

Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre *Applying EU Anti-Discrimination Law*.

Joan Agustí Maragall, Magistrado especialista, Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea.

Resumen: La ponencia aborda el marco normativo y la evolución jurisprudencial del Derecho de la Unión Europea relativa a los conceptos de “discapacidad” -causa de discriminación prohibida por la Directiva 2000/78- y de “ajustes razonables”. En tal sentido, se defiende una interpretación de la doctrina del TJUE que, en orden a identificar situaciones de discriminación por “discapacidad”, atienda a los factores objetivos respecto al estado del trabajador/a en lugar de a factores subjetivos (la intencionalidad del empresario). Aborda a continuación la incidencia de la doctrina del TJUE más reciente en el cada vez más importante papel de los “ajustes razonables” como mecanismo de lucha contra discriminación.

Sumario:

I.- Marco jurídico

- 1.- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 2.- Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- 3.- La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

II.- El concepto de discapacidad según la jurisprudencia del TJUE.

- 1.- La inquietud judicial española (y danesa) respecto del concepto de “discapacidad”.
- 2.- STJCE Chacón Navas, C-13/05, de 11.7.06.
- 3.- STJUE HK Danmark (Ring), C-335/11, de 11.4.13.
- 4.- STJUE KALTOFT C-354/13, de 18.12.14.
- 5.- La STJUE de 1.12.16. Daouidi, C-395/15
- 6.- STJUE 18.1.18 RUIZ CONEJERO (C-270/16).
- 7.- La STJUE de 11.9.19 DW y Nobel Plastiques Iberica, C-397/18

IV.- La objetivación del concepto “discapacidad” como causa de discriminación.

1.- El concepto de “discapacidad” del que debemos partir:

2.- ¿Es relevante el carácter reversible o curable de la limitación?

3.- La limitación no tiene que ser “total”, basta que sea “parcial”.

4.- Situaciones que, por sí mismas, no comportan necesariamente una situación de discapacidad.

5.- ¿Es relevante el tiempo transcurrido entre el accidente o inicio de la situación de incapacidad temporal y la fecha del despido?

6.- ¿Qué debemos entender por “limitación duradera” ?

7.- ¿A quien corresponde efectuar esta valoración?

8.- ¿Respecto de que momento debe efectuarse la valoración del “carácter duradero” de la limitación?

9.- ¿En que momento debe efectuarse la valoración del “carácter duradero” de la limitación?

10.- ¿Debe valorar el juez/a la evolución médica posterior al despido y la documentación acreditativa de la misma?

11.- ¿Es determinante o relevante el conocimiento empresarial del estado médico del trabajador en el momento del despido?

12.- En síntesis: la objetivación del concepto “discapacidad” como causa de discriminación (directa e indirecta).

V.- El efecto de la jurisprudencia del TJUE en la jurisprudencia interna respecto del “despido improcedente por causa de enfermedad.

VI.- El concepto de “ajustes razonables”.

1.- La definición normativa en la Convención de las Naciones Unidas.

2.- La definición normativa en la Directiva 2000/78.

3.- Jurisprudencia del TJUE en materia de ajustes razonables: la STJUE 11.4.13 Ring (HK Danmark), C-335/11.

4.- La reciente STJUE 11.9.19 DW Nobel Plastiques (C-397/18).

I.- Marco jurídico

1.- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Tras el fracaso del intento de aprobación de una Constitución Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000) es lo más parecido a un sucedáneo de la misma: tiene la virtualidad de reunir por vez primera en un único documento todos los derechos que hasta su promulgación se dispersaban en distintos instrumentos legislativos como las legislaciones nacionales y los Convenios internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas, y de la Organización Internacional del Trabajo.

Como se proclama en su preámbulo, la Carta reafirma -dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad- los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al dar visibilidad y claridad a los derechos y a las libertades fundamentales, la Carta contribuye a desarrollar el concepto de ciudadanía de la Unión así como a crear un espacio de libertad, seguridad y justicia.

En todo caso, tiene el mismo valor jurídico que los tratados, tal como dispone el 6.1 del Tratado de la Unión Europea: “ *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.* ”

En su artículo 21.1, “*Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*”.

La eficacia “horizontal”, inter privados, de esta prohibición ha estado reconocida reiteradamente por la jurisprudencia del TJUE (desde la STJUE Kukudevecci 19.1.10, STJUE Egenberger C-414/16, apartados 76 y 77), de tal forma que “*es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión*”.

