto por el INSS) cuando aún no se haya producido una larga baja por incapacidad temporal —el aquí recurrente sólo había estado diez días de baja cuando se produjo su despido. Por otra parte, la empresa explica con claridad en la carta de despido que no es por la duración no rentable de la baja por lo que acuerda la extinción del contrato, sino por la ocultación del estado de salud, por más que tal estado de salud no sea, objetivamente, incapacitante, y por más que el estado de salud no incapacitante sea, en el ámbito de la relación laboral, una cuestión tan estrictamente íntima que en los partes de baja emitidos por los servicios públicos de salud nunca se explicita —art. 18.1 CE. Por tanto, la citada Sentencia del Tribunal Supremo no sería de aplicación al presente litigio.

Por lo demás, tampoco comparte el recurrente el criterio de la citada Sentencia. El Tribunal Supremo razona que la enfermedad, en el sentido genérico de una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por la empresa, no implica la utilización de un factor discriminatorio prohibido. El recurso discrepa puesto que, históricamente, la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más

gravemente ha afectado a la humanidad. La enfermedad siquiera temporal y pasajera, y aún la no total y definitivamente incapacitante, ha sido una causa habitual de ruina económica de los trabajadores. De hecho la Seguridad Social nace con la intención de paliar tan grave causa de exclusión social. Y lo hace articulando un mecanismo gradual y equilibrado: prestación de incapacidad temporal mientras persista una falta de capacidad temporal para el trabajo, y pensión de invalidez, con extinción de la relación laboral, cuando las lesiones definitivamente inhabiliten al trabajador para prestar su actividad laboral. Esto es, es precisa la armonización de trabajo y enfermedad; la inclusión social frente a un mercado extremo que no distingue entre bienes materiales y personas; la armonización, en suma, de rentabilidad empresarial y dignidad del trabajador.

Permitir que la incapacidad temporal justifique la extinción del contrato de trabajo es una quiebra del Estado social y democrático de Derecho al que aspira nuestra Constitución, y equivale a una cruel mercantilización que retrotrae a la relación laboral, al menos en tal aspecto, a los tiempos laboralmente oscuros de los inicios de la revolución industrial. De hecho, las garantías antidiscriminatorias avaladas por la Constitución se llevan a cabo, frecuentemente, en detrimento de la pretendida «funcionalidad» que mantiene el Tribunal Supremo en la doctrina aplicada al caso (cita, a tal fin, la protección de la maternidad o la protección de los liberados sindicales, pese a que en esos casos la situación puede no ser funcionalmente rentable para la empresa). En definitiva, la limitación funcional de un trabajador que no le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo no puede erigirse en causa de despido. Despedir con tal causa es discriminatorio.

Y suplica, por todo lo expuesto, que se anulen Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de 11 de diciembre de 2002, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de mayo de 2003, declarándose asimismo la radical nulidad del despido sufrido con los efectos legalmente inherentes a tal declaración y, en consecuencia, se condene a la empresa demandada a readmitirle en las mismas condiciones que disfrutaba con anterioridad a su despido, abonándosele los salarios devengados desde la fecha del despido hasta que tal readmisión se produzca, así como una indemnización de 6.000 euros en concepto de daños morales, previa devolución, en su caso, de los autos al Tribunal Superior de Justicia de Madrid con el fin de que imponga la indemnización interesada, toda vez que la nulidad radical del despido con sus oportunos efectos puede ser directamente declarada por el Tribunal Constitucional.

4. Por providencia de 15 de noviembre de 2006, la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir al Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia de Madrid y Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid para que en el plazo de diez días remitieran, respectivamente, testimonio del recurso núm. 3601-2003, recurso de suplicación núm. 1659-2003 y autos 944-2002, interesándose al propio tiempo que se emplazase a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, ya personado, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. El día 27 de diciembre de 2006 tuvo entrada en este Tribunal escrito de la Procuradora de los Tribunales doña Paloma García González, en el que solicitaba se tuviera por personada en este procedimiento de amparo a Cotobial, S.A. En posterior diligencia de ordenación, de 29 de enero de 2007, se acordó en el sentido solicitado.

Igualmente, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se procedió a dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

6. El recurrente en amparo evacuó ese trámite el día 15 de febrero de 2007, ratificándose íntegramente en las alegaciones contenidas en su demanda.

7. Cotobial, S.A., presentó sus alegaciones el día 21 de febrero de 2007, oponiéndose al amparo interesado. Destaca, en primer lugar, que en el recurso de suplicación la parte recurrente no alegó el art. 15 CE, derecho fundamental que, en todo caso, no habría resultado vulnerado porque al trabajador nunca se le ha negado el derecho a la protección de la salud ni a la asistencia médica.

