



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

La protección frente al despido por discapacidad. Análisis desde la jurisprudencia del TJUE

Presentado por:

Tania Ortega Macías

Tutelado por:

Noemí Serrano Argüello

Valladolid, 2 de julio de 2018

RESUMEN

Las personas con discapacidad son un grupo vulnerable de la sociedad que requieren de una especial protección en el ámbito laboral. Para conocer esta protección en el marco de la institución del despido no solo hay que analizar la normativa, sino que también tiene especial relevancia el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha perfilado, tanto objetiva como subjetivamente, el concepto de discapacidad recogido en el artículo 1 de la Directiva 2000/78. En este sentido cabe destacar que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha indicado que el concepto de discapacidad que debe ser adoptado por parte de los tribunales nacionales es el establecido por la Convención de Naciones Unidas de Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, aportación relevante puesto que hasta el momento ante la falta de una definición de lo que se entendía por discapacidad, el propio Tribunal tuvo que elaborar una definición propia.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el asunto Chacón Navas hasta el más reciente caso Ruiz Conejero ha marcado la estrecha línea que separa la enfermedad de la discapacidad desde que manifestó que no son términos sinónimos, centrándose sobre todo en la problemática que mayor litigiosidad se ha planteado que son las llamadas “enfermedades equiparables”. El interés de delimitar claramente ambos términos se debe a que las consecuencias derivadas del despido en un caso y en otro no son las mismas, si se incurre en un motivo de discriminación como es la discapacidad el efecto del despido es la nulidad, mientras que si el despido se fundamenta en la enfermedad del trabajador, que no es una razón de discriminación, daría lugar a la improcedencia.

Palabras clave: despido discriminatorio, discapacidad, enfermedad, jurisprudencia, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT

People with disabilities are a vulnerable population group who need special protection at work. To study the protection from dismissal we have to know the regulations and the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union that has outlined the concept of disability referred to in Article 5 of the Directive, both objectively and subjectively. In this regard, the jurisprudence of the Luxembourg Court has indicated that the concept of disability that must be adopted by national courts is that established by the United Nations

Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 13 December 2006, a relevant contribution because before the Court used its own definition.

On the other hand, the Court of Justice of the European Union from the Chacón Navas case to the most recently Ruiz Conejero case has marked the narrow line that separates the disease from the disability, focusing mainly on the problematic of the “comparable diseases”. The interest of defining both terms is due to the fact that the consequences derived of dismissal are different, if the discrimination motive is the disability the effect of the dismissal is the nullity, whereas if it is based on the worker's illness would result a wrongful dismissal.

Keywords: discriminatory dismissal, disability, disease, jurisprudence, Court of Justice of the European Union.

ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

LGDPD: Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social

LGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

LINSADIS: Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (no vigente)

LIONDAU: Ley 51/2003, de 3 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (no vigente)

LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (no vigente)

LISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PCD: Personas con discapacidad

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	1
2.	LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	3
2.1.	Regulación de la discapacidad: internacional, europea y nacional	3
2.2.	Requisitos para ser considerado persona con discapacidad en España	15
3.	LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTE EL DESPIDO	18
3.1.	El principio de no discriminación por razón de discapacidad	18
3.2.	La adaptación de los puestos de trabajo	22
4.	LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL ENTRE INCAPACIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD.....	28
5.	EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	34
5.1.	La delimitación de la enfermedad y la discapacidad por el TJUE	36
5.1.1.	Caso Chacón Navas.....	36
5.1.2.	Caso Ring	40
5.1.3.	Caso Daouidi	46
5.1.4.	Caso Ruiz Conejero	48
5.2.	Caso Coleman: la discriminación por asociación	53
5.3.	Caso Odar: otra manifestación de discriminación en el despido a las personas con discapacidad.....	57
6.	APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE DESPIDO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	61
6.1.	Decisión del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en el caso Chacón Navas tras la cuestión prejudicial del TJUE	62
6.2.	Decisión de los tribunales españoles en el Caso Daouidi tras la cuestión prejudicial del TJUE	65
6.3.	La calificación por los tribunales españoles de los despidos que afectan a personas con discapacidad sobre la base de la jurisprudencia del TJUE	69

6.4.	La decisión del Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca en el caso Ruiz Conejero tras la cuestión prejudicial del TJUE	76
7.	CONCLUSIONES.....	80
8.	PROPUESTAS	83
9.	BIBLIOGRAFÍA.....	85

1. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad se enfrentan a múltiples problemas en el desarrollo de su vida social, y no cabe duda, que especialmente ocurre en el ámbito del trabajo. De ahí la importancia de que organismos a nivel internacional, europeo y nacional prioricen la protección de este colectivo vulnerable.

Un colectivo que cuantitativamente es muy importante puesto que más de mil millones de personas a nivel mundial presentan algún tipo de discapacidad¹, lo que implica que en la Unión Europea se hable de cifras entorno a los ochenta millones de personas². Descendiendo al ámbito nacional, aproximadamente en España a tres millones de personas se les ha reconocido algún grado de discapacidad³.

El objetivo de este Trabajo es identificar esa protección desde el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el marco de una institución concreta como es el despido, teniendo en cuenta que se trata de una decisión unilateral del empresario de extinguir el contrato de trabajo, puesto que detrás de esta medida por parte del empleador en un número relevante de casos, lamentablemente, está presente la discriminación de la persona con discapacidad pese a justificar el despido en otras causas.

Desde el año 2009 nos encontramos con un cambio importante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia. Esto es debido a que el 26 de noviembre de ese mismo año la Unión Europea ratificó la Convención de Naciones Unidas de Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de

¹ A falta de un informe más actualizado por organismos internacionales, en el año 2011 la Organización Mundial de la Salud indicó en su informe que un 15% del total de la población se ve afectado por alguna discapacidad.

² Datos obtenidos de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, que según un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema *Personas con discapacidad: Empleo y accesibilidad por etapas para las personas con discapacidad en la UE. Estrategia de Lisboa posterior a 2010*, representan a un 15% de la población europea.

³ En concreto, los datos actualizados a 31 de diciembre de 2015 de la base estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad cuyo informe fue elaborado por el Instituto Nacional de Servicios Sociales, reconocen que 2.998.639 personas en España tienen alguna discapacidad.

2006 que define qué es lo que se entiende por discapacidad, adoptándose por el TJUE este concepto.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en estos últimos años sobre el despido de las personas con discapacidad ha evolucionado intentando delimitar qué supuestos entran o no dentro del propio concepto de discapacidad, y por tanto, qué supuestos podrían dar lugar al reconocimiento de una discriminación en la decisión del empresario en base a la Directiva comunitaria 2000/78 sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ya que las consecuencias del despido son muy diferentes si hay o no actos discriminatorios. En este sentido debe tenerse en cuenta que la propia Convención Internacional de la ONU reconoce en el apartado e) de su Preámbulo que “la discapacidad es un concepto que evoluciona”.

Aunque son muy variados los casos que en materia de despido por discriminación a personas con discapacidad llegan a los Tribunales, hay que tener presente que en la actualidad el problema, y por tanto, la mayor litigiosidad, se centra en la delimitación de la línea que separa a la discapacidad de la enfermedad. Por ello, principalmente la discusión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se basa en determinar qué enfermedades pueden llegar a ser entendidas como discapacidad, teniendo en consideración que el propio TJUE ha manifestado claramente que no existe una equiparación total entre estos conceptos.

La estructura que se va a seguir en el estudio ha sido, en primer lugar, establecer una delimitación de la discapacidad definiendo qué se entiende como tal, cuál es su regulación a nivel internacional, comunitario y nacional, y cómo se llega a alcanzar dicha condición. En segundo lugar, se hace una pequeña referencia a dos formas de protección de las personas con discapacidad en el marco del despido que son el principio de no discriminación y la adaptación al puesto de trabajo de las personas con discapacidad como solución alternativa (y preferible) a la expulsión del mercado laboral. Posteriormente, se intenta delimitar conceptualmente la discapacidad de la incapacidad temporal por ser los términos que más problemas generan en cuanto a su distinción. A continuación, se entra en la parte central y más relevante del Trabajo que consiste en el análisis de la evolución de la jurisprudencia del TJUE sobre la protección del despido de las personas con discapacidad mediante el estudio de diversos casos, realizando también un análisis de las decisiones de los Tribunales españoles tras las manifestaciones que el TJUE ha realizado sobre esta materia. Para finalmente, extraer unas conclusiones sobre el Trabajo realizado.

LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO POR DISCAPACIDAD. ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

2. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En el apartado que se desarrolla a continuación se va hacer referencia al régimen jurídico aplicable a las personas con discapacidad (PCD) para identificar a quién se le considera como tal, además de establecer cómo determinar la discapacidad de una persona según la normativa española.

2.1. Regulación de la discapacidad: internacional, europea y nacional

Las personas con discapacidad, como grupo vulnerable de la sociedad, requieren de una regulación específica. La forma de entender la protección que necesitan estas personas ha cambiado a lo largo del tiempo, pasando desde finales del siglo XVIII o principios del siglo XIX por cuatro modelos⁴.

En un primer momento, aparece el modelo médico que consideraba que la discapacidad era una cuestión individual provocada por una afección en la salud de la persona, por lo que la forma de corregir esta dolencia era mediante un mero tratamiento médico curativo y rehabilitador. Posteriormente, como consecuencia de las deficiencias de la anterior tesis, surge el modelo social que concibe a la discapacidad como un asunto social en el sentido de que ésta existe si se encuentran barreras para la integración y participación con los demás, por lo tanto, el punto de atención se centra con este modelo en factores sociales externos a la persona.

En tercer lugar, debido a las grandes críticas que el modelo social generó al no tener en cuenta ciertos aspectos que no son puramente sociales y que deben considerarse en la discapacidad, se desarrolla el modelo biopsicosocial. Este modelo busca aproximar los dos modelos anteriores, dando una visión multidimensional de la discapacidad en la que se actúe para el progreso y desarrollo de las capacidades de la persona con discapacidad mediante sistemas de apoyo individualizados para cada sujeto y según su entorno.

⁴ BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores y BIEL PORTERO, Israel. *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 14-20.

Por último, más recientemente, aparece el modelo de la diversidad que mantiene que la discapacidad hay que aceptarla como elemento diferenciador e identificativo de las personas. Entiende que las personas con discapacidad deben tener el control de su propia vida y actuar con libertad, puesto que las diferencias por discapacidad generan enriquecimiento social. Este modelo acaba adoptando posiciones propias del segundo modelo al entender la importancia que tiene en la sociedad la integración de las personas con discapacidad.

La dimensión social de la discapacidad se empieza a observar a nivel internacional en dos Convenciones elaboradas en el marco de la ONU para la protección de los derechos de las personas con discapacidad que son⁵: la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental del año 1971 y la Declaración de los Derechos de los Impedidos del año 1975.

La primera de ellas fue aprobada mediante Resolución 2856 de la Asamblea General el 20 de diciembre de 1971, y se centra como su propio título indica en la discapacidad por enfermedad mental. La Declaración es importante en cuanto que recoge por primera vez derechos relativos a personas con discapacidad, igualándolos a los del resto de los seres humanos como el propio artículo 1 manifiesta: “el retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos”; aunque es cierto que con matizaciones, ya que el empleo de expresiones como “hasta el máximo grado de viabilidad” hacen que estos derechos se vean limitados.

Recoge como objetivo de la Declaración el fomento, en la medida de lo posible, de la incorporación a la vida social normal de las personas con discapacidad para asegurar su bienestar y rehabilitación. Y hace ya una mención expresa al ámbito laboral en su artículo tercero al indicar que: “tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil”.

La segunda Declaración fue aprobada mediante Resolución 3477 de la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975, y se caracterizaba por no ir dirigida a un tipo de discapacidad concreta como ocurría con la Declaración de 1971, sino que abarcaba con carácter general la discapacidad. Además, en relación con la anterior Declaración, aportó una ampliación de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad.

⁵ CORDERO GORDILLO, Vanessa. *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 20-29.

Se puede observar como los objetivos que pretende esta Declaración son los mismos que se manifestaban en la Declaración del año 1971, es decir, la incorporación a la vida social normal de las personas con discapacidad para asegurar su bienestar y rehabilitación, pero en el año 1975 se hace ya referencia a la no discriminación dentro de los derechos de las personas con discapacidad. Así lo recoge el artículo 2: “El impedido debe gozar de todos los derechos enunciados en la presente Declaración. Deben reconocerse esos derechos a todos los impedidos, sin excepción alguna y sin distinción ni discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra circunstancia, tanto si se refiere personalmente al impedido como a su familia”.

Pese a que son dos Declaraciones donde se empieza a observar el modelo social, es cierto que todavía presentan rastros del modelo médico al considerar la necesidad de un tratamiento médico para estas personas. En todo caso, supusieron un avance muy importante al reconocer por primera vez que las personas con discapacidad eran sujetos de derechos humanos⁶, pero pese a ello, su efectividad y exigibilidad práctica fueron complicadas por la falta de eficacia jurídica vinculante⁷.

La regulación jurídica internacional que actualmente debe ser destacada es la llamada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 aprobada por la Resolución 61/106, que es el primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI referido a las personas con discapacidad y que ha sido firmada y ratificada por un número muy relevante de países^{8,9}. De hecho esta Convención empieza a ser considerada como el punto de partida de lo que pudiera ser un quinto modelo en la forma de entender la protección de las personas con discapacidad: el modelo de los derechos.

⁶ BIEL PORTERO, Israel. Los derechos humanos de las personas con discapacidad. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 59-65.

⁷ ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco. “Régimen legal de la atención y protección de las personas con discapacidad”, *Atención y protección jurídica de la discapacidad*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 36-38.

⁸ Tiene 161 signatarios y 177 ratificaciones. Consultado a fecha 28 de junio de 2018 en la web de Naciones Unidas:

(https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en)

⁹ En España el Instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008.

Esta Convención supuso un importante acontecimiento social, legislativo y político ya que como indica el artículo primero su objetivo es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”, por tanto, se busca la efectividad de la Convención frente a la falta de carácter vinculante de los textos internacionales previos. Además, se hace referencia en el artículo quinto al principio de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, que es especialmente relevante en el marco del estudio de este Trabajo en relación con el despido al tratarse de la única forma legal de protección que tienen las personas con discapacidad.

Cabe destacar una significativa aportación de esta Convención que es la definición de discapacidad en el artículo primero¹⁰, puesto que desde su ratificación por la Unión Europea el 26 de noviembre de 2009 es utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para delimitar qué entra dentro de este concepto en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo por despido, y por tanto, determinar las consecuencias del mismo en caso de discriminación.

Así, la Convención indica que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

A nivel comunitario la integración de las personas con discapacidad ya se recogía en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam que fue incorporado al vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el artículo 19. Por lo tanto, en la actualidad la discapacidad la encontramos reflejada en los artículos 10 y 19 del TFUE que indican que la Unión Europea luchará contra la discriminación haciendo referencia a la discapacidad como una de las razones, y para ello se le reconoce la posibilidad de adoptar “acciones adecuadas”¹¹. El Parlamento Europeo y el Consejo pueden regular la base o los

¹⁰ ALCÁZAR ORTIZ, Sara. “Discapacidad y empleo: el marco jurídico antidiscriminación en el ámbito de la Unión Europea”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 167-168.

¹¹ CORDERO GORDILLO, Vanessa. *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 36-49.

principios básicos de las medidas antidiscriminatorias que los Estados miembros decidan llevar a cabo.

De manera que la protección de las personas con discapacidad en el marco de la Unión Europea se garantiza ya con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al reconocer la no discriminación por razón de la discapacidad.

Con el mismo valor jurídico que los Tratados, también en el marco del derecho originario, destaca la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en el artículo 21 hace mención expresa a la prohibición de discriminación por razón de la discapacidad, y en el artículo 26 se manifiesta el derecho que tienen las PCD a que se establezcan medidas para garantizar su integración social y profesional.

El artículo 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea presenta dos objetivos en relación con las personas con discapacidad en el ámbito del empleo: por un lado, que puedan tener una mayor autonomía al tener una fuente de ingresos por la vía del trabajo, y por otro, que se puedan integrar en el ámbito laboral eliminando las desigualdades que estas personas sufren y que les impiden poder disfrutar de los derechos que obviamente, como todas las personas, tienen. De ahí la importancia que, en relación con las PCD, presenta el derecho a la igualdad y no discriminación.

Este artículo no manifiesta derechos subjetivos exigibles judicialmente sino que busca que las personas con discapacidad se beneficien de políticas públicas reconocidas por los Estados para poder reducir las desigualdades materiales y garantizar el ejercicio de los derechos humanos, evitando así la infravaloración y la exclusión de las personas con discapacidad. Por lo tanto, para conseguir lo dispuesto por este artículo no basta con eliminar barreras físicas sino que también es necesario eliminar barreras de carácter jurídico¹².

Y, por último, en relación con este Trabajo es especialmente relevante en la normativa de la Unión Europea en materia de discapacidad la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que es el instrumento de desarrollo del artículo 19 del TFUE. En este caso no se trata de una Directiva que trate exclusivamente de las personas con

¹² MANGAS MARTÍN, A. “Comentario al artículo 26”, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, 2008, pp. 460-469.

discapacidad, sino que su objeto es la igualdad y no discriminación en el empleo refiriéndose a distintos motivos, y entre ellos, figura la discapacidad.

Esta Directiva fue traspuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la cual supuso la modificación de dos preceptos del Estatuto de los Trabajadores como son: el artículo 4.2 c) para incorporar expresamente la prohibición de la discriminación por razón de discapacidad, y el artículo 17.1 que igualmente se reformó para incluir que la discriminaciones directas o indirectas por razón de discapacidad (y también por razón de edad) eran nulas¹³.

De manera que la Directiva 2000/78, y en su transposición, la Ley 62/2003, incorporaron el concepto de discriminación laboral. Se entiende que hay ausencia de discriminación cuando una persona es tratada de forma igual a otra en situación análoga, que en el caso de las PCD en el ámbito del trabajo debe entenderse de tal manera que el empresario no trate de forma diferente o no expulse del mercado laboral, a una persona que pueda desempeñar un puesto de trabajo, por el mero hecho de tener una discapacidad. El matiz es importante, porque la persona con discapacidad debe tener la capacidad necesaria para el desarrollo del puesto de trabajo, esto es, para que se pueda considerar que una PCD ha sufrido una discriminación en el trabajo debe haber sido tratado de forma desigual o despedida aun cuando pueda llevar a cabo las tareas que se le ordenan.

Por lo tanto, no todo trato desigual que pueda sufrir una persona con discapacidad va a ser considerado discriminatorio, así se interpreta del propio considerando 17 de la Directiva al indicar que “no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada”¹⁴. De manera que el hecho de que una persona tenga una discapacidad no implica que la falta de contratación o su despido conlleve ya la consideración de discriminatorio, el empresario no tiene que verse afectado por mantener a una persona que no vale para el desarrollo de las funciones laborales. Esta importante referencia la recogerá, después de la

¹³ VELASCO PORTERO, Teresa. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, pp. 150 y 151.

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad”. *Revista Relaciones Laborales*, núm. 18, 2008, p. 3.

transposición de la Directiva, la normativa española en el artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores al referirse a los derechos laborales.

La Directiva define qué se entiende por discriminación en su artículo 2, pero también distingue entre una discriminación directa e indirecta a las cuales el TJUE en varias sentencias alude. En primer lugar, el artículo 2 apartado 2º letra a) establece que la discriminación directa existe cuando “una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga”, en este caso por razón de discapacidad. En segundo lugar, en el artículo 2 apartado 2º letra b) se plasma la definición de la discriminación indirecta que se produce cuando “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas” con discapacidad, pero cabe la posibilidad de que esta diferencia de trato indirecta pueda estar justificada; y así el TJUE en varias de sus sentencias, como veremos en el Caso Ring y en el Caso Doudí, lo expresa al indicar que ese trato diferenciado sería válido si la disposición, criterio o práctica puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, siempre que los medios para la consecución de la finalidad deseada sean adecuados y necesarios. En estos asuntos el TJUE manifiesta que dicha valoración debe llevarla a cabo el órgano jurisdiccional nacional que conoce del caso.

La Directiva no solamente recoge la prohibición de discriminación por razón de discapacidad como normativa antidiscriminatoria, sino que también apunta la obligación que presenta el empresario de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para que los trabajadores con discapacidad puedan acceder al mercado laboral.

Por lo tanto, otra cosa distinta es que la persona tenga capacidad suficiente para el desempeño del puesto de trabajo pero requiera de un ajuste en el mismo por verse afectada por una discapacidad. Hay que partir de la idea que expresa el considerando 16 que indica que “la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”, por tanto, tiene tanta relevancia esta medida para luchar contra la discriminación de las PCD que se le dedica un artículo en la Directiva para regularlo, el artículo 5.

De manera que se debe hacer especial referencia al artículo quinto de la Directiva puesto que recoge específicamente los ajustes razonables para las personas con discapacidad¹⁵, y posteriormente se desarrollará como medida de protección ante el despido de estas personas. Fundamentalmente indica que los empresarios deberán adaptar el puesto de trabajo a las características de cada uno de los trabajadores que presenten una discapacidad, pero con un límite, que no supongan una carga excesiva para el empresario viendo afectado su negocio.

Además del artículo 5, es importante el artículo 7.2 que expresamente manifiesta el reconocimiento de acciones positivas para las personas con discapacidad con la finalidad de conseguir la inserción de dichas personas en el mundo laboral.

Como anteriormente ya se ha anticipado, la Directiva presenta la ventaja de establecer el concepto de discriminación, tanto directa como indirecta, y el concepto de acoso por motivos de discapacidad. Sin embargo, la Directiva tiene el inconveniente de que no incorpora una definición de lo que se entiende por discapacidad ni se remite a las legislaciones nacionales¹⁶, lo cual podría provocar que cada Estado adoptase un concepto diferente de discapacidad, y por lo tanto, el nivel de protección en cada Estado fuera distinto, implicando que la consecución del objetivo establecido por la Directiva fuera desigual en la Unión Europea.