2.- Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Este mandato prohibitivo se concreta, en lo que a la discapacidad se refiere, en la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Del preámbulo de la Directiva, y en orden al concepto de “ajustes razonables”, que abordaremos más adelante, destacamos los siguientes “considerandos”:

(16) *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.*

(17) *La presente Directiva 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, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.[...]*

(20) *Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.*

(21) *Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.»*

Y en cuanto el texto normativo, se reproducen a continuación los preceptos fundamentales:

-artículo 1, “Objeto”,:

«La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

-artículo 2, «Concepto de discriminación”:

1. *A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.*

2. *A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:*

a) *existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;*

b) *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda[n] 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; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.»

-artículo 5, “Ajustes razonables para las personas con discapacidad»:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.»

3.- La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La Convención de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, “la Convención”) sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada el 13 de Diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas, fue ratificada por la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 y, como veremos, tiene una importancia capital en la evolución del jurisprudencial de “discapacidad” a cargo del TJUE, dada la ausencia de definición normativa en la Directiva 2000/78.

En la letra e) de su preámbulo se reconoce «.. que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Como en el caso de la Directiva, se reproducen a continuación los preceptos fundamentales:

- artículo 1, «Propósito»:

«El propósito de la presente Convención 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. 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.»

-artículo 2,«Definiciones»: [...]

“Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;”

II.- El concepto de discapacidad según la jurisprudencia del TJUE.

1.- La inquietud judicial española (y danesa) respecto del concepto de “discapacidad”.

Como ya he avanzado, la Directiva 2000/78 no contempla una definición de discapacidad. Protege esta situación pero no la define, y este hecho es clave para entender la importancia de los pronunciamientos del TJUE que se analizan a continuación por cuanto la protección se instrumenta a nivel europeo, y por lo tanto, en concurrencia con un total de 28 definiciones nacionales distintas.

De ahí la importancia de la evolución jurisprudencial que analizamos a continuación a través de sus pronunciamientos más relevantes, en respuesta a cuestiones prejudiciales todas ellas danesas y españolas: “Chacón Navas”, “Ring” (también conocida como “Danmark”), “Kaltkof”, “Daouidi”, “Ruiz Conejero” y la muy reciente “DW Nobel”.

¿A que se debe que, desde órganos judiciales españoles, se hayan planteado nada menos que cuatro cuestiones de las tres que abordan frontalmente el concepto de “discapacidad” (“Chacón Navas”, “Daouidi” y la reciente “DW Nobel”)? Quizás convenga exponerlo sintéticamente.

En España, hasta el año 1994, la normativa laboral interna (art. 55.6 ET y 102-6 LPL, desde 1980) establecían una tutela específica para el trabajador en situación de incapacidad temporal, en términos parecidos a los que dispone el actual art. 55.5 ET en relación con las situaciones vinculadas a los derechos de conciliación, por lo que el despido de todo trabajador/a en suspensión de contrato (como supone la incapacidad temporal por enfermedad o accidente) debía ser calificado nulo caso de no resultar procedente, debiendo comportar necesariamente la readmisión y el abono de los salarios de tramitación.

La Reforma Laboral de 1994 introdujo cambios en la normativa sustantiva y procesal que comportaron la desaparición -como supuesto explícito de declaración de nulidad- el despido improcedente en situación de suspensión temporal (y, con ella, la de incapacidad temporal). Ello no obstante, la mayoría de los Tribunales Superiores y, en concreto, el TSJ de Cataluña, consideraron que la supresión de tal supuesto de nulidad “automática” solamente respondía -al menos en relación a la situación de incapacidad

temporal derivada de enfermedad común o accidente- al hecho de haber quedado subsumida en la genérica causa de nulidad por discriminación o vulneración de derechos fundamentales, y siguieron sancionando con la nulidad por discriminación (ex art. 14 CE) los despidos por causa de la situación en incapacidad temporal. Así, entre otras, en su sentencia de 28.2.00, el TSJ de Catalunya razonaba “*no hay duda de que se discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social establecida en las normas laborales y de seguridad social, ...*”. En la misma línea pueden citarse las STSJ Cataluña de 2-4-2001 (AS 2001, 2139) y 26-9-2002 (AS 2002, 3017), STSJ Murcia 24-5-2004 y STSJ Canarias 8-3-2004.