En segundo lugar, respecto del encuadramiento del asunto litigioso en el art. 14 CE, subraya que en la anterior normativa laboral, cuando era objeto de despido un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad laboral transitoria, hoy incapacidad temporal, la calificación de dicha decisión extintiva era la de la nulidad. Pero se produjo una reforma normativa que afectó a este tema concreto, habiendo quedado excluida la nulidad de un despido de esas características. En el caso concreto, la empresa entendió que el trabajador incurrió en transgresión de la buena fe contractual al haber ocultado su estado de salud. Lo que se penaliza, así pues, es la transgresión de la buena fe contractual, pues de haber puesto de manifiesto sus dolencias el trabajador no hubiera sido contratado. Que ya en 1998 el trabajador instara ser declarado en situación de invalidez permanente, revela que era conocedor de sus limitaciones funcionales y de que su estado patológico le impedía realizar las funciones propias de su categoría profesional de oficial primera albañil. Ese dato avala la decisión empresarial, toda vez que el propio trabajador con sus actos prueba que no se encuentra capacitado para el desempeño de su profesión habitual, pese a lo cual ocultó a la empresa sus problemas de espalda.

Frente a ello, no es suficiente la mera alegación de que la causa del despido es la enfermedad del actor, pues bajo esa premisa todos los despidos producidos en situaciones de baja por enfermedad deberían ser declarados nulos (o, en su caso, procedentes), como sucedía con anterioridad a la modificación operada en el Estatuto de los trabajadores en 1994. El despido de los trabajadores cuando el contrato se encuentra suspendido ya no constituye un despido nulo (con las consecuencias que ello implica), sino que en esos supuestos, si la extinción es injustificada, procede declarar su improcedencia, quedando reducido al ámbito del despido nulo exclusivamente a los casos en que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, como preceptúa el art. 55.5 LET.

8. El 1 de marzo de 2007 presentó su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando el otorgamiento del amparo. En su criterio, es obligado plantear la cuestión con la doble perspectiva de la pretendida obligación del trabajador de facilitar sus datos médicos, y la de la legitimidad de una decisión empresarial que con base en la situación clínica de un trabajador a su servicio resuelve el contrato mediante la adopción de una medida disciplinaria. El análisis deberá centrarse, entonces, en la posible afectación del derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE, y en la correspondiente al derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la integridad física de los artículos 14 y 15 CE, sobre los que extensamente se argumenta en la demanda.

La demanda de amparo considera que la enfermedad es por sí misma un motivo de discriminación, ya que ha supuesto históricamente una causa de exclusión social. Sin embargo, sostiene el Fiscal, se hace preciso distinguir entre la mera enfermedad, como alteración transitoria más o menos grave de la salud y que por lo tanto es susceptible de afectar a lo largo de su vida a cualquier ser humano, de aquel otro concepto que pudiera acaso denominarse como enfermedad avanzada o enfermedad recurrente, en la cual se alcanza un cierto grado de irreversibilidad, ya que la recuperación de la salud no resulta plena y definitiva (dentro de la natural evolución biológica de la vida), o al menos un cierto grado de permanencia en el tiempo. Existiría entonces una categoría intermedia situada entre la simple enfermedad y la discapacidad, caracterizándose ese *tertium genus* como una suerte de disfuncionalidad periódica, con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que ésta, no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante.

Esta es la situación que se expone en la demanda de amparo y que se recoge como hecho probado cuando se describe el cuadro clínico del actor. Esa especial categoría de enfermedad no resulta en modo alguno ajena a la normativa laboral, ya que el artículo 52 d) LET, al relacionar los supuestos justificativos de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, contempla el denominado absentismo laboral, entre otras, por causa de enfermedad, señalando a tal efecto en el primer párrafo del mencionado apartado que el citado «absentismo» se producirá por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes. El segundo párrafo de ese apartado, por su parte, excluye de la calificación de «faltas de asistencia» a las que se produzcan, entre otras razones, por enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja tenga una duración de más de veinte días consecutivos. Implícitamente parece, pues, reconocerse que, junto a la enfermedad no laboral «ordinaria», existen otras que por su base patológica derivada de alguna limitación orgánica o funcional, y por precisar de un tiempo de curación superior al habitual, no pueden ser calificadas en perjuicio del trabajador como «faltas de asistencia intermitentes» justificadoras de una hipotética decisión empresarial extintiva de la relación laboral. Bajo esas circunstancias, en consecuencia, si es posible identificar una categoría equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, podrá entonces afirmarse la existencia de un grupo social de características personales determinadas de las que no participa el resto de la sociedad, al que, como sostiene la demanda de amparo, se situaría en un espacio intermedio en el que no se alcanza la protección que dispensa el Ordenamiento jurídico para el normal mantenimiento de la relación laboral de sus individuos, ni tampoco la que el citado Ordenamiento prevé para aquellos supuestos en los que, ante una discapacidad o situación invalidante, se despliega la acción protectora de la Seguridad Social mediante el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente y el correlativo devengo del derecho a una pensión. Ese grupo de trabajadores puede ver sucesivamente extinguida su relación laboral con diferentes empresarios, resultando abocados a una inacabable búsqueda de un puesto de trabajo, del que en el caso de obtenerlo podrán ser privados con toda probabilidad al causar cualquier baja médica que precise la curación de su específica limitación funcional. Por tanto, resultarán –como el recurrente– indirectamente expulsados del mercado de trabajo, y a la vez no podrán obtener la protección de la Seguridad Social al no ser sus dolencias susceptibles de calificarse como incapacitantes con carácter definitivo y permanente.