Debido a esta falta de definición de discapacidad en la Directiva, se pueden diferenciar dos etapas en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para determinar su alcance. En un primer momento, el TJUE utiliza una definición que él mismo elabora en la Sentencia del Caso Chacón Navas expresándola de la siguiente manera: “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que durante un largo período suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. En un segundo momento, cuando la Convención de la ONU para la protección de los derechos de las personas con discapacidad fue ratificada por la Unión Europea, el TJUE optó por utilizar la definición internacional de dicha Convención.

¹⁵ Este artículo se explicará con más detalle en el apartado 2.2.2 del Trabajo dedicado a los ajustes del puesto de trabajo para las personas con discapacidad.

¹⁶ ALCÁZAR ORTIZ, Sara. “Discapacidad y empleo: el marco jurídico antidiscriminación en el ámbito de la Unión Europea”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*, cit., pp. 177-178.

En España, la trasposición de esta Directiva dio lugar a la reapertura del debate sobre la improcedencia o nulidad de los despidos cuando éstos se llevan a cabo en situaciones de incapacidad temporal. Así, casi dos años después, se produce la primera cuestión prejudicial en esta materia ante el TJUE por parte del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid.

Dentro del Ordenamiento Jurídico español¹⁷, en relación con las personas con discapacidad, es importante destacar en la Constitución los derechos y principios fundamentales recogidos en el artículo 9.2 sobre igualdad efectiva, en el artículo 10.2 sobre la dignidad de las personas y en el artículo 14 sobre la igualdad y no discriminación, que aunque este último artículo no se refiere específicamente a la discapacidad, sí que se engloba dentro de la cláusula final al indicar “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En segundo lugar, hay que hacer referencia al derecho al trabajo que regula el artículo 35 CE, y dentro de los principios rectores de la vida social y económica, al artículo 49 CE donde se manifiesta que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”¹⁸.

El artículo 35.1 de la Constitución Española reconoce que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus

¹⁷ ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco. “Régimen legal de la atención y protección de las personas con discapacidad”, *Atención y protección jurídica de la discapacidad*, cit., pp. 47-56.

¹⁸ El empleo del vocablo “disminuido” en el artículo 49 de la Constitución Española para referirse a las personas con discapacidad implica el uso de una terminología anticuada con connotaciones sociales negativas. Por ello, tratándose de la norma fundamental del Ordenamiento Jurídico español, debiera llevarse a cabo una reforma del texto constitucional para que éste mencione a las personas con discapacidad con un término no peyorativo, y además, para dejar atrás el modelo médico que presenta este artículo pasando a un modelo basado en los derechos. La reforma de la Constitución en relación con la discapacidad no es una cuestión puramente terminológica, sino que se considera también que sería necesario introducir en el artículo 14 de forma expresa como motivo de discriminación a la discapacidad. Por todo ello, desde hace tiempo, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) viene promoviendo la modernización de la Constitución Española en este sentido.

necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Respecto a este artículo hay dos consideraciones que hacer. En primer lugar, que para el desarrollo de este derecho los poderes públicos tienen el deber de promover efectivamente el empleo, y en concreto, en relación con las PCD por presentar dificultades en el acceso a un puesto de trabajo, tiene especial importancia la incorporación de medidas que les faciliten la entrada en el mercado laboral, bien sea en el empleo ordinario o en el protegido mediante centros especiales, siempre que tengan capacitación para desempeñar el trabajo. En segundo lugar, la referencia a la no discriminación en materia salarial está reconocida en el artículo solo en cuanto a la discriminación por sexo, sin embargo, hay que considerar cualquier otra razón que pueda dar lugar a la discriminación como es la discapacidad. De hecho, el Estatuto de los Trabajadores (ET) en el artículo 4 sobre los derechos laborales muestra específicamente la no discriminación por razón de discapacidad.

El texto constitucional se refiere expresamente a la protección y derechos de las personas con discapacidad en un único artículo, en el artículo 49, y de él se extrae un mandato genérico dirigido a los poderes públicos para que garanticen la integración social de las personas con discapacidad con la finalidad de que puedan ejercer sus derechos como el resto de ciudadanos. Pero debe tenerse en cuenta que se trata de un artículo que, por su ubicación en la Constitución, presenta una protección débil para las personas con discapacidad ya que no se reconoce un derecho subjetivo estrictamente¹⁹.

Mención especial hay que hacer al artículo 4 del ET, que como ya se ha indicado, fue objeto de reforma con la transposición de la Directiva 2000/78 para incorporar el apartado 2º letra c) que indica que “tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. Precisamente esta incorporación que se hace en este artículo recoge, al igual que el considerando 17 de la Directiva, cuándo se puede entender que hay discriminación laboral, puesto que para que se dé tal situación se requiere que el trabajador tenga la mínima capacidad exigida para llevar a cabo el desempeño de su puesto de trabajo.

También cabe destacar en el Estatuto de los Trabajadores su artículo 17 referido a la no discriminación en las relaciones laborales, que es un principio fundamental en relación con

¹⁹ CAMPOY CERVERA, Ignacio. “La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978”, *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 145-154.

las personas con discapacidad. Como previamente se indicó, este artículo fue objeto de reforma con la transposición de la Directiva 2000/78 para incluir la discriminación por razón de discapacidad. En su contenido manifiesta que son nulos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario, como es el caso del despido, cuando den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad.

A continuación, el artículo 17 establece que para aquellos grupos que tienen más dificultades a la hora de acceder al mercado laboral, como ocurre con las personas con discapacidad, es posible adoptar medidas dirigidas a facilitar su acceso al empleo.

De manera que tanto el artículo 4.2 c) como el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores buscan la protección de los trabajadores, y por tanto también de los trabajadores que presentan alguna discapacidad, contra las discriminaciones en el ámbito laboral. Estos dos artículos se fundamentan en base al artículo 14 de la Constitución Española que recoge el principio de igualdad de trato y el de no discriminación²⁰.

La normativa estatal sobre discapacidad ha estado recogida hasta el año 2013 en tres Leyes (la LISMI, la LIONDAU y la LINSADIS)²¹, lo que generó un sistema normativo de gran complejidad. Por ello, fue necesario en ese año llevar a cabo la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGDPD). De esta manera, como indica la Exposición de Motivos del texto refundido, se armonizó y aclaró la normativa estatal española en un único texto legal con la finalidad de adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la ONU, y ratificada por España el 3 de diciembre de 2007.

²⁰ CARDONA RUBET, María Belén. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 333-334.

²¹ Hasta la refundición las tres Leyes vigentes en España sobre discapacidad fueron: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI); Ley 51/2003, de 3 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU); y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LINSADIS).

La LGDPD en su artículo 7 establece que las PCD tienen “los mismos derechos que los demás ciudadanos” y que para hacer efectivo este derecho a la igualdad, las administraciones públicas promoverán las medidas necesarias para protegerles debido a la exclusión que sufren, especialmente en el ámbito del empleo.

El Real Decreto Legislativo 1/2013 se refiere en su artículo 35 a las garantías del derecho al trabajo²², donde manifiesta que las personas discapacitadas tienen este derecho “en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación”. Añade en su apartado segundo que esa garantía y efectividad se deben reflejar también, y expresamente lo indica, en el despido. Continúa en su apartado quinto recogiendo que serán nulas “las decisiones unilaterales del empresario”, como es la extinción del contrato por despido, que den lugar a situaciones de discriminación.

En definitiva, lo que el Texto Refundido pretendía, dada la situación de exclusión que sufren las personas con discapacidad, es garantizar los derechos de los que se han visto privados, y de los que todavía hoy en día se ven privados, impidiendo su libertad y desarrollo personal por no tener en cuenta sus específicas necesidades. La garantía de la igualdad de oportunidades es responsabilidad de todos los ciudadanos, organizaciones, entidades, y especialmente, de los poderes públicos.

Como ya se ha indicado anteriormente, el objetivo básico de esta norma es la protección de los derechos de las personas con discapacidad pero de una forma concreta, adaptándose a lo que dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la ONU. Por ello, se ha dedicado un título específico a los derechos de las personas con discapacidad.

Por último, mencionar que el título III de la LGDPD recoge el régimen sancionador referido exclusivamente a infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Por tanto, hay que tener en cuenta que esta norma no presenta todo el régimen sancionador relacionado con las personas con discapacidad, y en concreto se observa en el ámbito laboral, ya que las infracciones y sanciones en el orden social siguen regulándose por la LISOS como establece la Disposición Adicional 7ª de la LGDPD.

²² LOUSADA AROCHENA, José Fernando (coordinador), CABEZA PEREIRO, Jaime y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar. *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 201-202.

2.2. Requisitos para ser considerado persona con discapacidad en España

El artículo 4.1 de la LGDPD define a las personas con discapacidad como “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

A continuación, en su apartado segundo establece que tienen tal condición las personas que cumplan una de las dos siguientes circunstancias: aquellos que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento; o aquellos que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez en grado igual o superior al 33 por ciento²³. En este último caso estamos ante un reconocimiento automático de la discapacidad cuando la persona se ha visto afectada por una incapacidad de esas características, reconocimiento que se establece sin necesidad de tener que recurrir al procedimiento que se va a describir en este apartado.

El reconocimiento del grado de discapacidad se hace conforme al desarrollo reglamentario recogido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad²⁴, que fue modificado por Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre.

La calificación y valoración de la discapacidad se establece en grados y, por ello, el Real Decreto 1971/1999 viene acompañado de dos anexos que recogen con gran detalle los baremos a considerar para la determinación del grado de discapacidad acorde a cada persona que se somete al procedimiento, los cuales distinguen por categorías de enfermedades. Estos baremos básicamente se centran en dos tipos de factores para el análisis de la situación de la persona de la forma más objetiva posible: por un lado, factores personales según las limitaciones para la realización de actividades, y por otro lado, factores

²³ Regulado en los artículos 193 a 200 de la LGSS.

²⁴ Hasta la aprobación del Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, su denominación era “Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía”. Esta modificación se debió a que la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia reconoce lo siguiente: *Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».*

sociales como son el entorno familiar, la situación laboral y profesional, los niveles educativos y culturales.

Examinando estos factores en la persona, el grado de discapacidad se establece con un porcentaje que se calcula sumando la valoración que a cada factor le otorguen los anexos, pero además hay que añadir si se dieran, otras situaciones específicas como son: la necesidad de que la persona con discapacidad requiera de la ayuda de otra persona para el desarrollo de los actos esenciales de la vida, y la existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos.

Tras analizar todos estos elementos, según la situación de la persona, ésta puede ser encuadrada en uno de los cinco grados recogidos en la siguiente tabla.

Grado 1: discapacidad nula	Las secuelas son mínimas y no justifican una disminución de la capacidad para el desarrollo de las actividades de la vida diaria.
Grado 2: discapacidad leve	Las secuelas justifican alguna dificultad para el desarrollo de las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas.
Grado 3: discapacidad moderada	Las secuelas implican una disminución importante de la capacidad de la persona para el desarrollo de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado.
Grado 4: discapacidad grave	Las secuelas causan una disminución importante de la capacidad de la persona en el desarrollo de la mayoría de las actividades de la vida diaria, pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado.
Grado 5: discapacidad muy grave	Las secuelas imposibilitan el desarrollo de las actividades de la vida diaria.

Fuente: elaboración propia

El procedimiento para la determinación de la discapacidad comienza con la solicitud del reconocimiento de discapacidad²⁵. Posteriormente, como indica el artículo 8 del Real

²⁵ TUSET DEL PINO, Pedro. “El procedimiento a seguir para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Comentario al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre”. *Revista de información Laboral Legislación*, núm. 2, 2001, pp. 7-11.

Decreto 1971/1999, es necesario la valoración de la persona por un órgano técnico que elabore un dictamen técnico-facultativo, este órgano estará formado, al menos, por: un médico, un psicólogo y un trabajador social.

Es importante tener en cuenta que una vez determinado el grado de discapacidad que regula el artículo 5 del Real Decreto en sus apartados uno y dos, explicado previamente, éste puede ser revisado por los profesionales cuando se prevea una mejoría o un agravamiento de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento como manifiesta el artículo 11 del Real Decreto 1971/1999.

La competencia corresponde a los órganos que tengan esta función en las Comunidades Autónomas como indica el apartado tercero del artículo 4 de la LGDPD y el artículo 7 del Real Decreto, por lo tanto, su declaración es una competencia comunitaria y no estatal. De manera que habrá que estar a la normativa de cada Comunidad Autónoma.

Como más adelante se verá, el reconocimiento de una discapacidad a una persona en un Estado miembro no significa que a efectos de la Directiva 2000/78 adquiera tal condición. Así lo ha manifestado el propio TJUE en varias de sus sentencias como en el asunto Ring, en el asunto Daouidi y en el asunto Ruiz Conejero. En todo caso, debe tenerse en cuenta que nos estamos refiriendo a los requisitos que deben darse en la PCD para que se le pueda reconocer como tal, ya que en el marco de la UE desde el punto de vista jurisprudencial lo que se valora es que se trate de una limitación duradera en el tiempo que impida desarrollar su actividad laboral en las mismas condiciones que el resto de trabajadores, con independencia de que en su Estado miembro tenga reconocida administrativamente una discapacidad o no.

Otra cosa distinta es el concepto de discapacidad que los tribunales nacionales deben adoptar ante la falta de una definición en la propia Directiva 2000/78. En nuestro caso concreto, conforme el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces y Tribunales españoles tienen que aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, por lo que deben dejar al margen otras definiciones que puedan manejar para que los Estados acojan de forma unitaria la definición que el TJUE ha adoptado, que es la establecida en la Convención de Naciones Unidas de 2006 desde que fue ratificada por la Unión Europea.

3. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTE EL DESPIDO

Seguidamente, se pretende explicar las formas que pueden ser utilizadas para proteger a las personas con discapacidad ante el despido. En concreto, la protección mediante el principio de no discriminación como única vía legislativa, y la adaptación de los puestos de trabajo como medida de acción positiva para garantizar el acceso de las PCD al ámbito laboral con la finalidad de evitar la extinción del contrato por despido.

3.1. El principio de no discriminación por razón de discapacidad

La regulación española no recoge garantías para evitar el despido de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo ordinario, a diferencia de lo que ocurre con el empleo desarrollado en centros especializados donde la extinción del contrato por causas objetivas requiere de la intervención de un equipo multiprofesional²⁶.

De manera que pese a la situación de desventaja en la que se encuentran las personas con discapacidad, la regulación aplicable en caso de despido es la propia de cualquier otro trabajador sin discapacidad que recoge el Estatuto de los Trabajadores. Esto provoca que la protección de las PCD ante el despido se desarrolle únicamente sobre la base del principio de no discriminación que está presente, como ya se ha visto en el anterior apartado del Trabajo, en la normativa internacional, comunitaria y nacional²⁷.

En el análisis del principio de no discriminación en el ámbito laboral es necesario partir del ya mencionado, y explicado, artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que recoge una aportación clarificadora sobre en qué casos una actuación del empresario puede entenderse como discriminatoria y en qué casos no. Concretamente el apartado 2º letra c) manifiesta que “tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”, por lo tanto, para que entre en juego la aplicación del principio de no discriminación en relación con PCD en el ámbito del empleo es necesario que el trabajador disponga de la

²⁶ Artículo 16 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

²⁷ RUIZ CASTILLO, María del Mar. *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010, pp. 115-146.

suficiente capacidad para llevar a cabo su puesto de trabajo, puesto que no se puede obligar a un empresario a contratar o mantener en su empresa a un trabajador que, con los correspondientes ajustes en el puesto de trabajo, no pueda desempeñarlo²⁸. De manera que sólo si el trabajador es capaz de trabajar con las exigencias mínimas que se requieren, es cuando ya una actuación del empresario que suponga un trato desfavorable al trabajador con discapacidad en relación con el resto de trabajadores puede entenderse como discriminatorio.

El problema que se presenta en el caso del despido de las personas con discapacidad (o enfermedad equiparable a la discapacidad) es si verdaderamente la decisión del empresario está justificada o no en las circunstancias que alega, porque de no ser así debe entrar en juego la aplicación del principio de no discriminación por razón de discapacidad. Es decir, en muchos casos se fundamenta el despido en una causa objetiva como es la ineptitud del trabajador recogida en el artículo 52 a) del ET, pero realmente lo que hay detrás es un despido basado en la discriminación por estar afectado por una discapacidad, bien porque cuando se contrató la persona no presentaba tal discapacidad surgiendo ésta de forma sobrevenida, o bien porque presentando la discapacidad en el momento de la contratación su situación empeora. Por ello, para RUIZ CASTILLO²⁹ como medida de control de actuaciones discriminatorias considera que “convendría que se tasara la prueba de la ineptitud de los trabajadores discapacitados mediante el contraste de la decisión empresarial con algún medio externo y objetivo de valoración como el informe de comités técnicos pertinentes”. En otras ocasiones ocurre lo mismo pero justificando el despido por la vía del artículo 52 d) del ET, es decir, alegando el absentismo del trabajador con discapacidad como plasma la sentencia del TJUE sobre el reciente Caso Ruiz Conejero.

Esta cuestión ya la manifestó el TS en su sentencia de 29 de enero de 2001 al indicar que “no puede obviarse la existencia de un problema en la realidad laboral y judicial: la existencia de despidos discriminatorios encubiertos bajo el manto de legalidad que ofrece el

²⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel. “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral. Estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”. *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018, p. 9.

²⁹ RUIZ CASTILLO, María del Mar. *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, cit., pp. 122.

art. 52 ET; la práctica de la prueba y su valoración razonada será, pues, fundamental para dictaminar cuándo se está ante un despido nulo y cuándo se está ante un despido procedente”.

En relación con el artículo 52 a) del ET, es decir, el despido objetivo por ineptitud sobrevinida, en el caso concreto en el que derive de una enfermedad, hay que tener en cuenta que la enfermedad no se puede considerar como una real y definitiva ineptitud como consecuencia de su carácter transitorio. Además, para estas situaciones en las que el trabajador se encuentra enfermo existe la incapacidad temporal que es otorgada por un profesional, y por tanto, cuando al trabajador se le reconoce este derecho es muy difícil justificar que el empresario pueda tomar la decisión de despedir al trabajador que se encuentra en situación de baja³⁰.

En este sentido nos encontramos con sentencias como la del TSJ de Canarias, de fecha 25 de enero de 2011, en la que se dicta que el despido de un trabajador mientras se encuentra en baja laboral debe ser calificado nulo en cuanto que la justificación de la empresa del despido objetivo no puede basarse en la “falta de rentabilidad” que le supone que el trabajador no pueda acudir a su puesto de trabajo; indicando el tribunal que esta justificación consideraba al trabajador como “una cosa, como si de una máquina se tratase, que hay que sustituir porque no funciona con la regularidad que debe observar”. Sin embargo, el TS desde el año 1991 ha considerado que realmente debe ser calificado como improcedente³¹.

En cuanto al artículo 52 d) del ET, es decir, el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes cuando son provocadas por la enfermedad que padece el trabajador, el problema se plantea si el trabajador supera los porcentajes que dicho artículo establece, justificando el empresario el despido en esas faltas de asistencia pese a que son consecuencia de la enfermedad. Es decir, se trata de los casos en los que la enfermedad genera en el trabajador la necesidad de tener que ausentarse de su puesto de trabajo para poderse recuperar. En este caso, como se verá en el análisis de la jurisprudencia, lo que se intenta es poder equiparar la enfermedad a la discapacidad conforme los criterios que el TJUE ha ido esclareciendo para, de esta manera, poder

³⁰ RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, Rosa. “La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, 2017, pp. 7-16.

³¹ VELASCO PORTERO, Teresa. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, cit., p. 147.

calificar el despido como discriminatorio por razón de discapacidad, puesto que si no se incurre en una discriminación el despido por enfermedad en este caso sería calificado de improcedencia.

Por tanto, la importancia de determinar la causa real del despido se encuentra en la consecuencia que conlleva para el trabajador la extinción del contrato de trabajo, ya que si efectivamente se vulnera el principio de no discriminación la consecuencia de la extinción del contrato de trabajo es la nulidad, produciéndose la readmisión inmediata del trabajador. Así lo establece el artículo 53.4 del ET: “cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio”. Sin embargo, cuando realmente lo que hay es un despido objetivo la consecuencia será la calificación del mismo como procedente o improcedente.

Hay que tener en cuenta que en caso de presunta discriminación se produce una inversión de la carga de la prueba como reconoce el considerando 31 de la Directiva 2000/78. Es decir, se da lugar a la llamada prueba indiciaria o prueba de presunciones donde la carga de la prueba recae sobre la parte demandada³².

En todo caso, como veremos más adelante, la jurisprudencia al respecto no es homogénea, sino que hay que adaptar la normativa a cada caso concreto. En este sentido se verá como, en relación con el despido por enfermedad, los Tribunales Superiores de Justicia tienden a declarar la nulidad del despido mientras que el TS suele adoptar la improcedencia. Al final, esto lo que acaba provocando es una desprotección del trabajador.

Precisamente, por la relevancia que tiene el principio de no discriminación en materia de despido cuando se habla de personas con discapacidad, el legislador optó por incorporar una novedad en la refundición que dio lugar a la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, añadir en el artículo 35 referido a las garantías del derecho al trabajo una mención expresa a la no discriminación de las personas con discapacidad por la extinción del contrato. De ahí que deba traerse a colación nuevamente este artículo.

³² MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel. “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral...”, cit., p.10.

Actualmente la cuestión se encuentra en ver cómo ha perfilado el TJUE este principio de no discriminación en relación al despido de las personas con discapacidad, en cuanto analizar qué es lo que se entiende como discapacidad y qué no³³, ya que inicialmente se ha entendido que la enfermedad no es una razón de discriminación por entender que ésta, sin ningún otro tipo de calificación, es una mera alteración de la salud y que es un colectivo variable en el tiempo que no necesita de medidas de integración puesto que no es un factor de segregación social, y por tanto, el despido no sería calificado como nulo. Se verá como esa interpretación del TJUE en la sentencia del Caso Chacón Navas ha ido adaptándose según avanza la jurisprudencia para delimitar en qué casos se está ante el concepto de enfermedad o ante el concepto de enfermedad asimilable a la discapacidad.