Se cumplirían así, concluye el Fiscal, los dos requisitos necesarios para estimar la realidad de una situación discriminatoria: la exclusión social (imposibilidad de permanen-

cia en el mercado como fuerza de trabajo y consecuente falta de obtención de ingresos), y la pertenencia a ese grupo o colectivo caracterizado por el padecimiento de enfermedades capaces de generar faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, pero intermitentes [artículo 52 d) LET]. Para evitarlo es necesaria la asimilación de esta situación a la de la discapacidad, y en consecuencia apreciar como lesiva del derecho fundamental a la igualdad la conducta del empresario que otorga un tratamiento diferenciado a un trabajador por razón de una particular condición personal o social (art. 14 CE).

Existe un segundo argumento, prosiguen las alegaciones del Fiscal, que abona las tesis del recurrente sobre la nulidad de su despido, cual es la afectación del derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE. La demanda de amparo no efectúa una explícita invocación de dicho precepto, aunque se ofrecen abundantes referencias al hecho de que el despido del trabajador tuvo su origen en la ocultación de su enfermedad al empleador, por lo que hay en el recurso un planteamiento de fondo que incide en la afectación del mencionado derecho fundamental. Esto así, se sometería al Tribunal el problema de la reprobación constitucional que merezca la exigencia por parte del empresario de reclamar el previo conocimiento de los datos clínicos del trabajador. Y en su criterio, que apoya en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, la obtención inconsistente de datos clínicos por parte del empresario, o desde su opuesta perspectiva, la sanción consistente en el despido disciplinario del trabajador por razón de la falta de temporánea comunicación de su estado de salud, constituye una evidente lesión del derecho fundamental a la intimidad personal del art. 18.1 CE.

Por todo ello, el Fiscal interesa el otorgamiento del amparo solicitado, declarándose la vulneración de los arts. 14 y 18.1 CE, la nulidad de las Sentencias recurridas y la nulidad del despido del trabajador demandante de amparo.

9. Por providencia de 22 de mayo de 2008, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes, la demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de 12 de mayo de 2003 de la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de suplicación núm. 1659-2003, y contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de 11 de diciembre de 2002, que declararon la improcedencia del despido del recurrente en amparo, rechazando la pretensión principal de nulidad. Denuncia la demanda de amparo la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) por causa de enfermedad, así como del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), en relación con el derecho a la salud.

Sostiene el demandante de amparo que su despido, motivado por las dolencias padecidas, debe ser declarado nulo por lesionar dichos derechos fundamentales. A su juicio, frente al criterio de rentabilidad empresarial debe prevalecer la no discriminación por circunstancias personales, entre las que se halla el estado de salud del trabajador. Los órganos judiciales han concluido que la enfermedad, en el sentido genérico de una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio prohibido, y el demandante discrepa afirmando que históricamente la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente ha afectado a la humanidad, y que, por ello, permitir que la incapacidad temporal justifique la extinción del con-

trato de trabajo es una quiebra del Estado social y democrático de Derecho, debiendo aplicarse las garantías antidiscriminatorias reconocidas por la Constitución en detrimento de la pretendida «funcionalidad» del trabajo y del interés empresarial. Asimismo, mantiene que un despido por enfermedad transitoriamente discapacitante para el trabajo vulnera el art. 15 CE, en tanto que el derecho a la integridad física y moral que este precepto consagra integra la protección de la salud (art. 43.1 CE), pues el recurrente tenía derecho a la recuperación de su salud sin verse perjudicado por ello con una decisión extintiva. Finalmente indica que el estado de salud no definitivamente incapacitante es, en el ámbito de la relación laboral, una cuestión estrictamente íntima, hasta el punto de que en los partes de baja emitidos por los servicios públicos de salud nunca se explicita la enfermedad justificativa de la baja ni se informa de ella al empleador, aunque éste lo requiera, con base en el art. 18.1 CE.

El Ministerio público interesa la estimación del recurso de amparo por entender que se ha producido la vulneración de los arts. 14 y 18.1 CE, mientras que solicita su desestimación Cotobial, S.A., conforme a las alegaciones que han quedado recogidas con detalle en los antecedentes de la presente resolución.

2. Existiendo diversas alegaciones, tanto de Cotobial, S.A., como del Ministerio Fiscal, sobre la invocación por el recurrente de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 15 y 18.1 CE, será necesario analizar con carácter previo el cumplimiento del requisito del art. 44.1 c) LOTC.

Como se sabe, la finalidad de preservar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo ha guiado la interpretación del mismo y el contenido mínimo del que debe dotarse a la invocación para que pueda considerarse cumplida. En tal sentido, hemos rechazado una interpretación literal o excesivamente rigorista, aunque el rechazo de tal entendimiento formalista no ha llegado ni puede llegar a un vaciamiento absoluto de un precepto legal cuya ordenación responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, que se desprende claramente del art. 53.2 CE, de modo que el titular del derecho fundamental debe facilitar su protección y hacer posible, con su invocación, que el órgano judicial remedie la presunta violación del correspondiente derecho. En ese sentido, en numerosas resoluciones que constituyen un cuerpo jurisprudencial consolidado, este Tribunal ha declarado que, si bien la invocación formal exigida por el art. 44.1 c) LOTC no supone necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se proclama el derecho o los derechos supuestamente vulnerados, ni siquiera la mención de su *nomen iuris*, la invocación ha de efectuarse, sin embargo, de manera que se cumpla la finalidad perseguida con su exigencia, lo que significa que se ha de ofrecer base suficiente para que, en la vía judicial, puedan conocerse las concretas vulneraciones de derechos fundamentales después aducidas en el recurso de amparo, lo que requiere, al menos, una delimitación del contenido del derecho que se dice vulnerado o, en otras palabras, que el tema quede acotado en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre el mismo. Así, hemos señalado que lo decisivo es que, a través de las alegaciones que se formulan en la vía judicial, de los términos en que se ha planteado el debate en la vía procesal o de la descripción fáctica o histórica de los datos o circunstancias de hecho de la violación del derecho fundamental o del agravio del mismo, se permita a los órganos judiciales su conocimiento en orden a que, de un lado, puedan argumentar y pronunciarse sobre la cuestión y, de otro, reparen, en su caso, la vulneración aducida (entre las más recientes, STC 211/2007, de 8 de octubre, FJ 3).

También tiene declarado este Tribunal que el momento procesal oportuno para la invocación en el previo procedimiento judicial del derecho fundamental vulnerado es el inmediatamente subsiguiente a aquél en el que sobreviene la pretendida lesión, sin perjuicio de reiterarla en la posterior cadena de recursos (SSTC 62/1999, de 26 de abril, FJ 3, o 132/2006, de 27 de abril, FJ 2). Igualmente, es preciso poner en conocimiento del órgano judicial el hecho fundamentador de la vulneración, de modo que la pretensión deducida en amparo no tenga un contenido distinto al que se hizo valer ante los órganos judiciales, pues si la queja se argumenta con base en otras razones el recurso de amparo perdería el carácter de subsidiariedad que la Constitución y la Ley Orgánica de este Tribunal le atribuyen (SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 3, y 130/2006, de 24 de abril, FJ 4, por todas).

El examen de las actuaciones acredita que el recurrente no ha cumplido los requisitos de invocación del derecho fundamental vulnerado ni respecto del art. 15 CE, ni en lo relativo al art. 18.1 CE.

En primer lugar, no hacía alusión alguna la demanda rectora del proceso judicial a la posible vulneración del art. 18.1 CE por el hecho de ser despedido por no ofrecer a la empresa datos pertenecientes a su intimidad, limitándose a fundamentar la pretensión de nulidad del despido en la vulneración de los arts. 14 y 15 CE, únicos derechos fundamentales a los que formal y materialmente se hacía referencia. La Sentencia de instancia, en congruencia con dicho planteamiento, no enjuició el caso desde ese enfoque vinculado a la intimidad personal del demandante.

Tampoco planteó el recurrente esa cuestión como motivo de recurso en el sucesivo grado jurisdiccional de suplicación, impidiendo con ello la eventual subsanación de la inicial falta de invocación, pues tenemos dicho que para que pueda apreciarse la total ineficacia de la alegación será preciso no sólo que la invocación se haya efectuado una vez transcurrido el primer momento procesal en que se tuvo ocasión de realizarla, sino –fundamentalmente– que esa alegación tardía haya impedido al órgano judicial su examen y consideración, pues es esta última noción la que resume la *ratio* y finalidad del presupuesto que se examina (SSTC 55/1991, de 12 de marzo, FJ 2; 78/2003, de 28 de abril, FJ 3, y 280/2006, de 9 de octubre, FJ 3). El silencio del recurrente sobre ese particular explica que, ni el escrito de impugnación al recurso de suplicación formulado por Cotobial, S.A., ni la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, abordaran la constitucionalidad de la decisión extintiva desde ese enfoque, obviando no ya el hecho de la imputada ocultación de los datos médicos –que la empresa aducía en su carta de despido y reiteraba en sus alegaciones del escrito de impugnación del recurso– sino la posible nulidad del despido por esa razón, esto es, la posible calificación de nulidad del despido por la pretensión empresarial de que el trabajador le comunicara datos que, en su caso, estarían protegidos por el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE).

El recurso de amparo, por lo demás, tampoco pone su acento en esa perspectiva del problema, y es claro, por tanto, que con independencia de la entidad constitucional que pudiera poseer esa queja, el incumplimiento del requisito del art. 44.1 c) LOTC excluye ahora su análisis en este proceso constitucional, en contra de lo que aduce el Ministerio Fiscal.