3.2. La adaptación de los puestos de trabajo

La adaptación de los puestos de trabajo es una de las medidas dirigidas a favorecer a las personas con discapacidad en base a evitar su discriminación. Existen otras formas de proteger a las personas con discapacidad en el ámbito laboral, pero el análisis se va a centrar en la adaptación de los puestos ya que, pese a que se considera una técnica para facilitar el sostenimiento de la persona con discapacidad en su puesto de trabajo, debido a los costes que presentan este tipo de medidas para los empresarios, hace que en muchas ocasiones la relación laboral acabe en despido, de ahí su referencia en este Trabajo.

Como se verá, la regulación sobre esta materia no es nada aclaratoria, pero se viene entendiendo que la adaptación a los puestos de trabajo puede llevarse a cabo a través de las siguientes modalidades³⁴: realización de ajustes técnicos, variaciones de horario y jornada, adaptaciones de tipo organizativo, cambio de funciones o reubicación.

La normativa internacional, comunitaria y nacional recoge la necesidad de llevar a cabo esta medida utilizando el término “ajustes razonables”.

³³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”. *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017, pp. 1 y 6.

³⁴ RODRÍGUEZ SAN DE GALDEANO, Beatriz. “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”. *Temas Laborales*, núm. 127, 2014, p. 108; GOÑI SEIN, José Luis y RODRÍGUEZ SAN DE GALDEANO, Beatriz. “La regulación convencional en materia de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de trabajadores con limitaciones psicofísicas”. *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015, p. 1.

La Convención de Naciones Unidas de 2006 lo plasma en el artículo 27.1 cuando se refiere al derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, en un entorno laboral que sea abierto, inclusivo y accesible a las personas con discapacidad. Posteriormente este artículo plasma una serie de medidas para conseguirlo, y en el apartado i) se indica como una de estas medidas: velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Además, se hace reconocer este derecho expresamente para las personas que adquieren una discapacidad durante el empleo, y no solo para los casos en que la persona contratada está afectada por una discapacidad.

También la Directiva 2000/78/CE en el considerando 20 establece que “es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad”, y expresa algunos ejemplos de lo que se considera como tal, como es la adaptación de las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre. A continuación, en el considerando 21 se hace referencia al mayor problema que tiene esta técnica, que es la carga que supone para el empresario la adaptación, por lo que en muchas ocasiones el empleador opta por el despido de la persona con discapacidad. Y, para valorarlo, manifiesta una serie de criterios que deben tenerse en cuenta como son los costes, el tamaño, los recursos financieros, el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de ayudas.

Hay que detenerse en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE que describe específicamente los ajustes razonables como garantía del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, cuyo objetivo es: el acceso al empleo, tomar parte en el mismo, alcanzar el progreso profesional o formarse.

Al respecto el artículo recoge matizaciones. En primer lugar, los ajustes tienen que realizarse “en función de las necesidades de cada situación concreta”, es decir, tienen que ser ajustes acomodados a las necesidades del trabajador con discapacidad de forma individualizada, no pudiendo tratarse de medidas genéricas dirigidas a las personas con discapacidad que lleguen a trabajar en la empresa³⁵. En segundo lugar, hay un límite claro para imponer esta medida puesto que el artículo dice “salvo que esas medidas supongan

³⁵ ALCÁZAR ORTIZ, Sara. “Discapacidad y empleo: el marco jurídico antidiscriminación en el ámbito de la Unión Europea”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*, cit., pp. 179-180.

una carga excesiva para el empresario”, por tanto, si el empresario para adaptar el puesto de trabajo a las necesidades de su trabajador con discapacidad le supone una carga desproporcionada, estaría justificada la extinción del contrato de la persona con discapacidad por no poder desarrollar de manera eficiente las funciones del puesto de trabajo ante la falta de ajustes, no pudiendo considerarse como un despido discriminatorio. En todo caso, hay que tener en cuenta que debe analizarse si la empresa recibe algún tipo de ayuda del Estado para realizar los ajustes, puesto que de ser suficiente esa ayuda, la carga ya no tendrá la consideración de excesiva.

De manera que se encuentran dificultades para interpretar el artículo 5, puesto que la Directiva utiliza unos conceptos indeterminados que hay que valorar caso por caso sin una descripción particular de las medidas que pueden llevarse a cabo. Esto tiene como consecuencia que en muchas ocasiones no se produzca la adaptación y se recurra al despido del trabajador con discapacidad ya que no hay criterios objetivos para su determinación.

En la normativa española, partiendo del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores no hay un precepto relativo a los ajustes razonables específicamente dirigido a las personas con discapacidad. Esto no quiere decir que no pueda ser extraído de otros como el artículo 4 y el artículo 17.1.

El primero de ellos recoge los derechos de los trabajadores, y en el apartado 2 c) manifiesta el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad, siempre que el trabajador se encuentre en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo, refiriéndose tanto al momento del acceso al puesto de trabajo por tener ya la condición de discapacitado como al momento en que estando ya contratado el trabajador incurre en algún tipo de discapacidad. Por lo tanto, como ya se ha indicado previamente, los ajustes del puesto de trabajo son una medida dirigida a garantizar la igualdad de las personas con discapacidad, y por ello, puede ser reconocido en este precepto tal derecho. El segundo regula directamente la no discriminación en las relaciones laborales, y por la misma razón, la no realización de las adaptaciones necesarias cuando no supongan una carga excesiva del empresario para que el trabajador con discapacidad pueda desempeñar su puesto de trabajo, implica la vulneración del principio de no discriminación.

A mayores en el Estatuto de los Trabajadores se encuentra el artículo 36.5 que se refiere a la adaptación del trabajo a la persona pero con carácter general³⁶, sin una referencia expresa a las personas con discapacidad, aunque lógicamente también es aplicable a ellas. Este precepto se introduce como forma de proteger a los trabajadores cuando la actividad que desempeñan implica una constante repetición, pudiendo poner en peligro su vida.

Sin embargo, el artículo 40 de la LGDPD sí se refiere expresamente a la adaptación del puesto de trabajo a las PCD como la adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo. Básicamente viene a reproducir el artículo 5 de la Directiva 2000/78 pero reconociendo el ajuste como una obligación de los empresarios³⁷, y al igual que este precepto reconoce los dos matices explicados: la individualización de la medida a cada trabajador según sus necesidades y el límite de este derecho en la carga excesiva para el empresario.

De manera que hay que tener en cuenta que para valorar la posible discriminación por razón de discapacidad en la adaptación de los puestos de trabajo no se puede considerar exclusivamente la posición de la persona con discapacidad como si esta medida fuese una obligación en todo caso del empresario para garantizar la igualdad de trato, sino que debe considerarse también la situación del empresario ya que no le puede suponer una carga desproporcionada. Por ello, a veces, del análisis del equilibrio de estas dos cuestiones se puede llegar a la conclusión de que el despido de una persona con discapacidad no es nulo cuando se fundamenta en una causa objetiva por ineptitud sobrevenida del trabajador, que pudiera ser solucionada con una adaptación del puesto de trabajo, si el empresario por la grave situación económica que atraviesa no puede realizar los ajustes necesarios para que el trabajador desempeñe adecuadamente la función laboral que le corresponde.

Pero como se ha expresado anteriormente, el problema está en identificar que se entiende por ajustes razonables y por carga desproporcionada ante la falta de detalle en la regulación,

³⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, Javier. “Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario.”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.195, 2017, pp. 14-21.

³⁷ ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo. “Integración laboral de las personas con discapacidad”, *Atención y protección jurídica de la discapacidad*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 254-258.

y por ello, algunos autores como Javier FERNÁNDEZ ORRICO³⁸ consideran que es necesaria para una mayor seguridad jurídica la creación de un reglamento que desarrolle con precisión la ley.

En todo caso, en relación con el despido³⁹, en el marco de la regulación española se encuentran como causas de extinción del contrato por despido objetivo las recogidas en el artículo 52 apartados a) y d) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que se refieren al despido por ineptitud del trabajador y por faltas de asistencia. En este sentido el problema que se encuentran las personas con discapacidad es que ante una discapacidad sobrevenida o ante la necesidad por razón de su condición de discapacitado de ausentarse de su puesto de trabajo con mayor o menor frecuencia, el legislador reconoce la posibilidad de recurrir al despido sin hacer mención a la posibilidad de evitarlo mediante la aplicación de ajustes en el puesto de trabajo.

Cierto es que en el caso de la ineptitud, por la vía jurisprudencial, se valora si es razonable un ajuste del puesto de trabajo, como por ejemplo, la reubicación del trabajador, de tal forma que si no es posible llevarlo a cabo, el despido se considera improcedente. Lo mismo ocurre con el supuesto del absentismo, donde el problema radica en la carga excesiva que supone para el empresario las ausencias intermitentes del trabajador con discapacidad, pero se considera que debe valorarse la posibilidad de ajustar el puesto de trabajo con medidas, como pueden ser los permisos especiales.

Al respecto, es de interés el reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia 194/2018, de 22 de febrero de 2018. En este caso la trabajadora, como consecuencia de un accidente laboral, estuvo en situación de incapacidad laboral durante un mes por estrés postraumático tras sufrir un atraco en el lugar de trabajo (sucursal bancaria). Cuando se reincorporó a su puesto la trabajadora seguía con tratamiento psiquiátrico, y el profesional médico elaboró un informe en el que manifestó que la paciente sufría una reactivación de la sintomatología relacionada con el síndrome de estrés postraumático, a raíz de una nueva exposición al elemento y/o situación condicionante. Debido a este informe la empresa llevó a cabo una adaptación del puesto de trabajo a su nueva situación personal que consistió en dejar la caja de seguridad de la sucursal bancaria donde sufrió el atraco para

³⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, Javier. “Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario.”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., p. 22.

³⁹ RODRÍGUEZ SAN DE GALDEANO, Beatriz. “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, cit., pp. 114-120.

realizar otras funciones administrativas-operativas fuera de la misma. Con posterioridad, se reconoció que la trabajadora debía trabajar en grandes espacios y con muchos compañeros, requisito que cumplía la oficina en la que trabajaba.

Ya se ha manifestado que no hay una regulación clara sobre cuáles son las modalidades de adaptación a los puestos de trabajo, sin embargo, en esta sentencia se puede identificar que dichos ajustes fueron de dos tipos: un cambio de funciones y un traslado de oficina.

Pero la importancia de este caso concreto es que se observa como la empresa, en el momento de la incorporación, realiza “distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la trabajadora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación”, sin que la trabajadora pueda desempeñar correctamente sus funciones pese a esos ajustes. Ante esta situación la empresa lleva a cabo el despido objetivo por ineptitud sobrevenida, por lo que la trabajadora demanda a la empresa por considerar que se trataba de un despido discriminatorio por razón de discapacidad por equiparación de su enfermedad a la discapacidad.

El asunto llega hasta el TS que indica que el despido no puede considerarse nulo puesto que realmente no hay discriminación, ya que la empresa realizó una serie de ajustes en el puesto de trabajo dirigidos a que la trabajadora pudiera continuar trabajando pese a la enfermedad que sufría. En este caso vemos como el TS aplica claramente el considerando 17 de la Directiva 2000/78 que establece que no obliga a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente una vez que se han llevado a cabo los ajustes razonables que, en principio, permitirían que la trabajadora continuase con su actividad laboral. Debiendo añadir que según el artículo 5 de la Directiva los ajustes deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para el empresario. Por todo ello, desestima el recurso de casación, ratificando el despido como improcedente en vez de nulo.

Por último, cabe mencionar la situación de los trabajadores con discapacidad que son despedidos de forma discriminatoria al incurrir en una causa de discapacidad sobrevenida (por ejemplo, por equiparación de una enfermedad a la discapacidad), y que como consecuencia de ello, tienen que ser admitidos de nuevo en su puesto de trabajo al declararse la nulidad del despido. Estos trabajadores se van a encontrar con el problema de que tras ser reincorporados requieren de un ajuste en su puesto de trabajo debido a que su

discapacidad sigue y tienen que continuar avanzando profesionalmente, siendo dicho ajuste una obligación que tienen los empresarios siempre que no les suponga una carga excesiva.

Según TORRONTEGUI AYO en muchos casos estos ajustes no se llevarán a cabo, lo que acabará dando lugar al despido por ineptitud sobrevenida, y por ello, entiende que la nulidad ante un caso de despido discriminatorio por equiparación de una enfermedad a la discapacidad no debe tener el efecto de la readmisión del trabajador, sino que realmente debería optarse por la solución que el artículo 286 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social recoge para los casos en los que la readmisión es imposible, es decir, el abono al trabajador de las indemnizaciones y de los salarios dejados de percibir⁴⁰.

En mi opinión, reconocer este efecto y no el recogido en el artículo 113 de dicha Ley implicaría un retroceso en cuanto a la protección de las personas con discapacidad en el marco del despido. Y es que con esta solución al final se conseguiría la expulsión del mercado laboral de las personas que de forma sobrevenida se ven afectadas por una discapacidad (o por una enfermedad equiparable a la discapacidad), lo que iría en contra del objetivo que actualmente la sociedad y los poderes públicos tienen presente: la inclusión de las personas con discapacidad debido a su vulnerabilidad.

4. LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL ENTRE INCAPACIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD

Para delimitar conceptualmente los términos de discapacidad e incapacidad laboral se comenzará por establecer la definición legal de persona con discapacidad, la cual es aportada por el artículo 4.1 del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, que nos indica que son aquellas personas “que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Continúa el artículo en su apartado segundo estableciendo que tienen tal condición quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

⁴⁰ TORRONTEGUI AYO, Nerea. “La incidencia de la doctrina comunitaria en la calificación del despido de trabajadores enfermos.”. *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2018, pp. 15-18.

Una primera conclusión a la que se llega es que, en principio, para que una persona se le reconozca una discapacidad tiene que someterse a un procedimiento de reconocimiento de discapacidad en el que un órgano técnico dictamine que esa persona presenta un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

Pero no solamente una persona es considerada con discapacidad por esta vía, sino que otra cosa distinta es lo que este mismo artículo establece a continuación: “Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. En este caso automáticamente se reconoce la discapacidad cuando la persona se ha visto afectada por alguna de estas incapacidades⁴¹, reconociéndose sin necesidad de tener que recurrir a un procedimiento específico que lo valore, porque como ya se ha dicho, con el mero hecho de tener reconocida una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez es suficiente para su equiparación⁴².

En este momento se debe introducir el concepto de incapacidad laboral, el cual está recogido en el ámbito de protección de la Seguridad Social, y por tanto, se encuentra regulada en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

La incapacidad laboral al ser una materia propia de la Seguridad Social no se evalúa considerando las limitaciones que las lesiones o secuelas que presenta la persona puedan suponer en su vida personal o familiar, sino que se valora según el impedimento que

⁴¹ ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo. “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”. *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2017, pp. 5-14.

⁴² Existen dos modalidades de pensiones de incapacidad permanente: contributiva y no contributiva; ésta última se produce en el caso de que la persona afectada no haya desarrollado una actividad laboral previamente o habiendo trabajado no han cotizado lo suficiente, requiriendo para cobrar una prestación tener reconocido un grado de invalidez del 65%. En la modalidad no contributiva se reconoce una prestación por la imposibilidad de desempeñar un trabajo, tiene una finalidad meramente asistencial.

muestra un trabajador para continuar desarrollando su profesión debido a una enfermedad⁴³.

Por tanto, se observa entre la discapacidad y la incapacidad laboral la siguiente diferencia, la discapacidad se reconoce atendiendo a los límites que su situación personal implica para el desarrollo de su vida personal, familiar o social, mientras que la incapacidad valora esos límites pero en el marco del ámbito laboral. Es decir, la discapacidad abarca un espacio más amplio que la incapacidad.

De manera que estamos ante dos conceptos distintos, donde caben situaciones en las que una persona puede tener reconocida una discapacidad pero no una incapacidad laboral (por ejemplo, una persona que tiene una limitación física pero que perfectamente puede trabajar en una oficina), situaciones en las que una persona puede no tener reconocida una discapacidad pero sí una incapacidad laboral (por ejemplo, una persona presenta una enfermedad temporal que da lugar a una baja laboral por imposibilidad para desempeñar su puesto de trabajo durante un periodo de tiempo), y situaciones en las que una persona puede tener reconocidas ambas (por ejemplo, una persona presenta una limitación física que además le impide ejercer su profesión).

Existen dos tipos de incapacidades laborales⁴⁴: la incapacidad temporal y la incapacidad permanente⁴⁵, las cuales dan lugar a situaciones diferentes en relación al contrato de

⁴³ GALA DURÁN, Carolina. “La pensión de incapacidad permanente en el ámbito local”, *La Administración Práctica*, num.6, 2017, pp. 1-3.

⁴⁴ BENAVIDES VICO, Antonio. *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de la Seguridad Social*. Navarra: Aranzadi, 2015, pp. 452-456.

⁴⁵ El artículo 193.1 de la LGSS define la incapacidad permanente contributiva como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Según establece este artículo, es necesario para obtener esta incapacidad haber pasado previamente por la fase de incapacidad temporal (salvo que se pueda reconocer directamente la incapacidad permanente), y además, el trabajador se tiene que haber visto afectado por reducciones anatómicas o funcionales graves que sean objetivas y previsiblemente definitivas.

Tiene que disminuir o anular la capacidad laboral del trabajador (éste es precisamente el elemento característico de la incapacidad permanente contributiva, ya que el reconocimiento depende de que la dolencia le impida ejercer su profesión), y en función del porcentaje de reducción de la capacidad en la “profesión habitual” del trabajador, se diferencian diversos grados de incapacidad permanente

trabajo⁴⁶. Pero nos centraremos solamente en la incapacidad temporal por el interés que tiene para este Trabajo.

La incapacidad temporal se define en el artículo 169 de la LGSS, y de él se extrae la idea de que la situación de incapacidad temporal⁴⁷ es la provocada: por una enfermedad, por un accidente o por necesitar observación para enfermedades profesionales, que en principio, permitirá la reincorporación del empleado a su puesto de trabajo tras recuperarse en el periodo de baja⁴⁸.

Definidas la incapacidad temporal y la discapacidad, lo relevante es delimitar ambos términos que la Ley no equipara automáticamente, a diferencia de lo que ocurre con el

que se regulan en el artículo 194 de la LGSS (no está en vigor este artículo hasta que sea desarrollado reglamentariamente, siendo de aplicación mientras tanto la Disposición Transitoria 26). Los grados de incapacidad permanente son cuatro: a) la incapacidad permanente parcial es aquella en la que “sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior el 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”; b) la incapacidad permanente total es la que “inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”; c) la incapacidad permanente absoluta es aquella que “inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”; y d) la gran invalidez es “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

⁴⁶ La incapacidad temporal da lugar una suspensión de la relación laboral como manifiesta el artículo 45.1 apartado c) del ET, mientras que la incapacidad permanente produce una extinción independiente de la voluntad de las partes según indica el artículo 49.1 apartado e) del ET, mientras que el despido que es una extinción pero provocada por una decisión unilateral del empresario.

⁴⁷ “Duración, pérdida, suspensión y extinción del subsidio de Incapacidad Temporal”, *Comentarios a Leyes. Incapacidades Laborales*. LEX NOVA, 2015, pp. 1-4.

⁴⁸ El artículo 169 de la LGSS indica que son las situaciones “debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación” y “los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad”.

resto de grados de incapacidad. Precisamente por esa falta de delimitación legal de los dos conceptos, esta cuestión es importante por ser de gran actualidad y complejidad, y por ello, se puede observar como en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea realizado en este Trabajo, el intento de demarcar el concepto de discapacidad ha generado el mayor porcentaje de litigiosidad planteada en los tribunales en relación al conjunto de casos presentados por despido discriminatorio de personas con discapacidad.

Así, pese a que en el año 2006 el TJUE dictase la sentencia del Caso Chacón Navas en la que manifestó que la enfermedad es un concepto distinto al de discapacidad y que no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, en un corto periodo de tiempo el TJUE ha venido reconociendo en determinados casos que la enfermedad que da lugar a una incapacidad temporal puede llegar a equipararse con la discapacidad si se dan ciertas circunstancias como su prolongación en el tiempo. Por lo tanto, se puede ver la relevancia que tiene conocer ambos términos que desde el punto de vista del despido discriminatorio han tenido que ser concretados jurisprudencialmente.

En todo caso, debe tenerse en cuenta una cuestión importante, y es que en el ámbito laboral el concepto de discapacidad adoptado en el marco de la Unión Europea no es coincidente con el concepto de discapacidad que los Estados miembros adoptan en sus legislaciones nacionales. Esto provoca una gran confusión a nivel conceptual puesto que las posibles interpretaciones sobre qué se entiende como discapacidad son múltiples, de ahí que algunos autores entendieran que fuese necesario acoger un concepto de carácter universal⁴⁹.

En el marco de la Unión Europea el concepto de discapacidad se adopta de la Convención de Naciones Unidas de 2006 que en el artículo 1 define a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”; es decir, en el ámbito laboral se entiende que debe conseguirse una participación plena y efectiva en la vida

⁴⁹ LÓPEZ-VERAZA PÉREZ, Carlos. “La discapacidad en la Unión Europea. Concepto, regulación y estrategia. Especial referencia a la convención de naciones unidas sobre derechos de personas con discapacidad así como a la situación de ciudadanos de terceros países”. *Diario La Ley*, núm. 9122, 2018, pp. 2-6.

profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores como ha establecido el TJUE en sentencias como la del Caso Ring. Con lo cual, para saber si una determinada dolencia de un trabajador entra dentro del concepto de discapacidad que asume la UE, hay que analizar si en ese caso concreto esa deficiencia que presenta la persona puede entenderse que implique una limitación duradera que le impida el ejercicio de su actividad profesional.

Con ello se llega a la conclusión de que, por el hecho de que una persona en su Estado tenga reconocida mediante un determinado procedimiento administrativo o por una norma la condición de discapacitado, no quiere decir que según la normativa europea pueda considerarse que también lo sea, puesto que para ello debe cumplirse que efectivamente esa dolencia que en su Estado le reconoció como discapacitado le suponga una limitación duradera en el desarrollo de sus funciones laborales. Esta idea la manifiesta el TJUE en su sentencia sobre el Caso Doudi en el apartado 65 al determinar qué se entiende por limitación duradera⁵⁰, igualmente se hace referencia en los apartados 41 y 42 de la sentencia sobre el Caso Ring⁵¹, aunque donde realmente se recoge más claramente es en el apartado 32 y 33 de la reciente sentencia sobre el Caso Ruiz Conejero⁵².