Tampoco se han cumplido los requisitos del art. 44.1 c) LOTC respecto del art. 15 CE. Ciertamente en la demanda de despido se invocaba tal derecho y se vinculaba la alegación del mismo con la circunstancia de que fuera la baja médica del trabajador, de fecha 2 de septiembre de 2002, la que motivó el despido, lo que, a juicio del demandante, implicaba una coacción contra la integridad física del art. 15 CE, pues de avalarse esa actuación

empresarial aquél preferiría no ir al médico, no cuidar su salud, antes que perder su trabajo. Pese a ello, el juzgador *a quo* resolvió el litigio exclusivamente con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo –dictada en unificación de doctrina– relativa a la existencia o no de un factor discriminatorio en situaciones como la enjuiciada, soslayando aquel otro enfoque del problema, esto es, el potencial efecto disuasorio en la protección de la salud que tendría la aceptación de un despido como el impugnado, hasta el punto de que no citó siquiera el art. 15 CE en la fundamentación jurídica de su resolución.

En el sucesivo recurso de suplicación, sin embargo, el recurrente no denunció incongruencia omisiva y tampoco reiteró aquella denuncia, omitiendo la formulación de un motivo basado en la lesión de aquel derecho fundamental. Se centró su impugnación en el razonamiento de la Sentencia de instancia, esto es, únicamente en el art. 14 CE, abandonando por completo aquel otro planteamiento, que no puso de manifiesto ni expresa ni implícitamente, por lo que no cumplió el requisito de la invocación del derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE, que, a pesar de haber sido alegado en instancia, no fue reiterado en el posterior recurso (SSTC 62/1999, de 26 de abril, FJ 3; 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, o 211/2007, de 8 de octubre, FJ 3, entre otras muchas).

En definitiva, como alega Cotobial, S.A., el recurrente en amparo, que ahora invoca nuevamente el art. 15 CE, no ofreció en su recurso de suplicación base suficiente para que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia pudiera entrar a conocer de esa concreta vulneración, pues no delimitó el contenido del derecho que en su demanda de amparo se dice vulnerado ni, en particular, planteó el efecto disuasorio del despido en la protección a la salud en términos que permitieran al órgano judicial pronunciarse sobre el mismo, razón que explica el completo silencio de la resolución judicial sobre ese punto. Por ello, tampoco será posible abordar ahora dicha queja.

3. El objeto de nuestro enjuiciamiento debe centrarse, por tanto, en el análisis de la queja referida a la pretendida vulneración de la prohibición de discriminación del art. 14 CE. En concreto, se trata de determinar si el despido del trabajador debió ser declarado nulo por discriminatorio.

Rechazando implícitamente la imputación relativa a una pretendida trasgresión de la buena fe contractual consistente en no haber informado a la empresa de la existencia de una previa enfermedad incapacitante para el trabajo, los órganos judiciales han considerado acreditado que el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma. Sentado ello, han concluido, con base en la doctrina unificada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero de 2001, luego reiterada en otras posteriores como las SSTS de 12 de julio de 2004 (rec. 4646-2002), de 23 de mayo de 2005 (rec. 2639-2004) y de 18 de diciembre de 2007 (rec. 4194-2006), que el estado de salud del trabajador no fue utilizado en el caso de autos como un factor de diferenciación discriminatorio, sino con una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo determinante de que el mantenimiento de la relación resultase excesivamente oneroso para la empresa. De esta valoración debemos partir a la hora de efectuar nuestro análisis, con base en lo dispuesto en los arts. 44.1 b) y 54 LOTC respecto de los hechos que dieron lugar al proceso ordinario y la actuación de los órganos judiciales en aspectos ajenos a eventuales violaciones de derechos o libertades fundamentales, pues, como es sabido, no está entre las misiones de este Tribunal la de revisar la valoración probatoria o alterar los hechos probados, al ser esta función exclusiva de

los órganos del Poder Judicial (art. 117.3 CE), tal y como hemos recordado en numerosos pronunciamientos (recientemente, SSTC 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3, y 74/2007, de 16 de abril, FJ 2).

Frente a ello, según se expuso, la parte recurrente mantiene que un despido con tal fundamento causal debe ser calificado como nulo por vulnerar el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales (art. 14 CE), entre las que debe hallarse la enfermedad o estado de salud del trabajador. Más allá de las discrepancias que enuncia con la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la citada Sentencia de 29 de enero de 2001 –que por lo demás considera inaplicable al caso–, alega que la prevalencia del criterio de rentabilidad empresarial frente a su derecho a la salud no puede admitirse, menos aún cuando no se trata de prolongadas bajas (sólo diez días en su caso) y cuando el trabajador era apto para su profesión habitual, al haber sido rechazadas reiteradamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) sus solicitudes de declaración de incapacidad permanente. Discrepa, en suma, de que el estado de salud (la enfermedad transitoriamente incapacitante) pueda dar lugar a un despido por el hecho de que el mantenimiento del contrato no se considere rentable para la empresa. Se trataría, por el contrario, de un despido discriminatorio, puesto que históricamente la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente ha afectado a la humanidad, y porque, en definitiva, la limitación funcional de un trabajador por problemas de salud que no le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo no puede erigirse en causa de despido, al ser ese acto contrario a la prohibición de discriminación del art. 14 CE.

4. A la vista del planteamiento de la demanda de amparo debemos rechazar, en primer lugar, que pueda apreciarse en la decisión extintiva la existencia de una discriminación por razón de enfermedad temporal, pues, sin necesidad de otras consideraciones, ello no se corresponde con los hechos probados.