⁵⁰ “En efecto, por lo que respecta, en particular, a la Directiva 2000/78, como se ha expuesto en la respuesta dada a la quinta cuestión prejudicial, el hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación que sufre esa persona pueda ser calificada de «duradera», con arreglo al concepto de «discapacidad» mencionado por la Directiva 2000/78”.

⁵¹ (41) “Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”. (42) “En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”.

⁵² (32) “No obstante, ha de precisarse que el hecho de que se haya reconocido al Sr. Ruiz Conejero la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78”. (33) “En este sentido, para determinar si, en el litigio principal,

5. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En la protección de las personas con discapacidad ante el despido no solo juega un papel importante la regulación, sino que también es muy relevante la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵³, que es precisamente lo que se pretende estudiar en el presente apartado. En el análisis de esta jurisprudencia, sobre la discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito del despido, es inevitable distinguir un punto de inflexión producido con la ratificación por la Unión Europea, el 26 de noviembre de 2009, de la Convención de Naciones Unidas de Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁴.

La incorporación en la normativa europea de dicha Convención provocó un cambio en la definición que manejaba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la discapacidad. Hasta la ratificación, como consecuencia de que la Directiva 2000/78 no recoge una definición legal de la discapacidad, el TJUE se basaba en la definición que el mismo elaboró para una de sus sentencias (Caso Chacón Navas). Sin embargo, con la ratificación se produce un cambio en la jurisprudencia porque desde ese momento se observa que el TJUE adopta la definición de discapacidad establecida por la Convención de la ONU.

La discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral, cuando hay por medio un despido, puede presentarse en muchas situaciones diferentes, pero en el análisis de la jurisprudencia del TJUE se aprecia como la mayoría de los casos en los que se ha pronunciado este Tribunal entran a delimitar el concepto de enfermedad con el de discapacidad, puesto que son los supuestos que más litigiosidad presentan por la dificultad

la situación en que se encuentra el Sr. Ruiz Conejero está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la limitación de la capacidad de éste ha de calificarse de discapacidad a efectos de dicha Directiva, tal y como se ha definido en el apartado 28 de la presente sentencia”.

⁵³ LOUSADA AROCHENA, José Fernando (coordinador), CABEZA PEREIRO, Jaime y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar. *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, cit., pp. 195-196.

⁵⁴ ALCÁZAR ORTIZ, Sara. “Discapacidad y empleo: el marco jurídico antidiscriminación en el ámbito de la Unión Europea”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*, cit., pp. 181-182.

que tienen los tribunales nacionales para determinar cuándo un acto es discriminatorio en el empleo por ser contrario a la Directiva 2000/78.

Teniendo clara esta idea, hay que tener presente otras sentencias relevantes en las que el TJUE ha tratado el tema de la discriminación por discapacidad en caso de despido, aunque son las mínimas. Así, es importante destacar la sentencia sobre el Caso Coleman que vino a reconocer una gran novedad hasta el momento: una persona no discapacitada puede sufrir una discriminación por discapacidad, es decir, por primera vez se pronunció el TJUE afirmando la llamada discriminación por asociación, en la que se reconoce que no solamente la persona con discapacidad puede sufrir una situación de acoso sino que también las personas de su entorno, como en este caso era su madre encargada del cuidado del menor, que se vio afectada desde que nació su hijo por presentar éste una discapacidad.

También se ha destacado la sentencia del Caso Odar donde se puede observar como a veces determinadas medidas de protección a las personas con discapacidad acaban generando discriminaciones indirectas. En este asunto se pone de manifiesto la discriminación que sufre un trabajador tanto por razón de edad como por razón de discapacidad, pero atendiendo a ésta última, el TJUE entiende que reconocer una edad de jubilación más temprana para las personas con discapacidad grave les perjudica a la hora de establecer la cuantía de la indemnización por despido debido al método utilizado para la determinación de la misma.

La estructura a seguir para el análisis de la jurisprudencia del TJUE se divide en tres partes. Una primera dedicada a cómo el TJUE ha ido delimitando en sus sentencias cuándo una enfermedad puede incorporarse dentro del concepto de discapacidad, es decir, cuando estamos ante las llamadas “enfermedades equiparables”; se observará que características han de cumplir esas enfermedades según el TJUE para que puedan considerarse discapacidad, y por lo tanto, reconocerse la discriminación en el despido en base a la Directiva 2000/78. Para ver la evolución el análisis se realizará cronológicamente, empezando por la primera sentencia relevante en esta materia que fue el Caso Chacón Navas en el año 2006 hasta llegar al año 2018 donde, en un caso relativo a la obesidad, todavía el TJUE se ha pronunciado sobre esta cuestión; se podrá observar que en un periodo de tiempo relativamente pequeño el avance ha sido importante en busca de una delimitación más exacta entre los conceptos de discapacidad y de enfermedad. Las otras dos partes están formadas por los comentarios a las sentencias ya anunciadas sobre la discriminación por asociación, Caso Coleman, y la discriminación en el Caso Odar.

5.1. La delimitación de la enfermedad y la discapacidad por el TJUE

5.1.1. *Caso Chacón Navas*

Especial relevancia presenta el Caso Chacón Navas en materia de discapacidad debido a que se trata del primer pronunciamiento que lleva a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la discriminación por discapacidad, a lo que hay que añadir, además, que fue planteada por un tribunal español. Esta sentencia es, desde entonces, el punto de partida de muchos autores para el análisis de la jurisprudencia del TJUE y de los tribunales españoles sobre la protección ante el despido discriminatorio por razón de discapacidad cuando el trabajador despedido se encuentra en una situación de baja laboral por enfermedad⁵⁵.

El asunto C-13/05, de 11 de julio de 2006, resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, de fecha 7 de enero de 2005. Se trata de un caso en el que la demandante, Sonia Chacón Navas, demanda a la empresa de restauración Eurest Colectividades, S.A. para la que trabaja, por considerar que ha sido despedida discriminatoriamente por incurrir en baja laboral por enfermedad.

Los hechos acontecen de la siguiente manera: la trabajadora el 14 de octubre de 2003 coge la baja laboral por enfermedad, y siete meses después es despedida por la empresa sin alegar ninguna causa, calificando el despido de improcedente y reconociéndole la correspondiente indemnización. Sin embargo, Sonia Chacón Navas entiende que ha sido despedida por estar de baja por enfermedad, y por ello, alega que su despido es nulo por la desigualdad de trato y la discriminación que había sufrido, solicitando la readmisión en su puesto de trabajo.

El tribunal español reconoce que el único motivo del despido es efectivamente la enfermedad que la hace estar de baja laboral, pero el problema que se presenta en este caso es que tanto en el Derecho español como en la Directiva 2000/78 no figura la enfermedad expresamente entre los motivos de discriminación prohibidos; sin embargo, el propio tribunal indica que en realidad entre enfermedad y discapacidad existe una relación de

⁵⁵ MIRANDA BOTO, José María. “El Tribunal de Justicia deja a los jueces nacionales la tarea de determinar si un despido durante una incapacidad temporal puede ser nulo en tanto que discriminatorio por razón de discapacidad”. *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2017, pp. 20 y 24.

causalidad, ya que “la enfermedad puede producir deficiencias que discapaciten al individuo”. Por ello, presenta ante el TJUE dos cuestiones prejudiciales⁵⁶:

- 1) Si se puede considerar la enfermedad dentro del concepto de discapacidad.
- 2) Siendo la respuesta a la anterior cuestión negativa, si la enfermedad se puede identificar como una de las razones que la Directiva 2000/78 prohíbe por ser discriminatorias pese a que no aparece específicamente citada.

Admitidas las cuestiones prejudiciales por el TJUE, en relación a la primera de ellas establece que según el artículo 3.1 c) de la Directiva 2000/78⁵⁷ ésta se aplica en la lucha contra la discriminación en el empleo en el ámbito del despido, pero hay que valorar si es o no aplicable cuando la causa sea por enfermedad. Precisamente el despido es el ámbito de

⁵⁶Apartado 25 del asunto C-13/05 STJUE 11/07/2006:

“1) ¿La Directiva 2000/78, en tanto que en su artículo 1 establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluye dentro de su ámbito protector a una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enferma?

2) Subsidiariamente y para el supuesto de que se considerara que las situaciones de enfermedad no encajan dentro del marco protector que la Directiva 2000/78 dispensa contra la discriminación por motivos de discapacidad y la primera pregunta mera respondida negativamente: ¿se puede considerar a la enfermedad como una señal identitaria adicional frente a las que proscriben la discriminación la Directiva 2000/78?”.

⁵⁷ El artículo 3.1 de la Directiva 2000/78 establece su ámbito de aplicación en: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

aplicación de la Directiva donde se requiere una mayor intervención del TJUE por actos discriminatorios por razón de discapacidad⁵⁸.

Para determinar si es posible aplicar la Directiva cuando se trata de una enfermedad, el TJUE procede a interpretar el concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 la cual presenta el inconveniente de no definir dicho término ni de remitirse al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición. Ante la falta de definición, el TJUE busca una interpretación autónoma y uniforme del concepto, entendiendo que la discapacidad “se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”.

El TJUE manifiesta que el artículo 1 de la Directiva se refiere como causa discriminatoria a la discapacidad y no a la enfermedad, por lo que realmente el legislador excluyó este último término de manera intencionada, y por ello, “es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos”. De manera que el Tribunal deja claro que no se pueden utilizar la discapacidad y la enfermedad como sinónimos: “la Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”.

Es cierto que deja una puerta abierta porque sí que establece que “para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”. Por lo tanto, se extrae la conclusión de que en aquellos casos en los que la enfermedad se prolongue en el tiempo pudiera dar lugar a su introducción en el concepto de discapacidad sin requerir una declaración administrativa al respecto, es decir, el concepto de discapacidad en el ámbito comunitario “no es un concepto formal”⁵⁹. Pero en este asunto no se trata de una enfermedad de tales características.

Puesto que la primera respuesta resultó negativa, el TJUE entra a valorar si es posible identificar a la enfermedad como una de las razones que la Directiva 2000/78 pese a que

⁵⁸ PÉREZ ANAYA, Rosa María. “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2015, pp. 1-19.

⁵⁹ RUIZ CASTILLO, María del Mar. *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010, p. 100.

no aparece específicamente citada. En primer lugar se indica que no existe en el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ninguna mención a la discriminación por enfermedad mientras que sí se recoge por motivo de discapacidad⁶⁰, por lo que no puede constituirse como fundamento jurídico de medidas para combatir ese tipo de discriminación. Pero además, pese a que el principio de no discriminación se reconoce como principio general del Derecho comunitario, esto no quiere decir que “el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basados en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva”.

Por lo tanto, concluye el TJUE ante esta segunda cuestión prejudicial que “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”.

De todo ello se deduce que, por el mero hecho de que una persona sea despedida por razón de una enfermedad sin calificaciones adicionales, no puede considerarse el despido discriminatorio, y por tanto, no puede ser declarado nulo con la correspondiente readmisión inmediata del trabajador en el puesto de trabajo⁶¹.

En esta sentencia el TJUE deja claro la diferencia entre ambos términos, no prohibiendo la discriminación por enfermedad, pero en las sentencias que a continuación se analizan el TJUE va introduciendo ciertas condiciones que hacen que esa línea, que inicialmente marcó en la discriminación entre la enfermedad y la discapacidad, empiece a ser más flexible. Pero en todo caso este cambio en su jurisprudencia no debe confundirse con una equiparación total, sino que sólo en determinados supuestos dada la conexión de algunas enfermedades con la discapacidad, pueden llegar a ser equiparadas⁶².

De manera que tres son las aportaciones del TJUE en el Caso Chacón Navas. En primer lugar, elaboró una definición sobre discapacidad ante la ausencia de la misma en la

⁶⁰ Actual artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁶¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”. *Revista de información Laboral*, cit, pp. 1-3.

⁶² SERRANO ARGÜELLO, Noemí. “La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria”, *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Navarra: Aranzadi, 2016, pp. 309-367.

regulación comunitaria. En segundo lugar, manifestó que la enfermedad no podía identificarse como discapacidad a efectos de ser considerada como un motivo de discriminación prohibido por la Directiva 2000/78, y además, tampoco podía entenderse dentro del marco de protección de la Directiva en cuanto que los motivos de discriminación no podían ampliarse por analogía. En tercer lugar, mencionó la posibilidad de que la equiparación entre enfermedad y discapacidad se produjese en aquellos casos en los que la enfermedad suponga una limitación de larga duración en el desarrollo del puesto de trabajo.

5.1.2. *Caso Ring*

Esta sentencia de 11 de abril de 2013 responde a dos asuntos que el TJUE ha decidido acumular por las cuestiones prejudiciales que plantea el tribunal danés, por lo tanto, hay que analizar los hechos de cada caso.

El primer asunto es el C-335/11 donde la demandante, HK Danmark en representación de Jette Ring, demanda a la empresa de viviendas sociales DAB para la que trabaja desde 1996 por considerar que ha sido despedida discriminatoriamente por incurrir en baja laboral por enfermedad.

La Sra. Ring estuvo de baja en varias ocasiones en un periodo de cinco meses por dolores permanentes en la región lumbar para los que no había tratamiento, por lo que la demandante no podía trabajar a jornada completa y la empresa no llevó a cabo ningún ajuste en su puesto de trabajo que le permitiera trabajar a jornada parcial, así que la empresa procedió a su despido el 24 de noviembre de 2005 conforme al artículo 5.2 de la FL⁶³. De este caso destaca el TJUE dos cuestiones: que la empresa DAB procedió, posteriormente al despido, a modificar el puesto de trabajo a través de la instalación de “planos de trabajo de altura ajustable”, y que la trabajadora el 1 de febrero de 2006 se incorporó a un nuevo puesto de trabajo como recepcionista en otra sociedad a jornada parcial con una mesa de trabajo de altura ajustable, es decir, que la trabajadora pese a tener esta enfermedad si el puesto de trabajo se ajustaba a sus necesidades podía desempeñar las funciones laborales.

⁶³ Se trata de una Ley danesa relativa a las relaciones jurídicas entre empleadores y empleados que en el artículo 5.2 regula la posibilidad de “estipularse por escrito en el contrato de trabajo que el trabajador podrá ser despedido con un mes de preaviso, con efectos al término del mes siguiente al de la fecha de preaviso, si el trabajador hubiera percibido su salario durante períodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de cualquier período de doce meses consecutivos”.

El segundo asunto es el C-337/11 donde la demandante, HK Danmark en representación de la Sra. Skouboe Werge, demanda a la empresa Pro Display para la que trabajaba como secretaria asistente de dirección desde 1998 por considerar que ha sido despedida discriminatoriamente por incurrir en baja laboral por enfermedad.

La demandante tuvo el 19 de diciembre de 2003 un accidente de circulación en el que sufrió un latigazo cervical que la obligó a estar de baja médica durante unas tres semanas. Posteriormente, el 4 de noviembre de 2004, llegó a un acuerdo con la empresa en el que iba a estar de baja por enfermedad a tiempo parcial durante cuatro semanas, pero el lunes 10 de enero de 2005 pasó a una situación de baja total por enfermedad, en la que el médico comunicó que no era posible saber la duración de la incapacidad laboral. El 21 de abril de 2005, se comunicó a la Sra. Skouboe Werge su despido con efectos a 31 de mayo de 2005. Un tiempo después se le reconoció un grado de incapacidad del 65%.

El sindicato de trabajadores, HK, que representa a las demandantes indica que las dos trabajadoras tenían una discapacidad y que sus empleadores tenían que haberles planteado una reducción del tiempo de trabajo, como consecuencia de la obligación de realizar ajustes que recoge el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Además mantiene que el artículo 5.2 de la FL no puede aplicarse en el caso de estas dos trabajadoras, ya que sus bajas por enfermedad eran consecuencia de sus discapacidades.

Las empresas alegaron que la enfermedad que padecen las trabajadoras no puede ser incluida en el concepto de discapacidad recogido en la Directiva 2000/78, y entienden que la reducción de tiempo de trabajo no es una de las medidas que se comprendan en el artículo 5 de dicha Directiva. Además, manifestaron que la aplicación del artículo 5.2 de la FL no discrimina cuando se lleva a cabo en el caso de bajas por enfermedad a causa de una discapacidad.

Ante este planteamiento el tribunal danés decide presentar una serie de cuestiones prejudiciales que el TJUE resuelve pero aclarando previamente una cuestión, y es que cuando se produce este caso la Unión Europea ya había ratificado la Convención de Naciones Unidas de Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo que implica que sus disposiciones forman parte del Ordenamiento Jurídico de la Unión, y por tanto, “la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención”, así lo indican los apartados 31 y 32 de la sentencia. De manera que se empieza a observar a partir de esta sentencia como el Tribunal modifica su

jurisprudencia consecuencia de la adopción de un nuevo concepto de discapacidad, el concepto aportado por la Convención de la ONU.

Un concepto de discapacidad que presenta un carácter más complejo e interactivo al tener presente el contexto social en el que se desenvuelve la persona, no teniendo en cuenta solamente las dolencias psíquicas o físicas del individuo; de ahí su referencia a las “barreras” con las que se puede encontrar una persona con discapacidad que le impiden la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Precisamente la Convención de Naciones Unidas de Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad hace referencia en el apartado e) de su Preámbulo a que “la discapacidad es un concepto que evoluciona”, y por tanto, obliga a que los tribunales tengan que hacer una nueva interpretación de la discriminación por razón de la discapacidad. Esta cuestión precisamente es promovida por esta sentencia del TJUE sobre el caso Ring al permitir una mayor conexión entre la enfermedad y la discapacidad⁶⁴.

La primera de las preguntas a la que da respuesta es si el concepto de discapacidad recogido en la Directiva 2000/78 incluye la situación en la que “el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada”, tanto en el caso en que sea ocasionada por una enfermedad curable como si es producida por una enfermedad incurable. El TJUE, teniendo en cuenta la postura que mantuvo en el asunto Chacón Navas donde indicó que la enfermedad y la discapacidad no se podían entender como la misma situación, pero considerando que el concepto de discapacidad es un concepto que evoluciona y que según la Convención de la ONU la discapacidad se caracteriza por presentar deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales “a largo plazo”, afirma que una enfermedad, sea tanto curable como incurable, cuando acarrea una limitación de larga duración, se puede introducir dentro del concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78.

Respondiendo a la cuestión de si se puede incorporar en el concepto de discapacidad la situación de estas trabajadoras, caracterizada por poder trabajar pero no a tiempo completo, el TJUE responde que el hecho de que una persona esté afectada por una

⁶⁴ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”. *Revista Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 137-138.

discapacidad “no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional”, ya que la naturaleza de las medidas que se requieren para que el trabajador con discapacidad se incorpore en el mundo laboral “son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad”.

Por tanto, el TJUE sigue manteniendo la idea de la sentencia del caso Chacón Navas en la que, en principio, una enfermedad sin más adjetivos no puede utilizarse como sinónimo de discapacidad. Lo que hace el TJUE en este asunto es perfilar más los casos que pueden introducirse dentro del marco de la discapacidad en caso de despido, evoluciona la jurisprudencia del TJUE aclarando que se requiere que tenga una duración prolongada en el tiempo, que suponga una limitación para el desarrollo de la actividad laboral y que la enfermedad puede ser tanto curable como incurable, puesto que en esta situación el trabajador se encuentra en un estado más vulnerable⁶⁵.

La nueva interpretación del concepto de discapacidad por parte del TJUE en esta sentencia, como indica PÉREZ ANAYA⁶⁶, permitirá “que algunas enfermedades se encuentren protegidas por la Directiva 2000/78, y que en posteriores pronunciamientos tanto del TJUE como de tribunales nacionales de los países miembros se le conceda la posibilidad de incluir en el concepto de discapacidad, enfermedades sobre las que anteriormente ni se planteaba tal posibilidad, algunas de las cuales pueden ser fácilmente incluíbles tales como dolencias dorso-lumbares, diabetes, asma, etc”.

Para CUBA VILA⁶⁷ la equiparación de la enfermedad a la discapacidad es consecuencia de que cuando una enfermedad implica una limitación en la vida profesional de una persona, la enfermedad participa de la naturaleza de la discapacidad, y por tanto, se “configura a efectos prácticos como subsumible en el concepto de discapacidad; y, por ello, amparable en los mecanismos de protección que se confieren a efectos de la discriminación”. De ahí la

⁶⁵ MORENO GENÉ, Josep. “El difícil recurso a la enfermedad asimilada a discapacidad como límite del despido por absentismo del trabajador (STS de 21 de septiembre de 2017, rec. 782/2016”. *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017, pp. 163-186.

⁶⁶ PÉREZ ANAYA, Rosa María. “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, cit, p. 13.

⁶⁷ CUBA VILA, Belén. “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad. Medidas de ajuste razonable.”. *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2014, p. 7.

dificultad de identificar en cada caso si la enfermedad presenta esa naturaleza propia de la discapacidad, lo que provoca que en esta materia se produzca un incremento de la litigiosidad.

En cuanto al estudio que se quiere realizar en este Trabajo con el análisis de la jurisprudencia, el resto de cuestiones prejudiciales no responden en concreto a la amplitud del concepto de discapacidad, pero merece la pena hacer un pequeño comentario por la relación que tiene con la protección de las personas con discapacidad a fin de evitar el despido.

Ante la cuestión de si el artículo 5 de la Directiva 2000/78 recoge como medida de ajuste la reducción del tiempo de trabajo, el TJUE responde que lo que se requieren son medidas adecuadas individualizadas a cada trabajador con discapacidad, y ya que el considerando número 20 no incorpora una enumeración exhaustiva de las medidas aplicables, y la Convención de la ONU describe de forma muy amplia los ajustes razonables, concluye que no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5. Aclara el Tribunal que una cuestión distinta es si supone para el empresario una carga excesiva, lo que provocaría un límite a cualquier ajuste que necesitase el trabajador, debiendo valorar el juez nacional dicha circunstancia.

El Tribunal danés también preguntó si el artículo 5.2 de la LF (mencionado anteriormente) es contrario a la Directiva 2000/78 cuando el trabajador discapacitado ha estado de baja por enfermedad porque el empleador no incorporó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables. Este artículo de la Ley danesa permite que un empresario pueda despedir a un trabajador con un preaviso abreviado cuando incurre en baja laboral durante 120 días en los últimos doce meses, y el TJUE responde que si la baja es provocada por la falta de ajustes razonables, el artículo efectivamente es contrario a la Directiva 2000/78.

En relación al mismo artículo el tribunal danés pregunta al TJUE si se puede considerar contrario a la Directiva 2000/78 cuando el trabajador con discapacidad ha estado de baja consecuencia de su discapacidad (es un supuesto distinto al anterior, ya que en este caso la baja no es provocada por la falta de ajustes por parte del empresario sino por la discapacidad que afecta al trabajador), y éste expresa que no implica una discriminación directa porque el artículo es aplicable tanto a los trabajadores con discapacidad como a los trabajadores sin discapacidad que incurre en baja laboral, pero reconoce que sí se aprecia

una discriminación indirecta ya que “un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de que se le aplique el plazo de preaviso abreviado” porque “un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad” acumulando, así, un número mayor de días de baja por enfermedad.

Pese a reconocer debido a la discriminación indirecta que el artículo 5.2 de la LF sí es contrario a la Directiva 2000/78, el TJUE manifiesta que puede estar justificado el artículo si con ello se consigue la promoción de la contratación, que sería considerado como una finalidad legítima, cuestión que debe ser valorada por el tribunal danés⁶⁸.

En definitiva, lo que permite esta sentencia del TJUE según establece MOLINA NAVARRETE⁶⁹ es interpretar que la “flexibilidad de gestión del factor trabajo es un límite legítimo a la tutela antidiscriminatoria, siempre que resulte proporcionada y responda a un equilibrio razonable entre exigencias de libertad contractual y seguridad laboral”.

Tras el estudio de la sentencia, se puede concluir que el TJUE en el caso Ring contribuyó a esclarecer varias cuestiones. En primer lugar, indicó que desde la ratificación por la Unión Europea de la Convención de la ONU el concepto que había que adoptar sobre discapacidad ya no era el que el TJUE había elaborado en el Caso Chacón Navas sino que debía interpretarse conforme al concepto que dicha Convención establece, momento a partir del cual la jurisprudencia del TJUE cambia de manera relevante. En segundo lugar, reconoce ya claramente que para que una enfermedad sea considerada como discapacidad debe ocasionar una limitación de larga duración en el desarrollo de sus funciones laborales, con independencia de que dicha enfermedad sea curable o incurable; añadiendo que el hecho de padecer una discapacidad no implica una exclusión del mercado laboral. En tercer lugar, manifiesta que ante la falta de una lista tasada de lo que se puede considerar como ajuste razonable del puesto de trabajo, una reducción de la jornada de trabajo puede ser considerada como tal.

⁶⁸ Esta misma pregunta se planteará en el apartado 5.1.3. con el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁹ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”, cit., p. 142.

5.1.3. *Caso Daouidi*

El asunto C-395/15, de 1 de diciembre de 2016, resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona de fecha 22 de julio de 2015. Se trata de un caso en el que el demandante, Mohamed Daouidi, demanda a la empresa de restauración Bootes Plus, S.L. para la que trabaja por considerar que ha sido despedido discriminatoriamente por incurrir en baja laboral por enfermedad.

En cuanto a los hechos transcurren de la siguiente manera: el trabajador fue contratado con carácter eventual a tiempo parcial por la empresa el 17 de abril de 2014 como ayudante de cocina. Dos meses después el contrato fue ampliado en horas y prorrogado por nueve meses más, debiendo cesar el 16 de abril de 2015. Tras dicha ampliación de contrato, el 3 de octubre de 2014, el Sr. Daouidi se resbaló en la cocina del restaurante mientras trabajaba y se dislocó el codo izquierdo, lo que provocó que tuviera que tener el brazo escayolado, y por tanto, que desde entonces estuviera en baja laboral por incapacidad temporal, siendo incierta la situación del Sr. Daouidi en cuanto al tiempo que iba a tardar en reincorporarse en el puesto de trabajo. El 26 de noviembre de 2014, estando aún en situación de incapacidad temporal, el Sr. Daouidi recibió carta de despido disciplinario por “no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo”. Sin embargo, el trabajador entiende que ha sido despedido por estar de baja por enfermedad, y por ello, alega que su despido es nulo por discriminación.

El tribunal español reconoce que, pese a indicar la empresa que el despido es disciplinario, realmente el motivo del despido es la duración incierta de la situación de incapacidad derivada del accidente laboral que sufrió. Y añade este tribunal que un despido basado en la enfermedad o en la situación de incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo no se considera discriminatorio como ya indicó el TJUE en la sentencia del caso Chacón Navas.

Pero, en todo caso, se le plantea la duda de si existe una discriminación por discapacidad según la Directiva 2000/78 puesto que concurren los requisitos que ya había marcado el TJUE en la sentencia del caso Ring: una limitación para el desempeño de las funciones laborales y la larga duración de dicha limitación. Por ello, el tribunal español presenta varias cuestiones prejudiciales, de las cuales el TJUE sólo admitirá una: “¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad”—como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de

despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?”. Es decir, el tribunal viene a preguntar si puede considerarse dentro del concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 la situación de un trabajador que está de baja laboral por accidente laboral cuya duración es incierta, por calificarse de duradera.

Al igual que ya indicó en las dos sentencias anteriormente analizadas, el TJUE comienza indicando que esta Directiva busca luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra las discriminaciones, y conforme el artículo 3.1 c) también en el marco del despido, debiendo llevarse a cabo toda la interpretación conforme a la Convención de la ONU por su ratificación por la Unión Europea. Y continúa añadiendo que la protección de la Convención de la ONU abarca las discapacidades provocadas por accidente laboral.

En base a esto el TJUE tiene en cuenta otra cuestión relevante, y es que una dislocación de codo es una afección en la salud del trabajador de carácter reversible, pero reconoce que se trata de una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física, y por tanto, para que pueda considerarse dentro del concepto de discapacidad es necesario analizar si se trata de una limitación duradera.

El problema con el que se encuentra el TJUE es que ni la Convención ni la Directiva definen que se entiende por “largo plazo”, y además, tampoco se remiten a las legislaciones nacionales. Por ello, para determinar su sentido se debe buscar una interpretación autónoma y uniforme. El TJUE considera que la determinación del carácter duradero de la limitación debe ser establecida por el tribunal español, pero sí incorpora esta sentencia una novedad, que son los elementos que deben valorarse para poder determinar que la afección del trabajador es duradera, y establece dos:

- Que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o,
- Que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

Añade que el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

De manera que finaliza el TJUE indicando que si se llegase a la conclusión de que la limitación de la capacidad del Sr. Daouidi es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad puede constituir una discriminación si se cumple lo establecido por el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78 en este sentido.

En definitiva, en el Caso Douidi se observa como el TJUE sostiene las ideas plasmadas en las sentencias anteriores, es decir, que una mera enfermedad no es equiparable con el concepto de discapacidad, siendo términos no sinónimos, pero matiza que se deben cumplir una serie de requisitos para que se puedan llegar a equiparar: que tenga una duración prolongada en el tiempo y que suponga una limitación para el desarrollo de la actividad laboral. Pero lo realmente relevante por parte de esta sentencia, en cuanto a su aportación, es que incorpora un matiz nuevo, el TJUE avanza un paso más en la delimitación del concepto de discapacidad con la incapacidad temporal ya que en esta sentencia manifiesta los criterios que se deben valorar para determinar si la enfermedad es o no duradera⁷⁰: que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, que pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

5.1.4. *Caso Ruiz Conejero*

El caso Ruiz Conejero es un reciente asunto que afecta a España donde se va a plantear la misma duda que se manifestó con el caso Ring en relación a si un artículo de una ley nacional era contrario a la Directiva 2000/78 por afectar discriminatoriamente a las personas con discapacidad a la hora de correr un mayor riesgo para ser despedidos⁷¹. Pues en la normativa española esta duda se presenta con el artículo 52 d) del Estatuto de los

⁷⁰ DESDENTADO DAROCA, Elena. “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”. *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2017, pp. 5-9.

⁷¹ MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel. “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral...”, cit., pp. 6 y 7.

Trabajadores que se refiere a la extinción del contrato por causas objetivas, en concreto, por faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes⁷².

El asunto C-270/16, de 18 de enero de 2018, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca de fecha 13 de mayo de 2016. Se trata de un caso en el que el demandante, Carlos Enrique Ruiz Conejero, demanda a la empresa de limpieza Ferroserv Servicios Auxiliares, S.A. para la que trabaja por considerar que ha sido despedido discriminatoriamente por incurrir en baja laboral por enfermedad.

Los hechos acontecen de la siguiente manera: el Sr. Ruiz Conejero desde el 2 de julio de 1993 trabaja para empresas de limpieza sin haber tenido ningún incidente, siendo la empresa Ferroserv Servicios Auxiliares, S.A. la última para la que trabajó. El 15 de septiembre de 2014 se le reconoce un 37% de discapacidad debido a limitaciones físicas derivadas de la obesidad que padece y de una limitación funcional de la columna vertebral. Como consecuencia de esta discapacidad el trabajador ha estado en situación de incapacidad temporal por enfermedad en varias ocasiones durante los años 2014 y 2015, lo que dio lugar a que el empresario justificase su despido en virtud del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, por el motivo de que la duración de sus ausencias acumuladas, aunque justificadas, había superado los límites que establece el artículo. Ante la decisión del empresario el Sr. Ruiz Conejero decidió interponer una demanda solicitando la nulidad del despido, no porque los datos aportados por la empresa fueran inciertos ya que efectivamente el trabajador faltó al trabajo durante ese tiempo, sino porque existe una vinculación directa entre dichas ausencias y su condición de discapacitado, y por ello, se ve afectado por una discriminación por razón de discapacidad.

El tribunal español reconoce que los trabajadores discapacitados se encuentran más expuestos que los demás trabajadores al riesgo de que se les aplique el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, y por ello, existe una diferencia de trato que implica una discriminación indirecta por discapacidad según regula el artículo 2.2 de la Directiva 2000/78. De manera que el artículo 52 d) del ET es contrario a la Directiva, porque dicha diferencia de trato no puede justificarse objetivamente en una finalidad legítima, a diferencia de lo que ocurría en el caso Ring donde se entendía que la promoción del

⁷² “El contrato podrá extinguirse: [...] d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses”.

empleo en las personas con discapacidad sí era un objetivo legítimo para justificar el trato diferenciado que sufrían las personas con discapacidad.

Por ello, plantea al TJUE una cuestión prejudicial preguntándole si el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, que permite despedir a un trabajador por causas objetivas por faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes, es contrario a la Directiva 2000/78 cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador.

El TJUE comienza respondiendo que la obesidad de un trabajador puede ser introducida en el concepto de discapacidad cuando suponga una limitación que impida su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Pero añade que el hecho de haber sido reconocida una discapacidad por los órganos competentes en un Estado no implica que sea una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78, ya que para ello hay que verificar si se dan los elementos que reconoce la Convención de la ONU en la definición de discapacidad: limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

De manera que aclarado por el TJUE que la obesidad sí puede ser una enfermedad englobada en el concepto de discapacidad, entra a analizar el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores. Afirma que no existe una discriminación directa por razón de discapacidad ya que el artículo 52 d) del ET se aplica tanto a personas con discapacidad como a personas sin discapacidad, pero aprecia que computar los días de baja por enfermedad derivada de una discapacidad sí genera una discriminación indirecta en cuanto que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de que se le aplique el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores que un trabajador sin discapacidad porque es más propenso a acumular un mayor número de días de baja por enfermedad.

En todo caso, como ya se indicó en el análisis del caso Ring, si el trato diferenciado se basa en una finalidad legítima y los medios aplicados para la consecución de ésta son adecuados, se justificaría un trato menos favorable a las personas con discapacidad según recoge el

artículo 2.2 b) inciso i) de la Directiva 2000/78⁷³. En este sentido el Gobierno español manifestó que la extinción del contrato por absentismo laboral debido a bajas por enfermedad intermitentes de corta duración pretende evitar un incremento indebido de los costes laborales empresariales, y el TJUE considera que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima en el sentido de que recoge la Directiva 2000/78 por tratarse de una medida de política de empleo.

Reconocido por el TJUE que se justifica en el absentismo laboral el trato diferenciado de las personas con discapacidad, el TJUE indica que posteriormente corresponde a los tribunales nacionales entrar a “comprobar si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de esta finalidad son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla”. Aunque esta comprobación corresponde al órgano español, el TJUE indica una serie de elementos que se deben considerar para ello: si los porcentajes adoptados por la normativa para delimitar el despido objetivo no permiten la extinción del contrato por ausencias meramente puntuales y esporádicas; si tiene el efecto de un incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo; y analizar el perjuicio que puede ocasionar esta medida a los trabajadores con discapacidad por su mayor dificultad para reincorporarse al mercado de trabajo.

A la hora de estudiar el artículo 52 d) del ET es importante tener en cuenta que en él se recogen ya una serie de situaciones que no se computan como faltas de asistencia intermitentes al trabajo como son las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, cuando deriven de un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Con estas exclusiones lo que se busca es un equilibrio entre la protección del empresario por los costes que genera el absentismo y la protección del trabajador en aquellas circunstancias más proclives a caer en situación de incapacidad temporal. De hecho el Gobierno español entiende que los trabajadores con discapacidad serían ubicados en el marco de las exclusiones derivadas de un tratamiento médico de

⁷³ “Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; [...]”.

cáncer o enfermedad grave, y por lo tanto, las ausencias atribuibles a la discapacidad no se computarán a efectos de un despido por faltas de asistencia intermitentes al trabajo, pero teniendo en cuenta que las ausencias por motivo de enfermedad del trabajador no cubren la totalidad de las situaciones que pueden englobarse dentro de la discapacidad. Si bien es cierto, en este caso concreto se ha reconocido que la obesidad puede estar englobada en el término discapacidad que la Directiva 2000/78 recoge, y por tanto, las ausencias del trabajador derivadas de esta enfermedad serían objeto de exclusión en el cómputo de días para determinar el despido.

Por tanto se concluye que, en principio, el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, sí es contrario a la Directiva 2000/78 por suponer una discriminación indirecta. Pero cabe la posibilidad de que no tenga tal consideración cuando dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. El análisis de la consecución de este objetivo le corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

Junto a esta aclaración sobre el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, la sentencia aporta el reconocimiento de la obesidad como una enfermedad equiparable a la discapacidad en aquellos casos en los que efectivamente suponga una limitación para el desempeño del puesto de trabajo como ocurre en este caso por los problemas de movilidad que presentaba el trabajador⁷⁴. De hecho la única posibilidad, al igual que ocurre con las otras enfermedades, para considerar algún acto como discriminatorio debido a la obesidad conforme a la Directiva 2000/78 es relacionándola con la discapacidad⁷⁵. Por lo tanto, este es un ejemplo más de cómo la obesidad puede enmarcarse en el concepto de discapacidad a efectos de la prohibición de discriminación de la Directiva 2000/78.

De manera que las aportaciones del TJUE en la sentencia sobre el Caso Ruiz Conejero en relación a la protección de las personas con discapacidad en el ámbito del despido son básicamente tres. En primer lugar, manifiesta que el hecho de que una discapacidad sea

⁷⁴ Así lo indicó el TJUE en su sentencia de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13) donde manifestó que la obesidad no se puede considerar discapacidad, salvo que realmente suponga una limitación en el desarrollo de sus funciones laborales.

⁷⁵ PÉREZ ANAYA, Rosa María. “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, cit., p. 7.

reconocida por los órganos competentes en un Estado no implica que sea una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. Para entender la discapacidad según la Directiva comunitaria debe interpretarse conforme el concepto recogido en la Convención de la ONU. En segundo lugar, entiende que la obesidad puede ser equiparada a la discapacidad siempre que se cumplan los elementos que la definición contempla en dicha Convención. En tercer lugar, el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, que regula el despido por causas objetivas por faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes, supone una discriminación indirecta para los trabajadores con discapacidad, y por ello, las ausencias derivadas de enfermedades atribuibles a la discapacidad no deben computar en los porcentajes que la normativa contempla.

5.2. Caso Coleman: la discriminación por asociación

El Caso Coleman ha dado lugar a una importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto que reconoce la ampliación del concepto de discriminación por discapacidad desde el punto de vista subjetivo, es decir, en este asunto se plantea la llamada discriminación por discapacidad “por asociación”⁷⁶.

El asunto C-303/06, de 17 de julio de 2008, versa sobre un caso en el que la demandante, la Sra. Coleman, demanda al bufete de abogados Attridge Law para el que trabaja desde 2001 por considerar que ha sido despedida discriminatoriamente por la discapacidad que padece su hijo. Por lo tanto, en este caso no estamos ante un supuesto en el que el propio trabajador sea víctima de un trato desfavorable por presentar el mismo una discapacidad, sino que el trato desfavorable del trabajador es consecuencia de la discapacidad que sufre un familiar suyo.

La trabajadora en el año 2002 tuvo un hijo que padecía crisis de apnea, así como laringomalacia y broncomalacia congénitas, lo que hacía que el menor requiriese cuidados específicos y especializados por parte de su madre. En el año 2005, la Sra. Coleman dimitió de su puesto de trabajo por exceso de plantilla, pero un tiempo después se dio cuenta que realmente lo que había sufrido era un trato menos favorable que el que obtuvieron los

⁷⁶ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José. “Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido”. *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014, pp. 6 y 7.

restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado, lo que la obligó a dejar su puesto de trabajo, tratándose de un despido encubierto.

Este trato discriminatorio y menos favorable lo explicaba la Sra. Coleman relatando a algunos de los comportamientos que sufrió de sus jefes, como que: tras su incorporación tras la baja maternal el empresario no le permitió ocupar el mismo puesto de trabajo que estaba desempeñando previamente, mientras que a otros trabajadores con hijos no discapacitados si se lo permitió; el empresario no le concedió la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que al resto de trabajadores que no tienen hijos con discapacidad; al solicitar una reducción de jornada fue tachada de “perezosa” recibiendo insultos dirigidos contra ella y contra su hijo, cuando al resto de compañeros al solicitar este derecho no tuvieron este trato; y al llegar tarde a la oficina como consecuencia de los cuidados que requería su hijo se le amenazaba con el despido, mientras que el resto de trabajadores con hijos no discapacitados no se les amenazaba.

El tribunal británico ante el que se presenta la demanda decidió realizar varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para determinar si la demandante podía ampararse en las disposiciones de la Directiva 2000/78 invocando frente a la empresa para la que trabajaba la discriminación que había sufrido por la discapacidad que padecía su hijo⁷⁷, puesto que la normativa británica sólo consideraba la protección por discriminación a la persona que tuviera la discapacidad y no a quien se encargara de sus cuidados.

⁷⁷ En el apartado 27, en concreto, se presentaron las siguientes cuatro cuestiones prejudiciales: 1) “En el contexto de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, ¿protege la Directiva [2000/78/CE] sólo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso?”; 2) “En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva [2000/78] a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?”; 3) “Cuando un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable en comparación con la forma en la que trata o trataría a otros trabajadores y consta que el motivo del trato del referido trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿constituye dicho trato una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?”; y 4) “Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo del trato de dicho trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?”

El TJUE manifestó que el objeto de la Directiva 2000/78 recogido en el artículo 1 es establecer, en el ámbito del empleo y la ocupación, un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, y además, el artículo 2.2 a) indica que la discriminación directa se produce cuando una persona haya sido o pueda ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por cualquiera de los motivos recogidos, entre ellos, la discapacidad.

Pues bien, teniendo en cuenta principalmente estos dos preceptos de la Directiva 2000/78, el TJUE establece que “no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad”, sino que la Directiva tiene como objetivo combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad. Por lo tanto, “el principio de igualdad de trato no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma”, entre los que se recoge la discapacidad⁷⁸.

De manera que en este asunto estamos ante un caso distinto al resto de los analizados en este Trabajo, porque realmente el TJUE lo que considera es que el concepto de discriminación por razón de discapacidad de la Directiva 2000/78 protege a un trabajador no discapacitado pero que sí sufre un trato diferenciado en su puesto de trabajo en relación al resto de trabajadores como consecuencia de la discapacidad que afecta a su hijo, ya que la protección no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Por lo tanto, la Directiva 2000/78 busca luchar contra toda discriminación que esté basada en la discapacidad en todo lo relacionado con el ámbito del empleo.

Cabe hacer referencia a la respuesta del TJUE a la pregunta de si el trabajador está también protegido frente al acoso. En este caso el TJUE expresa que el acoso se considera discriminación, y por lo tanto, todo lo manifestado previamente es aplicable también a esta otra situación.

⁷⁸ Al respecto cabe hacer mención a la oposición de algunos estados como Reino Unido, Grecia, Italia y Países Bajos a esta interpretación por entender que no se podía considerar esa extensión del concepto de discriminación por discapacidad cuando había determinados preceptos que van dirigidos exclusivamente a los trabajadores con discapacidad como ocurre con el artículo 5 de la Directiva 2000/78 referente a la adaptación de los puestos de trabajo.

En definitiva, en esta sentencia se reconoce un concepto extensivo desde el punto de vista subjetivo de la discriminación contemplada en la Directiva 2000/78, como indica CABEZA PEREIRO⁷⁹ “pone énfasis en el hecho de que una persona no discapacitada puede sufrir una discriminación por discapacidad”, lo que implicó una novedad hasta el momento en la jurisprudencia del TJUE.

La propia sentencia del TJUE matiza la ampliación del concepto de discriminación por discapacidad en relación a su anterior sentencia sobre el caso Chacón Navas en la que entendió restrictivamente el concepto de discapacidad al no considerar que la enfermedad estuviera incluida en él. En este sentido el TJUE indica que aunque los motivos de discriminación del artículo 1 de la Directiva 2000/78 no se pueden ampliar a otros tipos de discriminación (como la enfermedad) que los expresamente mencionados, esto no significa que los recogidos específicamente por la Directiva no puedan ser interpretados de forma más extensa⁸⁰.