En efecto, no aparece acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, que la causa del despido del trabajador fuera la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba en el momento del despido, situación que, se alega por éste, era sólo transitoriamente discapacitante, había comenzado únicamente diez días antes de la fecha en que se produjo el despido y era la primera vez que concurría en la relación laboral con la empresa. Según se acaba de señalar, la causa alegada por la empresa para el despido, tal y como se refleja en la carta, es la trasgresión de la buena fe contractual consistente en no haber comunicado su enfermedad previa en las vértebras cervicales que –entiende– le impedía trabajar en la construcción, y sus continuas bajas por dicha enfermedad en las distintas empresas del sector para las que había prestado servicios. En relación con ello, la Sentencia de instancia señala que de la prueba practicada se aprecia que el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma.

En consecuencia, aun cuando el despido se produjera encontrándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, no es dicho proceso de incapacidad temporal el causante del mismo, sino la enfermedad preexistente que dicho proceso puso de manifiesto y que la empresa afirma conocer únicamente a partir de ese momento, y no en el momento de la contratación. No puede hablarse, por tanto, de una discriminación por enfermedad temporal, al no existir indicio alguno de que fuera ésta la causa del despido, y ello al margen de que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres

humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE.

No resulta tampoco relevante para analizar una eventual vulneración del art. 14 CE la cuestión relativa a la imputación que se efectúa al trabajador en la carta de despido de haber ocultado a la empresa su estado de salud. El reproche de esta ocultación, al margen de no haber sido considerado constitutivo de una trasgresión de la buena fe contractual –según han resuelto las resoluciones judiciales recurridas–, no puede conceptuarse como una discriminación contraria al art. 14 CE, ni ello se argumenta siquiera en la demanda de amparo, sin perjuicio de la valoración que hubiera de realizarse desde la perspectiva de otros derechos fundamentales que ni han sido alegados en el proceso judicial ni invocados en la demanda.

Finalmente, no es irrelevante precisar que lo que se discute aquí no es propiamente la viabilidad de un despido por las razones aducidas por la empresa en su carta de despido ni el carácter lícito o ilícito de la actuación empresarial. Es esa una controversia que, en principio, no desborda el ámbito de la legalidad y que ha sido, por lo demás, resuelta por los órganos judiciales en el proceso *a quo* apreciando la antijuridicidad de la decisión empresarial y acordando la decisión que el ordenamiento jurídico contempla como reacción frente a los despidos injustificados o sin causa: la declaración de su improcedencia, con los efectos que la ley establece. No se trata, por tanto, de determinar, como sugiere el demandante, si la limitación funcional de un trabajador por problemas de salud que no le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo puede erigirse o no en causa de despido, pues los órganos judiciales ya han afirmado que no y, por ello, han declarado el despido improcedente. Lo que se discute es si ese despido, además de legalmente injustificado, debió estimarse vulnerador del derecho a la no discriminación reconocido en el art. 14 CE y, en consecuencia, debió declararse nulo.

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, 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 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 perjuicio 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.

No existe en las resoluciones judiciales recurridas ninguna consideración sobre la cuestión relativa a si la enfermedad padecida por el trabajador le incapacitaba realmente para desarrollar su trabajo en el sector de la construcción, como señala la empresa, o si carecía de ese alcance incapacitante, como argumenta el trabajador con base en lo que, según afirma, ha sido reiteradamente valorado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al declararle no incapacitado permanentemente para el trabajo en grado alguno. Las resoluciones judiciales recurridas no han analizado el alcance incapacitante de la enfermedad del trabajador, sin duda por entenderlo irrelevante para enjuiciar un despido disciplinario basado en una pretendida trasgresión de la buena fe contractual. Y tampoco resultan concluyentes a la hora de valorar dicha motivación empresarial las alegadas decisiones del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegando la incapacidad permanente, ya que la primera de ellas se dictó casi cuatro años antes, período que impide obtener conclusión alguna en relación con la evolución que pudiera haber experimentado la dolencia del trabajador, mientras que la segunda es posterior a la fecha del despido y ni siquiera constaba que hubiera adquirido firmeza en el momento de dictarse la Sentencia de instancia recurrida. Por lo demás, es de señalar que las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social son decisiones dicta-

das en un procedimiento distinto al de la impugnación del despido, no dirigido propiamente a la determinación de la capacidad o incapacidad del trabajador para desempeñar un puesto de trabajo, sino al reconocimiento de una prestación, y que, en consecuencia, no vinculan al mismo, además de ser, obviamente, recurribles.

Pero, en cualquier caso, la realidad del efecto incapacitante de la enfermedad sufrida por el trabajador sería una cuestión que no afectaría a la conceptualización de la decisión empresarial de extinción como discriminatoria, sino únicamente a la calificación legal de su procedencia o improcedencia, y ello en la hipótesis de que la medida se hubiera materializado a través de uno de los mecanismos previstos en la legislación laboral para atender a este tipo de circunstancias y no mediante el, en todo caso, manifiestamente improcedente recurso a un despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual. No hay, por tanto, aquí un problema de inversión de la carga probatoria en virtud de la cual, aportado por el trabajador un indicio discriminatorio, correspondiera a la empresa acreditar la existencia de una justificación objetiva y razonable de su decisión, ajena a todo móvil discriminatorio, en este caso, la efectiva situación de incapacidad del trabajador. No hay inversión de la carga de la prueba pues no hay aportación de un indicio discriminatorio, toda vez que la enfermedad desde la óptica con que ha sido analizada no constituye un factor de discriminación.