El Ordenamiento Jurídico español ha recogido ya expresamente la definición de lo que se entiende por “discriminación por asociación” a través del artículo 2 apartado e) de la LGDPD que establece que: “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad”⁸¹.

Por último, en relación con el Caso Coleman, son destacables las palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO⁸² en las cuales reconoce que esta sentencia ha planteado un nuevo problema puesto que “el Tribunal no alude, de la aplicación analógica del principio de ajuste razonable en caso de discapacidad a supuestos como el examinado en el asunto Coleman, para a examinar el límite de lo exigible a un empresario para adoptar ajustes de la

⁷⁹ CABEZA PEREIRO, Jaime. “La discriminación por discapacidad; el caso Chacón Navas”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, pp. 311-313.

⁸⁰ MUÑOZ RUIZ, Belén. “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”. *Revista Temas Laborales*, núm. 101, 2009, pp. 321-339.

⁸¹ SERRANO ARGÜELLO, Noemí. “La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria”, cit., p. 323.

⁸² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea”. *Revista Relaciones Laborales*, núm. 21, 2008, p. 8.

organización productiva para que un trabajador pueda cuidar a un discapacitado que necesita de su atención personal”.

La sentencia del Caso Coleman dio lugar a una contribución muy importante en materia de protección de las personas con discapacidad en cuanto que por primera vez se reconoció que la discriminación por razón de discapacidad no solo la puede sufrir la propia persona que padece la discapacidad sino también las personas que no la padecen, como puede ser el caso de un familiar que tiene que cuidar de una persona con discapacidad. En este asunto el TJUE reconoce una ampliación subjetiva de la discriminación por razón de discapacidad al interpretar que la Directiva 2000/78 tiene como objetivo luchar contra toda discriminación que esté basada en la discapacidad en todo lo relacionado con el ámbito del empleo.

5.3. Caso Odar: otra manifestación de discriminación en el despido a las personas con discapacidad

El Caso Odar es el asunto C- 152/11, de 6 de diciembre de 2012, que trata sobre un caso en el que el demandante, Johann Odar, demanda a la empresa Baxter Deutschland GmbH, para la que trabaja desde 1979 por entender que el importe de la indemnización por despido que percibió de la empresa era de cuantía menor a la que le correspondería si no se tratase de una persona discapacitada, y por lo tanto, había sido tratado discriminadamente por esta razón. Además, alega que también sufrió discriminación por razón de edad ya que la normativa permite que la indemnización sea de cuantía inferior para los trabajadores que tengan más de 54 años. Por lo tanto, el TJUE entra a valorar ambas cuestiones.

En el momento de extinción de la relación laboral el Sr. Odar tenía 59 años y reconocida una discapacidad del 50%. Las normas alemanas permiten que, un régimen de previsión social de una empresa que regula la indemnización por despido, pueda establecer que el importe de la indemnización, para los trabajadores que tengan más de 54 años, “se calcule de acuerdo con la fecha más temprana posible de jubilación, contrariamente a lo previsto en el método general de cálculo, según el cual dicha indemnización se basa en particular en la antigüedad en la empresa”. Este modo de calcular la indemnización implica que la cantidad a percibir por el trabajador sea inferior a la indemnización que resultaría de aplicar el método general, teniendo en cuenta que presenta un límite puesto que como mínimo se le tiene que reconocer la mitad de la cantidad calculada según el método general. En concreto la cuantía que recibiría el Sr. Odar sería 308.253,31 euros, respecto a los 616.506,63 euros que recibiría otro trabajador menor de 54 años.

Pero además, al tratarse de un trabajador con discapacidad, se encuentra con el inconveniente de que la edad de jubilación es diferente a la edad a la que se tienen que jubilar las personas sin discapacidad (60 años en vez de 63), y por ello, la fórmula de calcular la indemnización da lugar a cuantía menor sólo por el hecho de tener reconocida una discapacidad grave.

Ante este planteamiento del Sr. Odar, el tribunal alemán decide presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que dictamine si la normativa alemana se opone o no a la Directiva 2000/78 por vulnerar el principio de no discriminación tanto por motivos de edad como de discapacidad.

En concreto el tribunal alemán presenta cuatro cuestiones prejudiciales, aunque el TJUE sólo admitirá las dos últimas⁸³, por considerar que el TJUE no tiene que entrar en las otras dos ya que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.

En cuanto a si el plan de previsión social de la empresa es discriminatorio por razón de edad, el TJUE comienza determinando si la normativa alemana está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Efectivamente, el objeto de la Directiva es garantizar a cualquier persona la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, mediante la

⁸³ Las dos cuestiones prejudiciales a las que el TJUE responde son: “¿Vulnera el principio de no discriminación por motivos de edad conforme a los artículos 1 y 16 de la Directiva [2000/78] una normativa de un régimen profesional de seguridad social que dispone que para los trabajadores mayores de 54 años despedidos por causas económicas se efectúe un cálculo alternativo de la indemnización sobre la base del momento de jubilación lo más cercano posible y, en comparación con el método general de cálculo, vinculado en particular a la antigüedad en la empresa, se ha de pagar la indemnización de menor cuantía, si bien, al menos, la mitad de la indemnización que correspondería con arreglo al método general, o está justificada esa diferencia de trato en virtud del artículo 6, apartado 1, [párrafo segundo], letra a), de [esta Directiva]?” y “¿Vulnera el principio de no discriminación por motivos de discapacidad conforme a los artículos 1 y 16 de la Directiva [2000/78] una normativa de un régimen profesional de seguridad social que dispone que para los trabajadores mayores de 54 años despedidos por causas económicas se efectúe un cálculo alternativo de la indemnización sobre la base del momento de jubilación lo más cercano posible y, en comparación con el método general de cálculo, vinculado en particular a la antigüedad en la empresa, se ha de pagar la indemnización de menor cuantía, si bien, al menos, la mitad de la indemnización que correspondería con arreglo al método general, habida cuenta de que el método alternativo atiende a una pensión de jubilación por discapacidad?”

protección contra las discriminaciones previstas en el artículo 1, entre los que se encuentra la edad. Y, en concreto, el artículo 3.1 c) reconoce que se aplica en relación a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; por lo tanto, en este caso estamos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva al ser una cuestión que afecta a las condiciones del despido.

Al entrar a analizar las diferencias en las cuantías que el Sr. Odar recibiría por tener más de 54 años, el TJUE manifiesta que es evidente que el método de cálculo recogido en el plan de previsión social implica una diferencia de trato basada directamente en la edad, debiendo entrar a valorar si dicha diferencia puede estar justificada. Para ello analiza el objetivo que puede buscar esta forma de cálculo de la indemnización, el gobierno alemán indica que “una diferenciación basada en la edad [...] persigue, a su entender, un objetivo basado en la apreciación de que, puesto que se producen desventajas económicas en el futuro, algunos trabajadores que no se verán expuestos a dichas desventajas a raíz de la pérdida de su empleo, o que sólo se verán expuestos a ellas de forma atenuada en comparación con otros, pueden ser excluidos de esos derechos de forma general”, añadiendo que un plan de previsión social no puede llevar a poner en peligro la supervivencia de la empresa o los puestos de trabajo restantes.

De manera que el TJUE entiende que al tratarse de trabajadores con edad avanzada, que ya no van a buscar un nuevo puesto de trabajo tras el despido a diferencia de lo que ocurriría si el trabajador fuera más joven, es legítima la diferencia de trato por edad puesto que esa indemnización que va a percibir va a ser utilizada en forma de pensión de jubilación. Por lo tanto, el TJUE concluye que la normativa alemana no es contraria a la Directiva 2000/78.

Lo que realmente interesa para este Trabajo es la otra cuestión prejudicial que el TJUE responde puesto que realmente se pronuncia sobre la discriminación por razón de discapacidad. Como se ha anticipado anteriormente, el trabajador es una persona con una discapacidad reconocida del 50%, y el trato diferenciado que recibe se debe a que la normativa alemana permite la jubilación de las personas con discapacidad grave a los 60 años en vez de a los 63, por lo que al tener más de 54 años y valorar la indemnización sobre la base de la fecha más temprana posible de jubilación, ve reducida la cuantía a percibir.

Conforme el artículo 2.2 a) de la Directiva 2000/78 el TJUE reconoce que hay una diferencia de trato basada en la discapacidad, y por ello, entra a examinar si esta diferencia

está objetiva y razonablemente justificada. El gobierno alemán considera que la diferencia de trato se justifica en el hecho de que las personas con discapacidad se benefician de obtener una pensión de jubilación tres años antes que cualquier otro trabajador sin discapacidad, pero el TJUE no admite este razonamiento al considerar que los interlocutores sociales no tuvieron en cuenta el riesgo que corren las personas con discapacidad grave para reincorporarse al mercado de trabajo, ni que ese riesgo se incrementa a medida que se aproximan a la edad de jubilación, pero es que además, las personas con discapacidad grave requieren de unas necesidades económicas forzosas a causa de su discapacidad.

Tras considerar todo esto, el TJUE reconoce que la diferencia de trato basada en la discapacidad no tiene una justificación objetiva y razonable, por lo que el reconocimiento de una indemnización de despido a un trabajador gravemente discapacitado de una cuantía inferior a la que recibiría un trabajador sin discapacidad se opone a la Directiva 2000/78 por tratarse de una discriminación indirecta⁸⁴.

De manera que, analizando la sentencia sobre el Caso Odar, se puede concluir que el TJUE reconoce que determinadas medidas que, en principio, parecen favorables a las personas con discapacidad realmente implican un trato discriminatorio. Es lo que ocurre en este asunto en el que permitir que las personas con discapacidad puedan jubilarse a una edad más temprana que las personas sin discapacidad, sin reconocerles una forma especial de cálculo de la indemnización por jubilación, hace que la cantidad a recibir sea más reducida porque el número de años trabajados es menor. Por ello, el TJUE entiende que la legislación debe tener en cuenta, cuando se trata de personas con discapacidad, los riesgos que corren estas personas a la hora de poderse incorporar en el mercado de trabajo, así como las necesidades económicas especiales que requieren.

⁸⁴ TORRES CORONA, Teresa; BELZUNEGUI-ERASO, Ángel; y MORENO GENÉ, Josep. *Finding solutions for a post-crisis society*. Universitat Rovira i Virgili, 2015, pp. 121 y 122.

6. APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE DESPIDO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Hasta ahora se ha analizado como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha evolucionado en mejorar la protección de las personas con discapacidad en el marco de la institución del despido. El TJUE no solo ha delimitado conceptualmente qué se entiende por discapacidad en el ámbito comunitario, puesto que no tiene por qué coincidir con el reconocimiento de la discapacidad por parte de los órganos administrativos de los Estados miembros de la UE, sino que también desde un punto de vista subjetivo ha indicado quienes pueden verse afectados por una discriminación por discapacidad.

En el primero de los casos destaca su intento por aclarar o concretar cada vez más la aplicación de la normativa antidiscriminatoria dirigida a proteger a las personas que padecen una limitación duradera en el tiempo en la capacidad para desempeñar un puesto de trabajo, y esto lo ha hecho por equiparación de estos trabajadores en situación de incapacidad temporal por enfermedad al concepto de discapacidad. De manera que a lo largo de este (corto) periodo de tiempo, ha ido perfilando el concepto de “enfermedad equiparable”. En relación a la segunda alusión, cabe destacar como previamente ya se ha hecho la sentencia Coleman.

Pues bien, lo que se trata de realizar en este último apartado del Trabajo es ver cómo los tribunales españoles han tenido en cuenta en sus decisiones la jurisprudencia emanada del TJUE, es decir, ver cómo los tribunales españoles están interpretando las pautas o criterios que en materia de despido y discapacidad el TJUE ha ido plasmando a base de cuestiones prejudiciales.

La importancia de esta interpretación se encuentra en la final decisión de los tribunales sobre la calificación del despido, y es que las consecuencias derivadas del mismo son muy diferentes en función de dicha calificación. En el Ordenamiento Jurídico español, acudiendo al Estatuto de los Trabajadores, nos encontramos con que el despido puede ser calificado según el artículo 55.3 de: procedencia, improcedencia o nulidad.

En caso de que concurra la causa en que se fundamentó el despido estamos ante un despido procedente según el artículo 55.4 del ET, donde el trabajador no tendrá derecho a indemnización ni a salarios de tramitación; también puede ser calificado de improcedencia

en el supuesto en el que no concurra causa justificativa de la decisión de extinción de la relación laboral, en cuyo caso como establece el artículo 56 del ET el empresario deberá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente; y por último, puede ser calificado de nulidad porque se haya producido alguno de los supuestos que recoge el artículo 55.5 del ET (entre los que se encuentran causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o violación de Derechos Fundamentales y libertades públicas del trabajador), en este supuesto la consecuencia es la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir.

Sin embargo, el problema que se encuentra en el análisis de la jurisprudencia de los tribunales españoles, es que, cuando éstos en primera instancia fallan aplicando la jurisprudencia del TJUE, las instancias superiores han estimado los recursos aplicando los razonamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de forma diferente al llevar a cabo una interpretación distinta pese a que la doctrina sobre la que se basan es la misma. Por ello, se van a analizar casos que han conocido los tribunales españoles donde precisamente ocurre esto.

Para el estudio de la aplicación por los tribunales españoles de la jurisprudencia del TJUE vamos a centrarnos en los tres casos, en los que sobre esta materia, los tribunales españoles han presentado una cuestión prejudicial, para ver cómo fallaron finalmente tras la respuesta del TJUE. Y también se hará referencia a la aplicación de la jurisprudencia del TJUE en algunas sentencias que tratan este asunto relacionado con el artículo 52 apartado a) y el artículo 52 apartado d) del ET, donde también en alguna instancia se ha reconocido la nulidad debido a la discriminación por razón de discapacidad.

6.1. Decisión del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en el caso Chacón Navas tras la cuestión prejudicial del TJUE

El Caso Chacón Navas es la primera cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por los tribunales de los Estados miembros de la UE sobre la discriminación por razón de discapacidad. Se trata de un asunto presentado ante el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid por la demandante, Sonia Chacón Navas, que ha sido despedida por la empresa para la que trabajaba cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal, calificando el despido de improcedente y reconociéndole la correspondiente indemnización. La trabajadora considera que ha sido despedida discriminatoriamente por incurrir en baja

laboral por enfermedad, y por ello, alega que su despido es nulo por la desigualdad de trato y la discriminación que había sufrido, solicitando la readmisión en su puesto de trabajo.

El problema que se encuentra el tribunal español es que, pese a reconocer que en este caso concreto el único motivo del despido es la enfermedad que hace estar de baja laboral a la trabajadora, no figura ni en el Derecho español ni en la Directiva 2000/78 la enfermedad como motivo expreso de discriminación. Por ello, ante las dudas que le suscita la posibilidad de que pueda existir una relación de causalidad entre las enfermedades y la discapacidad, presenta ante el TJUE dos cuestiones prejudiciales mediante Auto con fecha de 7 enero 2005. El tribunal español pregunta al TJUE, en primer lugar, si se puede considerar la enfermedad dentro del concepto de discapacidad, y en segundo lugar en caso de que la enfermedad no pueda reconocerse dentro del concepto de discapacidad, si la enfermedad se puede identificar como una de las razones que la Directiva 2000/78 prohíbe por ser discriminatorias pese a que no aparece específicamente citada.

Recordando lo indicado en el apartado anterior ya explicado con detalle, en el asunto C-13/05, de 11 de julio de 2006, el TJUE estableció que es “preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos” puesto que el artículo 1 de la Directiva se refiere como causa discriminatoria a la discapacidad y no a la enfermedad de forma intencionada, por lo tanto, la discapacidad y la enfermedad no son términos sinónimos. Ante la respuesta negativa de la primera cuestión el TJUE responde a la segunda reconociendo que la enfermedad no puede ser identificada como una de las razones de discriminación de la Directiva 2000/78 puesto que no puede ampliarse por analogía la prohibición a otros motivos de discriminación.

La Sentencia 363/2006, de 16 de octubre de 2006, del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid tras las respuestas del TJUE, aclara cuándo se considera discriminatorio un despido que se lleva a cabo cuando el trabajador está en situación de incapacidad temporal. Tras la interpretación del TJUE, y como consecuencia de la falta de una definición del término discapacidad en la Directiva 2000/78 y en las legislaciones nacionales, el Juzgado de lo Social entiende que se puede equiparar la enfermedad a una discriminación por discapacidad cuando se acrediten tres cuestiones: en primer lugar, que el trabajador padece una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas; en segundo lugar, que esa limitación suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional; y en tercer lugar, que se acredite una probabilidad cierta que de esa limitación va a prolongarse en el tiempo.

De estos requisitos extrae el Juzgado de lo Social la idea de que no toda enfermedad puede entenderse protegida en el marco de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad. Para que se entienda así la enfermedad debe implicar una limitación profesional duradera en el tiempo.

Además establece que no todo despido a una persona con discapacidad puede entenderse discriminatorio sobre la base de que, reconocida la obligación del empresario de adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad, si el trabajador no presenta la capacidad requerida para el desempeño del puesto de trabajo, el empresario no está tratando discriminatoriamente al trabajador.

Entrando a aplicar estas conclusiones derivadas de la STJUE en el asunto de la trabajadora en cuestión, el Juzgado de lo Social manifiesta que la demandante demostró, como consecuencia de su situación de baja laboral, que presentaba una limitación derivada de dolencias físicas que le impedían trabajar, pero no probó “la probabilidad cierta de que sus limitaciones se iban a prolongar en el tiempo”. Por ello, no tratándose ya de una enfermedad que pudiera enmarcarse dentro del concepto de discapacidad, el empresario no tiene que demostrar la falta de capacidad de la trabajadora para el desempeño de su puesto de trabajo para evitar que fuera calificado como un despido discriminatorio por discapacidad.

Ante estos fundamentos, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid resuelve calificando el despido de improcedencia según lo regulado en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Este artículo permite al empresario optar por entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización, siendo esta última alternativa la adoptada por la empresa.

Al final la sentencia del Caso Chacón Navas vino a reafirmar lo que el Tribunal Supremo español había dictaminado en sus sentencias previas: la enfermedad y la discapacidad no son conceptos equiparables. El TS había reconocido que como la Constitución Española en su artículo 14.2 no mencionaba expresamente la enfermedad entre las causas de discriminación, pues no podía ser equiparada a la discapacidad ni podía considerarse incluida en la genérica cláusula de este artículo que se refiere a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; aunque es cierto que reconoció la posibilidad de que pudiera ser considerado un acto discriminatorio en otras circunstancias en que resulte

apreciable el elemento de segregación. Así lo expresó ya en la STS de 29 de enero de 2001, manteniendo este criterio en todos sus pronunciamientos posteriores⁸⁵.

En todo caso, entre los pronunciamientos del TJUE y el TS existe una gran diferencia en cuanto que el concepto de discapacidad adoptado por cada uno de los tribunales es distinto. El TJUE considera que la discapacidad se produce cuando “la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período”, mientras que el TS manifestó en la STS de 11 de diciembre de 2007 que “la discapacidad es una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada”, es decir, que se requiere para tener la condición de discapacitado haber sido reconocido como tal por un organismo público mediante el correspondiente procedimiento⁸⁶.

Con carácter general, lo que se considera es que el despido por enfermedad de un trabajador no es un acto discriminatorio puesto que el despido no se produce por razón de su enfermedad sino porque al empresario no le interesa mantener el contrato de trabajo ya que se ve reducida su productividad, de ahí que el despido no sea calificado como nulo sino como improcedente.

6.2. Decisión de los tribunales españoles en el Caso Daouidi tras la cuestión prejudicial del TJUE

Como se ha explicado anteriormente, el Caso Daouidi es un asunto donde una empresa despidió a uno de sus trabajadores alegando causas disciplinarias cuando el trabajador se encontraba desde hacía dos meses en baja laboral como consecuencia de un accidente de trabajo donde se dislocó un codo. El Sr. Daouidi demandó a la empresa por considerar que su despido no estaba bien justificado, ya que entendía que fue despedido de forma discriminatoria por incurrir en baja laboral por enfermedad, y por ello, debía ser calificado el despido como nulo.

El Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona reconoció que el motivo real del despido era la duración incierta de la situación de incapacidad derivada del accidente laboral que sufrió, y

⁸⁵ VELASCO PORTERO, Teresa. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, cit., pp. 145-147.

⁸⁶ DESDENTADO DAROCA, Elena. “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, cit., p. 4.

no el bajo rendimiento del trabajador ya que no se pudieron alegar los problemas o disfunciones en el trabajo del demandante. Ante esta situación, manifiesta que la enfermedad y la discapacidad no son equiparables, en principio, basándose en la STJUE sobre el caso Chacón Navas, pero también le surge la duda de si existe una discriminación por discapacidad según la Directiva 2000/78 puesto que concurren los requisitos que ya había marcado el TJUE en la sentencia del caso Ring (limitación de larga duración para el desempeño de las funciones laborales). De ahí que presentase una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁷, en la que preguntaba si puede considerarse dentro del concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 la situación de un trabajador en incapacidad temporal por accidente laboral cuya duración es incierta, por calificarse de duradera.

En su respuesta el TJUE marcó los criterios para por determinar cuándo una afección de un trabajador es duradera, e indica que se debe valorar, “en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, que la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. Por tanto, indicó que si se llegase a la conclusión de que la limitación de la capacidad del Sr. Daouidi es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad puede constituir una discriminación para este caso concreto.

Como indica el apartado 55 de la STJUE le corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter duradero, ya que tal apreciación es de carácter fáctico. Por tanto, corresponde al Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona.

Tras la sentencia del TJUE que da respuesta a la cuestión prejudicial, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona dicta la sentencia 472/2016, de 23 diciembre de 2016, en la que indica que para definir el carácter duradero de la limitación hay que tener en cuenta todos los elementos objetivos que se puedan considerar. En concreto el juez dispone de una serie de pruebas médicas donde se concluía que la incapacidad del interesado no presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo ya que la resonancia

⁸⁷ Apartado 36 del asunto C-395/15, STJUE 01/12/2016: “¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad”—como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?”

que los servicios médicos le realizaron manifestó que presentaba diversas lesiones que hacían impensable una reincorporación a corto plazo. De hecho el demandante meses después del accidente laboral formuló solicitud de invalidez permanente ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Ante estos documentos, el juez constata que la limitación del demandante ha sido notablemente duradera, y por consiguiente, se puede incorporar esta situación de incapacidad temporal en el concepto de discapacidad que recoge la Directiva 2000/78. Pero esto no es suficiente para calificar al despido de nulidad puesto que es necesario estudiar si realmente estamos ante una discriminación en el sentido que recoge la Directiva europea en el artículo 2.1.

El juez entiende, tras la celebración del juicio, que la única causa del despido fue la duración de su situación de discapacidad sin “una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”, puesto que no se pudo demostrar por parte de la empresa que hubiera una causa disciplinaria cuando el contrato del trabajador había sido incrementado en horas y prorrogado; como establece la sentencia “no ha aportado una explicación objetiva y razonable de la razón del despido del actor”. Por ello, el juez falla que el despido debe calificarse de discriminatorio por causa de discapacidad.

De manera que el juez declara la nulidad del despido, cuya consecuencia es la readmisión inmediata del trabajador en su puesto de trabajo, debiendo la empresa realizar los ajustes razonables que requiera la situación de discapacidad del trabajador. Además, tiene derecho al pago de los salarios de tramitación y el pago de la indemnización resarcitoria que reclamó.

Frente a esta sentencia, la empresa presentó un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña que dictará la sentencia 3767/2017, de 12 de junio de 2017, la cual estimará el recurso y declarará el despido improcedente.

Para llegar a esta resolución el TSJ comienza matizando que “por el simple hecho de que la empresa en el juicio no haya podido conseguir probar la verdadera causa de despido, ello no es causa suficiente que permita declarar la nulidad del despido, en todo caso, debería haberse declarado su improcedencia”. A esta cuestión hizo referencia el juez de primera instancia para consolidar el argumento de que la única causa del despido fue la duración de su situación de discapacidad, ya que no se pudo demostrar por parte de la empresa que existieran motivos para incurrir en un despido disciplinario.

El TSJ parte del análisis del artículo 14 de la Constitución Española indicando que la discriminación por enfermedad que alega el trabajador no se recoge expresamente en este artículo constitucional, y que para que pudiera entenderse dentro de la cláusula final genérica debería estudiarse la razonabilidad de introducirlo en base a “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”. Termina indicando el TSJ que la enfermedad puede encuadrarse en el marco del artículo 14 de la Constitución puesto que puede llegar a ser un factor de discriminación, que en el caso del despido, puede utilizarse como un elemento de segregación. Pero en todo caso no va a ser reconocida la enfermedad como factor discriminatorio, ya que indica el TSJ que la enfermedad en sentido genérico no puede ser considerada como tal en relación con el despido.

El tribunal indica que no se puede equiparar la enfermedad “sin adjetivos o cualificaciones adicionales” con la discapacidad, ya que la enfermedad puede afectar un menor o mayor periodo de tiempo pero es un grupo calificado como “efímero o de composición variable”, mientras que la discapacidad es una situación “permanente que altera las condiciones de vida de la persona”.

Después de realizar esta aclaración en relación con la Constitución Española y siguiendo su anterior jurisprudencia, el TSJ entra a valorar los criterios indicados por el TJUE en esta materia en las relevantes sentencias Chacón Navas y Ring, añadiendo la cuestión prejudicial que sobre el propio caso Daouidi se presentó por el juez de primera instancia.

En base al estudio que se ha realizado sobre la cuestión prejudicial previamente, el TJUE se detiene en la duración de la situación del trabajador, y teniendo en cuenta el criterio del TJUE de que dicha circunstancia debe ser considerada en el momento del hecho discriminatorio, el TSJ indica que según el apartado 46 de la STJUE el estado físico del trabajador accidentado es reversible. Por ello, entiende que no puede ser calificada como duradera, y además, hay que considerar que fue dado de alta sin secuelas. Añade que el hecho de que solicitara un reconocimiento de incapacidad permanente tampoco es relevante a efectos de determinar la duración de las limitaciones, por lo que concluye que

no se puede entender que la actuación de la empresa se encuadre en un acto discriminatorio⁸⁸.

De manera que se puede observar como la interpretación que hacen los tribunales sobre la duración de la limitación que la enfermedad supone al trabajador en su vida profesional es diferente. El juez de primera instancia entendía que en el momento del despido, en base a los datos de las pruebas médicas, como en el corto plazo el trabajador no se podía incorporar a su puesto de trabajo implicaba que la limitación era duradera, sin embargo, el TSJ consideraba que en el momento del despido el trabajador presentaba una enfermedad que era reversible, y por lo tanto, que la limitación no se prolongaba en el tiempo.

Según esta fundamentación, el TSJ declaró que al no considerarse como duradera la limitación generada por la enfermedad, pues no era posible equipararla al concepto de discapacidad, y por lo tanto, no era posible entender que hubiera un trato discriminatorio en base a la Directiva 2000/78.

De manera que el TSJ estima el recurso de suplicación considerando que el despido no era nulo, pero ante la falta de justificación del despido del trabajador entiende que se trata de un despido cuya calificación es de improcedente. Como consecuencia, la empresa tiene el derecho de opción entre continuar con el contrato de trabajo o extinguirlo aportándole la indemnización correspondiente.

6.3. La calificación por los tribunales españoles de los despidos que afectan a personas con discapacidad sobre la base de la jurisprudencia del TJUE

Las decisiones de los tribunales españoles, tras las cuestiones prejudiciales del TJUE que se han ido conociendo, han dado lugar a soluciones muy diferentes entre sí a pesar de conocer sobre un mismo asunto. Nos encontramos con que los fallos de los Juzgados de lo Social en primera instancia en bastantes ocasiones son contradichos por los Tribunales de Superiores de Justicia en segunda instancia tras conocer los recursos de suplicación. Claramente se ha observado en el reciente caso español sobre el Caso Daouidi, con el que se llega a la conclusión de que ni mucho menos la última palabra la tiene el TJUE, puesto

⁸⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”. *Revista de información Laboral*, cit., p. 2.

que la calificación del despido de nulidad que llevó a cabo el Juzgado de lo Social fue considerada por la instancia superior de improcedencia.

Partiendo de esta base, y dado que hay un número importante de sentencias españolas sobre discriminación por razón de discapacidad en relación al despido, vamos a destacar cronológicamente aquellas que los autores más referencian, distinguiendo esencialmente si el despido ha sido justificado en base al artículo 52 apartado a) o al artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores.

En relación al artículo 52 d) del ET cabe destacar la sentencia 339/2013 del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, de 17 de septiembre. En cuanto a los hechos probados, la demandante trabajaba para la empresa Tilis Groups, S.L. como “trabajadora familiar” a jornada completa desde el año 2007, pero en enero de 2012 se produce una subrogación de la empresa, momento en el que la trabajadora comunica que padece migraña crónica diagnosticada desde el año 2003. En agosto del año 2012 vuelve a comunicar que la migraña tenía una frecuencia mensual incapacitante, por lo que desde entonces la trabajadora se ha ausentado de su puesto en varias ocasiones. Ante esta situación la empresa le comunica su despido en base al artículo 52 d) del ET, es decir, por faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes, y la trabajadora decide demandar a la empresa por entender que no se cumplen los requisitos que exige el artículo en que se justifica el despido puesto que la migraña debe considerarse una enfermedad grave, y además, se están vulnerando Derechos Fundamentales debiendo ser calificado el despido como nulo.

La demandante alega que el artículo 52 d) del ET es inconstitucional, entrando a valorar el Juzgado de lo Social tal cuestión, pero en todo caso lo que a efectos de este Trabajo interesa, es que el Juzgado alude a la jurisprudencia del TJUE sobre el caso Ring para resolver este asunto. En este sentido manifiesta el Juzgado de lo Social que interpretando el artículo 52 d) conforme a la doctrina del TJUE, las enfermedades prologadas en el tiempo que den lugar a una limitación en el desarrollo de su trabajo deben considerarse incluidas dentro del concepto de discapacidad, como ocurre en el caso de esta trabajadora, y por ello entiende que computar esas enfermedades dentro de los límites del artículo 52 d) del ET supone una discriminación indirecta por razón de discapacidad, puesto que es evidente que las personas con discapacidad pueden incurrir en un mayor número de situaciones de incapacidad temporal, facilitando así su despido.

De manera que el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona declaró nulo el despido por su carácter discriminatorio por razón de discapacidad, debiendo la empresa readmitir de forma inmediata a la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir, conforme establece el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta sentencia fue recurrida por la empresa ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que mantendrá un criterio totalmente distinto al que el juez de primera instancia manifestó⁸⁹, puesto que en su sentencia 3548/2014, de 15 de mayo de 2014, dictaminó que el despido era procedente. El TSJ entra a valorar si la enfermedad que presenta esta trabajadora es una enfermedad pura y simple, o por el contrario, produce una discapacidad, y en este sentido precisa que “la causa del despido no es la de estar enferma sino la reiteración en el número de bajas de corta duración por incapacidad temporal que ha tenido en un determinado período de tiempo”.

Además, entiende que no todas las bajas fueron provocadas por migraña, y por tanto, ya no entra a valorar si la enfermedad puede ser considerada dentro del marco de la discapacidad al estar presente más de una dolencia, y es que precisamente en el caso Ring las bajas eran provocadas por una sola afección en la trabajadora. A ello añade que la dolencia de la demandante presentaba una frecuencia mensual, por lo que no puede ser entendida como una enfermedad que se prolongue a lo largo del tiempo.

De manera que el TSJ declara el despido procedente según el artículo 53.4 del ET por acreditar la empresa la concurrencia de la causa en que se fundamentó el despido, no teniendo derecho a indemnización.

Sin embargo, atendiendo a esta misma causa objetiva de extinción del contrato de trabajo del artículo 52 d) del ET pero en otro supuesto distinto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia 7395/2015, de 22 de diciembre de 2015, no sigue la idea expresada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anteriormente desarrollada⁹⁰.

⁸⁹ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”. *Revista Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 137-138.

⁹⁰ MORENO GENÉ, Josep. “La “enfermedad asimilada a discapacidad” como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo. Comentario a la sentencia del tribunal superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (jur. 2016\25104)”. *Revista IusLabor*, núm. 2, 2016, pp. 1-23.

En este caso se trata de una trabajadora, la demandante, que trabaja para la empresa Peugeot Citroën Automóviles España, S.A., que también fue despedida por absentismo según lo dispuesto en el artículo 52 d) del ET. La trabajadora estaba diagnosticada de cambios degenerativos discales, lo que le hacía estar medicada para soportar el dolor generándole varios efectos secundarios, y por ello, consideraba que el despido era nulo porque realmente se trataba de un despido discriminatorio por razón de discapacidad.

El Juzgado de primera instancia de Vigo en su sentencia 319/2015 declaró que el despido era conforme a Derecho, sin embargo, el TSJ de Galicia consideró que realmente el despido debía ser calificado de nulidad. Para ello argumenta que la patología de la trabajadora no es algo nuevo sino que siempre ha sido diagnosticada de esta dolencia, tratándose de una enfermedad crónica y degenerativa, por lo que no se cura, incapacitándola ocasionalmente para su actividad laboral. Reconoce el TSJ que esta enfermedad acaba generando ausencias en el puesto de trabajo que no tienen por qué ser superiores a 20 días, lo que haría que esas ausencias computen en aplicación del artículo 52 d) del ET.

Lo primero que hace el TSJ es determinar si la enfermedad que padece la trabajadora puede englobarse en el concepto de discapacidad, y para ello recurre a la jurisprudencia del TJUE (tanto el caso Chacón Navas como el caso Ring) que según la Convención de la ONU viene a definir qué se entiende como tal, indicando el TSJ que efectivamente en este caso no existe duda acerca de la situación patológica de la actora que la genera limitaciones en el desempeño de su puesto de trabajo y tienen carácter prologando en el tiempo. En segundo lugar, valora si realmente se trata de una discriminación por razón de discapacidad englobar las bajas provocadas por la enfermedad en el cómputo del artículo 52 d) del ET conforme la jurisprudencia comunitaria, y al respecto manifiesta que puede generar una discriminación indirecta según el artículo 2.2 b) de la Directiva 2000/78 porque corre “mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo”; es decir, acoge plenamente la doctrina del TJUE sobre el caso Ring.

Pues bien, atendiendo a lo dicho hasta ahora, el TSJ considera que estamos ante una “enfermedad equiparable a discapacidad”, y que por ello, el despido es nulo por discriminatorio, debiendo la empresa readmitir de forma inmediata a la trabajadora, con

abono de los salarios dejados de percibir, conforme establece el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores⁹¹.

En este caso el TSJ de Galicia indica, a diferencia de del TSJ de Cataluña, que no es necesario que todas las ausencias deriven solamente de la patología que da lugar a la discapacidad puesto que esto “podría encubrir una conducta censurable desde la óptica constitucional”. De manera que la sentencia del TSJ de Galicia no se acerca a lo dispuesto por el TSJ de Cataluña, sino que más bien reafirma lo que el Juzgado de lo social nº 33 de Barcelona manifestó en relación al artículo 52 d) del ET.

Para cerrar este asunto debemos conocer la respuesta del Tribunal Supremo en su sentencia 700/2017, de 21 de septiembre de 2017, tras ser recurrida la sentencia del TSJ de Galicia en casación para la unificación de doctrina por la contradicción que presenta esta sentencia con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 15 de mayo de 2014, y que ya se ha analizado⁹².

El TS empieza matizando que “la confrontación de las dos resoluciones sometidas al juicio de contradicción deberá realizarse teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en concreto, se refiere a las sentencias sobre el caso Chacón Navas y el caso Ring, e incluso menciona ya la reciente sentencia del TJUE sobre el caso Daouidi. También hace hincapié en el hecho de que tanto en la sentencia del TSJ de Galicia como en la sentencia de contradicción las faltas de asistencia han obedecido a distintas dolencias, apreciación que ambos tribunales realizaron en su momento pero que interpretaron de forma distinta, para el TSJ de Galicia no impedía que se pudiese considerar una enfermedad equiparable mientras que para el TSJ de Cataluña el hecho de que se diese tal situación implicó que ya no entrase a valorar si era una enfermedad asimilable a la discapacidad, acogiendo el TS a la apreciación del TSJ de Cataluña.

Posteriormente el TS manifiesta que, si el legislador excluyó del cómputo de las faltas las ausencias que obedecían a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, “resulta

⁹¹ SÁNCHEZ PÉREZ, José. “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud”. *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2017, p. 8.

⁹² MORENO GENÉ, Josep. “El difícil recurso a la enfermedad asimilada a discapacidad como límite del despido por absentismo del trabajador (STS de 21 de septiembre de 2017, rec. 782/2016)”, cit. pp. 178-186.

evidente que el legislador quiso otorgar especial consideración a un supuesto distinto de las bajas por enfermedad que pueden dar lugar con base en diferentes etiologías a las ausencias reiteradas pero sin conexión con el núcleo de un tratamiento debido a una dolencia prolongada en el tiempo”. De manera que entiende que en este caso concreto ninguna de las bajas recogidas en la carta de despido puede considerarse dentro de la excepción que recoge el artículo 52 d) del ET ya que en los hechos en ningún momento se indicó que la dolencia de la trabajadora fuera grave sino que la enfermedad se caracterizaba por ser crónica, siendo cosas distintas⁹³.

En base a estos fundamentos el TS declarará que la enfermedad que padece la trabajadora no puede ser equiparada a la discapacidad, y que por ello, no puede entenderse que el despido fuera discriminatorio. De manera que el TS confirma la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo.

En definitiva, analizando estos dos casos y concluyendo con la sentencia del TS, se observa como al final cada uno de los tribunales tiene una interpretación distinta sobre las pautas que el TJUE da en esta materia. Pero el hecho de que el Tribunal Supremo en sus sentencias sea propenso a no equiparar la enfermedad a la discapacidad, en cierto modo echa por tierra el sistema de protección en caso de despido de las personas con discapacidad que el TJUE va elaborando en base a las cuestiones prejudiciales que se le plantean.

Esta tendencia del Tribunal Supremo se vuelve a observar en su reciente sentencia 306/2018, de 15 de marzo de 2018, en la que resuelve un recurso de casación de unificación de doctrina como consecuencia de la contradicción entre dos sentencias dictadas por el TSJ de Cataluña con fecha de 1 de julio de 2014 y por el TSJ de Galicia con fecha de 27 de mayo de 2016.

La sentencia dictada por el TS básicamente se dedica a recordar toda la jurisprudencia del TJUE en relación con la equiparación entre la enfermedad y la discapacidad, concluyendo que un caso como el que entra a analizar, donde el despido se produce tras un periodo de tiempo en situación de baja laboral, pero que sin que se hubiera terminado el periodo máximo legal permitido para ello, y cuando la trabajadora en el momento del despido ni

⁹³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”. *Revista de información Laboral*, cit., pp. 4-6.

siquiera había presentado una resolución sobre su situación en cuanto a la duración de futuro, no puede ser equiparada a una discapacidad. Es decir, el TS no entra a analizar si la situación de la trabajadora realmente presenta los elementos del concepto de discapacidad adoptado por el TJUE puesto que no valora si ciertamente la situación en la que se encuentra la trabajadora le genera una limitación en el desempeño del puesto de trabajo que le suponga una desigualdad respecto del resto de trabajadores, simplemente concluye que la incapacidad laboral todavía no se ha prologando en el tiempo de forma duradera, y por ello, entiende que el despido no puede ser calificado de nulidad al no tratarse de un despido discriminatorio.

En la segunda parte de este apartado se entra a analizar una sentencia del TSJ de Cataluña referida al despido objetivo en aplicación al artículo 52 a) del ET sobre ineptitud sobrevenida que recurre también a la definición que el TJUE adopta sobre discapacidad. Se trata de la sentencia 1128/2015, de 17 de febrero de 2015, que es un recurso de suplicación de la sentencia 258/2014, de 24 de julio de 2014, del Juzgado de lo Social de Barcelona nº 19, y que viene a ratificar la nulidad del despido de la trabajadora por ser considerado discriminatorio por vulneración de los Derechos Fundamentales⁹⁴.

La trabajadora se incorporó en la empresa en el año 2012 ocupando el puesto de gerocultora no padeciendo en ese momento ningún tipo de dolencia. Sin embargo, un año después le diagnostican hipertiroidismo con enfermedad coronaria no impidiéndole desempeñar su puesto de trabajo con normalidad como el informe médico manifiesta. Sin embargo, unos meses después el servicio de Prevención de Riesgos Laborales de una mutua contratada por la empresa considera que la trabajadora es “apta con restricciones” por lo que no podría manipular manualmente cargas superiores a 10 kg., lo que realmente no era un problema porque la empresa disponía de grúas.

En enero de 2014 la trabajadora recibe carta de despido alegando que según el informe de la mutua “no es factible su incorporación a su puesto de trabajo ni en ninguno otro en la empresa, atendiendo a los riesgos propios del trabajo y sus limitaciones”, y por lo tanto, no es apta para su puesto de trabajo por ineptitud sobrevenida según el artículo 52 a) del ET.

Tanto el juez de primera instancia como el TSJ de Cataluña se remiten a la jurisprudencia del TJUE (caso Chacón Navas y caso Ring) para determinar que la situación de la

⁹⁴ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”, cit. pp. 154-158.

trabajadora puede ser considerada de discapacidad aunque no presente un documento oficial que así lo alegue, ya que no es necesario a efectos de la definición que en el marco comunitario acoge el TJUE en relación con la Directiva 2000/78. De hecho, ya hemos anteriormente expuesto, que el reconocimiento de una discapacidad en los Estados miembros no tiene por qué coincidir con el concepto de discapacidad comunitario.

El Tribunal entiende que, según la jurisprudencia del TJUE, la trabajadora presentaba una limitación para el desempeño de su puesto de trabajo de larga duración, pero que no le impedía desempeñar su puesto de trabajo con el correspondiente ajuste que la empresa le denegó, implicando el despido que la trabajadora sea apartada del mercado laboral por presentar una enfermedad crónica generadora de un grado de discapacidad que realmente no la inhabilitaba para llevar a cabo sus funciones correctamente.

Además, el Tribunal añade que para poder declarar una ineptitud sobrevenida según el artículo 52 a) del ET es necesario que “el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo”, cuestión que en este caso concreto no se da.

Por todas estas razones, el TSJ de Cataluña concluye que siguiendo lo dispuesto por la Directiva 2000/78, la trabajadora fue despedida discriminatoriamente por razón de su discapacidad según la jurisprudencia del TJUE, y por ello, ante la vulneración de los Derechos Fundamentales de acuerdo al artículo 55 del ET, es declarado el despido nulo. Tal declaración implica la readmisión de la trabajadora de forma inmediata a su puesto de trabajo.

Esta sentencia es un ejemplo más de cómo los tribunales españoles recurren a la jurisprudencia del TJUE para resolver casos en los que hay presente un despido, justificado en alguna de las causas que recoge la normativa española, pero que realmente presentan una extinción del contrato de carácter discriminatorio por motivo de discapacidad.

6.4. La decisión del Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca en el caso Ruiz Conejero tras la cuestión prejudicial del TJUE

Con fecha de 7 de marzo de 2018, el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca ha dictado la sentencia 171/2018 tras considerar la decisión de 18 de enero de 2018 que el Tribunal de

Justicia de la Unión Europea estableció en la cuestión prejudicial que el tribunal español le planteó.

Recordando brevemente los hechos, ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca se presentó una demanda por Carlos Enrique Ruiz Conejero contra la empresa de limpieza Ferroser Servicios Auxiliares, S.A. para la que trabaja, por considerar que ha sido despedido discriminatoriamente por incurrir en baja laboral por enfermedad ya que existe una vinculación directa entre las situaciones de incapacidad temporal y su condición de discapacitado.

El trabajador tenía reconocida un 37% de discapacidad debido a limitaciones físicas derivadas de obesidad y de una limitación funcional de la columna vertebral, lo que provocó que el trabajador tuviera que estar en situación de incapacidad temporal por enfermedad en varias ocasiones. Precisamente estas ausencias llevaron a que el empresario justificase su despido en virtud del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores.