Hemos de concluir, por todo ello, que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, 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.

7. Sostiene el Ministerio Fiscal en sus alegaciones una vía de análisis del problema distinta a la planteada en la demanda. Así, admitiendo que ni la enfermedad temporal ni la incapacidad permanente pueden constituirse en factores de discriminación prohibidos por el art. 14 CE, apunta, sin embargo, la existencia de una categoría intermedia –*un tertium genus*– caracterizado por una suerte de disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que ésta, no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante. Ésta sería, a su juicio, la situación que se expone en la demanda de amparo y que se recoge como hecho probado en las resoluciones recurridas, cuando se describe el cuadro clínico sufrido por el demandante y las limitaciones orgánicas y funcionales que de él se derivan, que, sin embargo, el órgano gestor de la Seguridad Social no estima con entidad suficiente para justificar una declaración de incapacidad permanente. Y entiende que cabría identificar la existencia de un grupo social situado en una posición equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, con características personales determinadas y de las que no participa el resto de la sociedad, que, en razón de sus limitaciones, se vería progresivamente abocado a su expulsión del mercado de trabajo, sin obtener la protección de la Seguridad Social al no ser sus dolencias susceptibles de calificarse como incapacitantes, lo que permitiría afirmar la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una situación de discriminación.

Sin embargo, no es posible acoger tampoco esta vía argumental. En primer lugar, no hay constancia suficiente en los hechos probados de la existencia de esa pretendida «disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad» ni, en su caso, de cuál fuera su relevancia en orden a la decisión de despido. Si bien aparece probado que el deman-

dante ha sufrido varios procesos de incapacidad temporal a lo largo del tiempo, no hay mención alguna a cuál haya sido la causa de tales procesos; al mismo tiempo, aparece también acreditado que el trabajador ha solicitado al menos en dos ocasiones la declaración de incapacidad permanente, que tiene problemas de espalda, que entre las limitaciones orgánicas y funcionales descritas en su informe médico figuran las de «temblor de miembros y mareos con esfuerzos», que se ha negado a montar andamios alegando sus problemas de salud, y que, incluso, «su hijo le ayuda en ocasiones en el trabajo», hechos éstos que, si bien no excluyen la tesis del Ministerio Fiscal, se pueden corresponder también con la pretendida incapacidad para trabajar como oficial primera albañil en el sector de la construcción alegada por la empresa en su carta de despido. Ya se ha señalado anteriormente que las resoluciones judiciales recurridas no se han pronunciado sobre la efectiva concurrencia de esta situación de incapacidad, al haberse limitado a declarar la improcedencia de un despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual, y que no resulta tampoco relevante a tales efectos el hecho de que el trabajador haya visto denegada en dos ocasiones su petición de declaración de incapacidad permanente, por los motivos ya indicados.

En segundo lugar, la caracterización que el Ministerio Fiscal efectúa de esa pretendida categoría intermedia de «personas con características personales determinadas de las que no participa el resto de la sociedad» carece de la identidad y concreción que requeriría la apreciación de la concurrencia de un factor de discriminación, toda vez que la realidad descrita no conforma una categoría homogénea, sino una situación que puede adoptar múltiples manifestaciones y responder a causas igualmente muy diferentes, no siendo posible, como ya hemos señalado, extender el concepto de discriminación hasta el límite de hacerlo coincidir con el principio genérico de igualdad.

Pero, en último extremo, la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, de conformidad con el art. 9.2 CE, a través, entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a las que se refieren los arts. 43.2, 40.2 y 41 CE, instrumentos esenciales para hacer realidad el modelo de «Estado social y democrático de Derecho» que nuestra Constitución impone (art. 1.1 CE).

No se aprecia, por todo ello, que las resoluciones recurridas hayan vulnerado el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) del demandante de amparo, por lo que resultará procedente la denegación del recurso.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Eugenio Díaz Zarza.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil ocho.–María Emilia Casas Baamonde.–Javier Delgado Barrio.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Trepms.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada en el recurso de amparo 3912-2005, sobre discriminación laboral por razón de enfermedad

1. Don Eugenio Díaz Zarza tenía cincuenta y cuatro años de edad en el momento del despido que dio origen a este proceso constitucional de amparo. Sufría una lesión en sus vértebras cervicales que es común en todos los que han ejercido su profesión de albañil –oficial de primera– durante varias décadas. Esta afección le provocó sucesivas bajas laborales en varias empresas de la construcción, por lo que intentó obtener de la Seguridad Social la protección de una incapacidad permanente, que siempre le fue denegada; consideró, en efecto, el INSS que estaba perfectamente capacitado para desempeñar su profesión habitual o que no presentaba «reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral» (Así consta en Resoluciones de 18 de febrero de 1997 (antecedente 2 c) de la Sentencia), pero también de 6 de noviembre de 2002, meses después de ser despedido por la empresa codemandada (extremo que no recoge la Sentencia, pero que figura al folio 47 del ramo de prueba del demandante ante el Juzgado de instancia).