El tribunal español reconoce que los trabajadores discapacitados se encuentran más expuestos que los demás trabajadores al riesgo de que se les aplique el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores que se refiere a la extinción del contrato por causas objetivas, en concreto, por faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes. Por ello, plantea al TJUE una cuestión prejudicial preguntándole si el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores es contrario a la Directiva 2000/78 cuando las ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador.

Realmente lo que hizo el tribunal español es plantear la misma duda que el caso Ring en cuanto a si un artículo de una ley nacional era contrario a la Directiva 2000/78 por afectar discriminatoriamente a las personas con discapacidad a la hora de correr un mayor riesgo para ser despedidos.

El TJUE manifestó que el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, sí es contrario a la Directiva 2000/78 por suponer una discriminación indirecta. Pero cabe la posibilidad de que no tenga tal consideración cuando “dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad”. El análisis de la consecución de este objetivo le corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

Tras lo declarado por el TJUE, el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca después de repasar los límites entre enfermedad y discapacidad que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han desarrollado en sus sentencias, y que ya ha sido expuesto anteriormente, menciona dos sentencias de tribunales superiores españoles. La sentencia del TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 recogió que el artículo 52 d) ET no contiene una discriminación directa, pero sí es apreciable una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, que será precisamente el criterio al que se acogerá este juez de primera instancia, y por otro lado, la reciente sentencia del TS de 21 de septiembre de 2017 en la que éste acoge las características que debe presentar una enfermedad para ser considerada discapacidad, las cuales fueron declaradas por el TJUE en sus sentencias.

A partir de aquí, aclara el juez que como la empresa desconocía que el trabajador sufriera alguna discapacidad, no puede entenderse en ningún caso que se tratase de una discriminación directa puesto que lo que hace el empresario es aplicar una disposición que aparentemente es neutra. De manera que no existe “una voluntad intencional discriminatoria” en el empleador pese a que la aplicación del artículo 52 d) del ET si implica que sus consecuencias sean discriminatorias, por lo que se trata de una discriminación indirecta.

A continuación entra a interpretar las excepciones que recoge el artículo 52 d) del ET que no computan en los límites que el propio artículo establece para determinar que se incurre en las causas que justifican un despido objetivo. En este sentido indica que estas excepciones no cubren la totalidad de las situaciones de discapacidad, quedando “desamparados unos amplísimos campos de discapacidad no incluíbles en el mismo al poder carecer la/s enfermedad/es motivadora/s de la misma [...] de la adjetivación de gravedad o etiología cancerígena”, y por lo tanto, entiende el juez que el legislador español debería responder ante esta situación mediante la inclusión “en el artículo 52 d) del ET, dentro de los procesos de incapacidad temporal inferiores a veinte días, la excepción de su aplicación, a efectos del cómputo de los días de faltas de asistencia al trabajo, a los trabajadores que tengan reconocida la condición de discapacitado, cuando dichos procesos de incapacidad temporal deriven o estén vinculados a las enfermedades causantes del reconocimiento de su discapacidad”.

Finalmente el Juzgado de lo Social de Cuenca concluye que al no estar recogida esa excepción referida a las enfermedades derivadas de la discapacidad por el legislador en el

artículo 52 d) del ET, le corresponde interpretarlo de esa manera al órgano jurisprudencial, entendiendo que este artículo implica una discriminación indirecta por razón de discapacidad. De manera que el juez califica el despido de nulidad, lo que implica la readmisión inmediata del trabajador en su puesto de trabajo como establece el artículo 55.6 del ET.

De manera que el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca se remite a la decisión adoptada por el TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015, pero hay que tener en consideración como el propio TS posteriormente en la sentencia 700/2017 matizó que las enfermedades que no tuvieran el carácter de “gravedad” que exige el artículo 52 d) del ET no pueden ser excepcionadas en el cómputo que este artículo recoge, pese a que puedan ser enfermedades crónicas que tengan una duración extendida en el tiempo.

En todo caso hay que tener en cuenta que estamos ante dos supuestos diferentes. Por un lado, el planteado en la STS núm. 700/2017 afectaba a una trabajadora cuyas bajas laborales por incapacidad temporal no derivaban todas ellas de una única situación incapacitante, es cierto que padecía una enfermedad degenerativa, pero ni estaba dentro de los supuestos de excepción de aplicación del artículo 52 d) del ET (es crónica pero no grave) ni se podía hablar de una enfermedad que supusiese una limitación duradera en el tiempo ya que las bajas eran debidas a varias dolencias. Sin embargo, el caso Ruiz Conejero tiene un planteamiento distinto, puesto que el trabajador tenía una discapacidad reconocida por su obesidad (aunque desconocida por el empresario), y las diferentes bajas laborales que cogió eran derivadas de una única dolencia, por lo que despedir a una persona con discapacidad por las enfermedades derivadas de la misma sí supone una discriminación indirecta cuando el artículo 52 d) del ET no contempla como excepción estas situaciones que pudieran favorecer a las personas con discapacidad.

Por lo tanto, en mi opinión, la interpretación que hace este juez sobre el caso Ruiz Conejero es correcta en cuanto a la nulidad del despido y la necesidad de que el legislador reforme las excepciones del artículo 52 d) del ET incluyendo como tales las bajas provocadas por las enfermedades derivadas de la discapacidad. De manera que en caso de recurso ante los tribunales superiores, es posible que a diferencia de lo que viene aconteciendo en las últimas sentencias del TS dado que se trata de un supuesto diferente, se desestimase el mismo manteniendo la sentencia de primera instancia.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA. Las personas con discapacidad son un grupo vulnerable de la sociedad que requieren de una especial protección en el ámbito del empleo, en particular en lo que se refiere a la posibilidad de que sean despedidos como consecuencia de actos discriminatorios por razón de discapacidad. Esta protección no sólo se encuentra recogida en la legislación, sino que también es importante tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha venido a concretar cuándo estamos ante una situación que pueda ser equiparada a la discapacidad y qué personas pueden sufrir una discriminación por razón de discapacidad.

SEGUNDA. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el año 2006 ha venido dando respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales de los Estados miembros en materia de despidos discriminatorios por razón de discapacidad. Si bien es cierto que los supuestos que se pueden presentar en relación con los despidos de personas con discapacidad son muy variados, cabe destacar que actualmente la mayor litigiosidad se centra en delimitar cuándo estamos ante una enfermedad pura y cuándo estamos ante una enfermedad equiparable a una discapacidad, puesto que el propio TJUE en el caso Chacón Navas, que fue el primer asunto sobre esta cuestión en el que se ha pronunciado, ha manifestado que no son términos sinónimos, y por tanto, que no existe una equiparación total entre estos conceptos.

Esta distinción es especialmente relevante ya que las consecuencias derivadas de un despido son diferentes en cuanto a que si hay equiparación a la discapacidad se podría tratar de un despido discriminatorio por razón de discapacidad, y por lo tanto, como manifiesta el artículo 55.5 del ET se produciría de manera inmediata la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. Sin embargo, si hablamos de un despido cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal por enfermedad sin adjetivos o cualificaciones adicionales, por alterar transitoriamente la salud, estaríamos ante un supuesto de improcedencia, en cuyo caso la consecuencia, al no concurrir causa justificativa de la decisión de extinción de la relación laboral, es que el empresario pueda optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente como establece el artículo 56 del ET.

TERCERA. El concepto de discapacidad ha evolucionado en el marco de la Unión Europea significativamente, provocando esa evolución un cambio en la propia

jurisprudencia del TJUE. Hay que partir de la base de que la Directiva 2000/78 presenta el inconveniente de que no define qué se entiende por discapacidad, y esto implicó que el TJUE en su sentencia del caso Chacón Navas tuviera que elaborar una definición propia indicando que se trataba de “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que durante un largo período suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. Pero el punto de inflexión en la jurisprudencia del TJUE se produce cuando la UE ratifica en el año 2009 la Convención de Naciones Unidas de Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 que sí establece una definición de lo que se entiende por discapacidad, siendo ésta acogida ya por el TJUE con la sentencia del caso Ring estableciendo que es la “limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. Precisamente el apartado e) del Preámbulo de la Convención Internacional de la ONU reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona.

Esta definición se caracteriza por ser más amplia en cuanto que no se centra exclusivamente en el ámbito laboral, reconoce que se tiene que tratar de deficiencias de larga duración, y además, que dichas deficiencias impidan la igualdad en relación con los demás trabajadores como consecuencia de la mayor vulnerabilidad que padecen.

CUARTA. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recogido en varias de sus sentencias (apartados 41 y 42 del Caso Ring, apartado 65 del Caso Daouidi, y apartados 32 y 33 del caso Ruiz Conejero) que en el marco de la Unión Europea el concepto de discapacidad válido es el que ha sido adoptado por el TJUE en base a la Convención Internacional de la ONU con independencia de que una persona en su Estado miembro tenga reconocida o no mediante un determinado procedimiento administrativo o por una norma la condición de discapacidad. Por lo tanto, su reconocimiento en el Estado miembro no quiere decir que según la normativa europea pueda considerarse una persona con discapacidad, ni a la inversa, lo que realmente hay que analizar es si la dolencia que padece el trabajador le supone una limitación duradera en el desarrollo de sus funciones laborales.

QUINTA. Desde el asunto Chacón Navas en el año 2006 hasta el último pronunciamiento sobre esta materia en el año 2018 con el asunto Ruiz Conejero, el TJUE ha ido estableciendo los criterios que deben analizarse por parte de los Tribunales nacionales para poder calificar una enfermedad como equiparable a la discapacidad. En primer lugar, la

enfermedad debe provocar una limitación para el trabajador en el desarrollo de sus funciones laborales. En segundo lugar, esa limitación debe ser de larga duración, entendiéndose como tal según la STJUE en el caso Daouidi que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Y, en tercer lugar, la STJUE en el caso Ring manifestó que puede tratarse tanto de una enfermedad curable como incurable. De manera que para poder considerar a la enfermedad como factor de discriminación es necesario que se cumplan estos requisitos, puesto que la única vía por la que se puede llegar a entender a la enfermedad como tal es que ésta se identifique con la discapacidad.

SEXTA. Mientras que el TJUE en el asunto Chacón Navas manifestó que los motivos del principio de no discriminación recogidos en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 no podían ampliarse por analogía, y por ello, no se podía considerar a la enfermedad pura y simple como razón de discriminación, hay que tener en cuenta su aportación en el asunto Coleman donde nos encontramos con que sí reconoce una ampliación subjetiva de la discapacidad. En esta última sentencia indicó el TJUE por primera vez que la discriminación por razón de discapacidad no solo la puede sufrir la propia persona que padece la discapacidad sino también las personas que no la padecen, como puede ser el caso de un familiar que tiene que cuidar de una persona con discapacidad. Es decir, la Directiva 2000/78 tiene como objetivo luchar contra toda discriminación que esté basada en la discapacidad en todo lo relacionado con el ámbito del empleo.

SÉPTIMA. Una vez determinado qué se entiende por discapacidad hay que entrar a valorar cuándo se produce un despido discriminatorio por razón de discapacidad, y en este sentido las sentencias del TJUE acuden al artículo 2 de la Directiva 2000/78 donde se recoge la definición. En este artículo se define tanto el concepto de discriminación directa como indirecta, destacando los casos de las sentencias Ring y Ruiz Conejero, donde se observa como alguna norma nacional de los Estados miembros donde se plantearon las cuestiones prejudiciales aparentemente neutras acaban generando una discriminación indirecta a los trabajadores con discapacidad.

OCTAVA. En España es frecuente encontrarse con despidos cuya justificación se basa en el artículo 52 a) y 52 d) del ET que regulan el despido objetivo por ineptitud sobrevenida y por faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes, respectivamente. Sin

embargo, frecuentemente detrás de esos despidos lo que realmente hay no es un despido cuya causa tenga justificación, sino que se trata de un despido discriminatorio por razón de discapacidad. Las personas con discapacidad o enfermedades equiparables son más vulnerables a incurrir en la posible aplicación de estos artículos, y por ello, que tengan que soportar un trato discriminatorio.

En este sentido, los tribunales españoles tienen que interpretar los casos que analizan bajo las pautas de la jurisprudencia del TJUE, pero el problema que nos encontramos en España es que la interpretación que hacen los Juzgados de lo Social en primera instancia en muchos casos no coincide con la interpretación de los Tribunales de instancias superiores. Además, es que al tratarse de una cuestión cuya valoración tiene que realizarse caso por caso, no es posible establecer unas pautas unificadas, y nos encontramos con que frecuentemente el Tribunal Supremo en sus sentencias no equipara la enfermedad a la discapacidad (STS 700/2017 y STS 306/2018), lo que pone en entredicho la protección que el TJUE en sus cuestiones prejudiciales va elaborando en caso de despido de las personas con discapacidad.

En definitiva, en los casos españoles que han llegado al TJUE mediante cuestiones prejudiciales se observa como la última palabra no la tiene el Tribunal de Luxemburgo, sino que nos encontramos con casos donde la sentencia del Tribunal Supremo contradice lo que el TJUE manifestó ya que la forma de interpretar una misma cuestión es diferente según el órgano jurisdiccional del que se trate.

8. PROPUESTAS

PRIMERA. La sentencia del asunto Chacón Navas reconoció claramente que no es posible extender por analogía los motivos de discriminación que la Directiva 2000/78 recoge en su artículo 1, y por lo tanto, no es posible entender como tal a la enfermedad. Sin embargo, hay enfermedades que tienen ciertas características que hacen que se asemejen a una discapacidad, recurriéndose a la equiparación de la enfermedad con ésta, para que la protección de los trabajadores enfermos pueda llevarse a cabo por la vía de la discriminación, dando lugar a la nulidad del despido en caso de que éste sea discriminatorio. El problema es que no es fácil, sobre la base de las pautas establecidas por el TJUE, reconocer cuando estamos ante una enfermedad equiparable, sobre todo porque se trata de una aplicación donde cada caso es diferente, lo que está generando que los

Tribunales en las diferentes instancias, ante un mismo asunto, estén dando lugar a interpretaciones diferentes.

Pues bien, considero que introducir mediante una reforma legislativa de las normas españolas como causa de discriminación a la enfermedad sería demasiado arriesgado para la productividad y economía de los empresarios puesto que el absentismo laboral es una realidad en nuestro país (en el año 2017 ha marcado un record histórico al alcanzar un 5%⁹⁵), sin embargo, sí que podría llevarse a cabo por el legislador una mayor especificidad de los requisitos que la enfermedad debe cumplir para ser equiparada a la discapacidad, siempre que se sigan los criterios que el TJUE ha establecido, es decir, que se trate de una enfermedad que implique una limitación en el desarrollo de las funciones laborales que sea de larga duración. En todo caso hay que tener en cuenta que los trabajadores con discapacidad no pueden quedar desamparados para garantizar que la situación empresarial sea buena, sino que se deben adoptar medidas contundentes dirigidas precisamente a proteger a las personas con discapacidad para que puedan acceder al mercado laboral.

Precisamente pienso que uno de los criterios que la normativa debería incorporar para que valorasen los Tribunales si el empresario ha llevado a cabo un despido discriminatorio o no es que se analizase si éste, ante un trabajador que está afectado por una enfermedad equiparable a la discapacidad, ha llevado a cabo los correspondientes ajustes que el trabajador requiere para desempeñar su puesto de trabajo. De tal manera que si el trabajador tiene capacidad para realizar las funciones que se le mandan con el correspondiente ajuste, y siempre que el ajuste no sea una carga excesiva para el empresario, en mi opinión en caso de que el empresario no cumpliera con dicha obligación debería ser interpretado por los Tribunales como un factor negativo de cara a reconocer una discriminación por razón de una enfermedad equiparable a la discapacidad.

Pero, nos encontramos con otro problema, que es la delimitación de lo que se entiende por ajustes razonables y por carga excesiva de los mismos para el empresario, de ahí que crea que debería desarrollarse en este aspecto la Ley española mediante un reglamento que aporte mayor concreción.

⁹⁵ Datos obtenidos de la noticia publicada en el periódico ABC el 22 de junio de 2018. Consultado el 28 de junio de 2018: https://www.abc.es/economia/abci-tasa-absentismo-laboral-marca-record-historico-espana-y-sube-5-por-ciento-durante-2017-201806201512_noticia.html

SEGUNDA. Puesto que en muchas ocasiones los trabajadores que tienen reconocida una discapacidad se encuentran con el problema de que dicha discapacidad les genera la necesidad de tener que incurrir en situación de incapacidad temporal por enfermedad, sería oportuno que el legislador en el artículo 52 d) del ET introdujera como motivo de excepción del cómputo de ausencias justificadas pero intermitentes las enfermedades derivadas de la discapacidad. Precisamente estas personas son más vulnerables al despido justificado por parte de los empresarios por aplicación de este artículo, lo que supone una discriminación indirecta como ya ha reconocido el TJUE, en cuanto que estas personas son más propensas a ser despedidas puesto que pueden alcanzar antes el límite establecido.

9. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALCÁZAR ORTIZ, Sara. “Discapacidad y empleo: el marco jurídico antidiscriminación en el ámbito de la Unión Europea”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

BENAVIDES VICO, Antonio. *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de la Seguridad Social*. Navarra: Aranzadi, 2015.

BIEL PORTERO, Israel. *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores y BIEL PORTERO, Israel. *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

CAMPOY CERVERA, Ignacio. “La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978”, *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. Madrid: Dykinson, 2014.

CARDONA RUBET, María Belén. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

CORDERO GORDILLO, Vanessa. *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco. “Régimen legal de la atención y protección de las personas con discapacidad”, *Atención y protección jurídica de la discapacidad*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo. “Integración laboral de las personas con discapacidad”, *Atención y protección jurídica de la discapacidad*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (coordinador), CABEZA PEREIRO, Jaime y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar. *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

MANGAS MARTÍN, A. “Comentario al artículo 26”, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, 2008.

RUIZ CASTILLO, María del Mar. *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010.

SERRANO ARGÜELLO, Noemí. “La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria”, *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Navarra: Aranzadi, 2016.

TORRES CORONA, Teresa; BELZUNEGUI-ERASO, Ángel; y MORENO GENÉ, Josep. *Finding solutions for a post-crisis society*. Universitat Rovira i Virgili, 2015.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

CABEZA PEREIRO, Jaime. “La discriminación por discapacidad; el caso Chacón Navas”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.

CUBA VILA, Belén. “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad. Medidas de ajuste razonable.”. *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2014.

DESDENTADO DAROCA, Elena. “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”. *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2017.

ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo. “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”. *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2017.

FERNÁNDEZ ORRICO, Javier. “Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario.”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.195, 2017.

GALA DURÁN, Carolina. “La pensión de incapacidad permanente en el ámbito local”, *La Administración Práctica*, num.6, 2017.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”. *Revista de información Laboral*, núm. 11, 2017.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José. “Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido”. *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014.

GOÑI SEIN, José Luis y RODRÍGUEZ SAN DE GALDEANO, Beatriz. “La regulación convencional en materia de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de trabajadores con limitaciones psicofísicas”. *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015.

LÓPEZ-VERAZA PÉREZ, Carlos. “La discapacidad en la Unión Europea. Concepto, regulación y estrategia. Especial referencia a la convención de naciones unidas sobre derechos de personas con discapacidad así como a la situación de ciudadanos de terceros países”. *Diario La Ley*, núm. 9122, 2018.

MIRANDA BOTO, José María. “El Tribunal de Justicia deja a los jueces nacionales la tarea de determinar si un despido durante una incapacidad temporal puede ser nulo en tanto que discriminatorio por razón de discapacidad”. *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2017.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”. *Revista Temas Laborales*, núm. 130, 2015.

MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel. “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral. Estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-

270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”. *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018.

MORENO GENÉ, Josep. “La “enfermedad asimilada a discapacidad” como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo. Comentario a la sentencia del tribunal superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (jur. 2016\25104)”. *Revista IusLabor*, núm. 2, 2016.

MORENO GENÉ, Josep. “El difícil recurso a la enfermedad asimilada a discapacidad como límite del despido por absentismo del trabajador (STS de 21 de septiembre de 2017, rec. 782/2016)”. *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017.

MUÑOZ RUIZ, Belén. “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”. *Revista Temas Laborales*, núm. 101, 2009.

PÉREZ ANAYA, Rosa María. “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2015.

RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, Rosa. “La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, 2017.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad”. *Revista Relaciones Laborales*, núm. 18, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea”. *Revista Relaciones Laborales*, núm. 21, 2008.

RODRÍGUEZ SAN DE GALDEANO, Beatriz. “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”. *Temas Laborales*, núm. 127, 2014.

SÁNCHEZ PÉREZ, José. “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud”. *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2017.

TORRONTEGUI AYO, Nerea. “La incidencia de la doctrina comunitaria en la calificación del despido de trabajadores enfermos”. *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2018.

TUSET DEL PINO, Pedro. “El procedimiento a seguir para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Comentario al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre”. *Revista de información Laboral Legislación*, núm. 2, 2001.

VELASCO PORTERO, Teresa. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 11 de julio de 2006, C-13/05, Asunto Chacón Navas

STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, Asunto Coleman

STJUE de 6 de diciembre de 2012, C-152/11, Asunto Odar

STJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11, Asunto Ring

STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, Asunto Daouidi

STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/16, Asunto Ruiz Conejero

Tribunal Supremo

STS de 29 de enero de 2001, núm. 502/2001

STS de 11 de diciembre de 2007, núm. Recurso 4355/2006

STS de 21 de septiembre de 2017, núm. 700/2017

STS de 22 de febrero de 2018, núm. 194/2018

STS de 15 de marzo de 2018, núm. 306/2018

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Canarias de 25 de enero de 2011, núm. 9/2011

STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014, núm. 3548/2014

STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014, núm. 4753/2014

STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2015, núm. 1128/2015

STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017, núm. 3767/2017

STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015, núm. 7395/2015

STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2016, núm. 3180/2016

Juzgados de lo Social

SJS nº 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013, núm. 339/2013

SJS nº 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016, núm. 472/2016

SJS nº 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018, núm. 171/2018

SJS nº 33 de Madrid de 16 de octubre de 2006, núm. 363/2006

SJS nº 4 de Vigo de 27 de mayo de 2015, núm. 319/2015