Privado de la acción protectora de la Seguridad Social, don Eugenio se vio obligado a seguir trabajando y, por ello, el 16 de julio de 2002 firmó un contrato fijo de obra con la entidad constructora codemandada. Pasó el periodo de prueba y, tras desempeñar sus servicios en la misma, causó baja por incapacidad temporal el 2 de septiembre de 2002. El 12 de septiembre siguiente la empresa le despidió disciplinariamente reprochándole su mala fe contractual ya que –dice la carta de despido en el antecedente 2 a) de la Sentencia– ocultó intencionadamente «que tiene una lesión/enfermedad previa en las vértebras cervicales que le impiden trabajar en la construcción» (sic).

2. Las circunstancias expuestas sitúan a don Eugenio en un dilema de consecuencias indeseables, sea cual sea la dirección que pretenda seguir. Las resoluciones del INSS le fuerzan, contra su voluntad, a continuar en el mercado de trabajo, ya que el Estado social y democrático de Derecho le niega la acción protectora de la Seguridad Social, mediante el reconocimiento de una situación de discapacidad y el correspondiente devengo de una pensión de subsistencia para sí y para sus siete hijos. Si acude, no obstante, a la relación laboral y confía, tal vez, en su derecho a la intimidad (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 3) limitándose a comunicar al empleador que «está perfectamente capacitado para desempeñar su profesión habitual» o que no sufre «reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral» se verá despedido –como ya ha ocurrido en este caso– por vulnerar la buena fe contractual y ocultar que sufre una lesión/enfermedad que le ha ocasionado bajas laborales en otras empresas constructoras. Cierto es que su despido, tras la Sentencia de la que disiento, es impropio, pero don Eugenio verá sucesivamente extinguida su relación laboral con empresarios futuros y resultará abocado a una inacabable búsqueda de un puesto de trabajo del que, en caso de obtenerlo, será privado de inmediato –como ha ocurrido en esta ocasión– al cursar cualquier baja médica.

3. Las resoluciones judiciales recurridas en amparo y la Sentencia de la que disiento aceptan la doctrina de una Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001, que entiendo inaplicable a situaciones como la expuesta. Este recurso ha puesto de manifiesto, en mi opinión, que existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los arts. 4.2 c) y 17.1 LET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de

2000 y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» del art. 14 CE máxime cuando, al estar afectado el derecho al trabajo del recurrente del art. 35.1 CE (STC 100/2001, de 23 de abril, FJ 8) y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del art. 43 CE, obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad del que carecen en este caso las resoluciones judiciales (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5).

4. La igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico, consustancial a la definición de Estado social y democrático de Derecho que se consagra en el art. 1.1 CE. En esa concepción del Estado el principio de igualdad no rige sólo en las *relaciones verticales*, entendidas como aquéllas en las que interviene un poder público, sino también en las *relaciones horizontales*, entendidas como de particular a particular, si bien la determinación de la intensidad, inmediata o mediata, con la que rige o se irradia dicho principio en las relaciones entre particulares está modulada.

En el ámbito del Derecho del trabajo la respuesta a la cuestión enunciada implica establecer una línea divisoria muy delicada entre el principio de autonomía de la voluntad, o de libertad del empresario en sus poderes de dirección y gestión del patrimonio privado que ha destinado a empresa productiva, y la vigencia del mandato/derecho a la igualdad en el ámbito de dicha empresa (por todas, STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2).

El Estatuto de los trabajadores desarrolló el art. 35.2 CE –en la Ley 8/1980, de 10 de marzo– con una opción valiente y acertada. Prohibió al empresario privado, en sus arts. 4.2 c) y 17.1 LET, cualquier discriminación a la hora de concertar el contrato de trabajo y en el desenvolvimiento de la relación laboral por causas análogas al art. 14 CE. Y es que los principios esenciales de la libertad, la igualdad y la dignidad humana no sólo se aseguran en el ámbito de lo público sino también en el ámbito de las relaciones laborales; difícilmente puede existir una sociedad democrática si no se respeta el principio de igualdad en el puesto de trabajo, que es esencial para la sociedad contemporánea (*work-place democracy*).

Dejo constancia de mi posición en este voto.

Madrid a veintiséis de mayo de dos mil ocho.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Firmado y rubricado.

10786 *Sala Primera. Sentencia 63/2008, de 26 de mayo de 2008. Recurso de amparo 4246-2005. Promovido por doña Ziortza Fernández Larrazabal respecto a los Autos de la Audiencia Provincial de Álava y de un Juzgado de Instrucción de Vitoria de sobreesimiento libre y archivo definitivo de unas diligencias previas incoadas por denuncia de torturas.*

Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: investigación suficiente de una denuncia de tortura o tratos inhumanos y degradantes bajo custodia policial (STC 34/2008).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presi-