Sin embargo, esta línea doctrinal que aceptaba, de forma natural, que es despido por causa de incapacidad temporal suponía una discriminación “*por razones de salud*” finalizó con la sentencia del Tribunal Supremo de 29.1.01, cuando afirmó que si bien el despido de un trabajador en situación de IT no es una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, entendió que no era discriminatorio y que, por consiguiente, la calificación jurídica que merecía tal despido era la de “*improcedente*” que, a diferencia de la “*nulidad*”, no comporta la readmisión.

Razona para llegar a tal conclusión que la “*enfermedad*” como tal no está incluida como explícita causa odiosa de discriminación en el artículo 14 CE ni encaja en el mismo como «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*». Considera que la prohibición de discriminación requiere un factor de diferenciación de especial rechazo social e histórico y la existencia de un elemento de segregación, que no concurriría en la simple “*enfermedad*”. De tal razonamiento podemos inferir que –según el Tribunal Supremo español- la prohibición de discriminación únicamente se vulnera en relación a enfermedades estigmatizadas cuyas víctimas han sido socialmente rechazadas, tales como el VIH o SIDA. Lo cierto, es que en más de 30 pronunciamientos sobre la cuestión, referidos a procesos de “*enfermedad*” o “*accidente*”, nunca ha apreciado el elemento de “*segregación*”.

Esta modificación doctrinal del Tribunal Supremo, además, coincidió con una reforma normativa a partir del año 2002 (conocida como “*despido exprés*”), actualmente derogada (desde la Reforma Laboral de 2012), que permitía –en la práctica- despedir sin causa real, siempre que el empresario reconociera la improcedencia y asumiera su coste económico, lo cual provocó una avalancha de despidos de trabajadores/as por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal.

De la inquietud de algunos jueces de lo social ante esta situación nacen, como mínimo, dos de las cuestiones prejudiciales que analizaremos, “*Chacón Navas*” y “*Daouidi*”.

2.- STJCE Chacón Navas, C-13/05, de 11.7.06.

La primera sentencia que aborda el posible carácter discriminatorio de un despido por causa real de incapacidad temporal responde a una cuestión prejudicial promovida por el JS nº 33 de Madrid, que aborda la siguiente situación de hecho: La Sra. Chacón Navas trabajaba en la empresa Eurest, sociedad especializada en el sector de la restauración colectiva. El 14 de octubre de 2003 fue declarada en baja laboral por enfermedad y, según los servicios públicos de salud que se ocuparon de su caso, no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo. Pasados seis meses, el 28 de mayo de 2004, Eurest notificó a la Sra. Chacón Navas que quedaba despedida, sin

especificar motivo alguno, reconociendo al mismo tiempo el carácter improcedente del despido y ofreciéndole una indemnización.

La cuestión central planteada desde el órgano judicial fue la siguiente: *¿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?*.

El TJUE empezará por reconocer que el concepto de «discapacidad» no viene definido en la propia Directiva 2000/78, la cual tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto, advirtiéndole, ello no obstante, que su sentido y alcance debieran ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, acorde con el contexto de la disposición y el objetivo que dicha directiva pretende alcanzar.

Recuerda a continuación que, a tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad, y que en este contexto, debe entenderse –apartado 43- que *“el concepto de «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.”*

A renglón seguido (apartado 44) puntualiza que al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad», por lo que *“es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos”*, razonando a continuación (apartado 45) que la Directiva 2000/78 establece 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»*, de lo que se infiere 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”*.

Concluye, por ello, (apartado 46) que *“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”*, por lo que *“una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad”* (apartado 46).

3.- STJUE HK Danmark (Ring), C-335/11, de 11.4.13.

La sentencia Hk Danmark (o Ring) es la primera sentencia que se dictó tras la ratificación por parte de la Unión Europea, en 2010, de la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos de las personas con discapacidad y, en razón de ello, amplía el concepto de “discapacidad”.

La sentencia aborda, previa acumulación de ambas cuestiones prejudiciales, el caso de dos trabajadoras que fueron despedidas a causa de una serie de ausencias derivadas de cuestiones de salud. En el caso de la Sra. Ring, estuvo de baja en diversas ocasiones entre el 6 de junio de 2005 y el 24 de noviembre de 2005 por dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento, mientras que la Sra. Werge padeció sucesivos períodos de baja por causa de las secuelas de un latigazo cervical a consecuencia de un accidente de tráfico. El derecho danés permite el despido con un plazo de preaviso inferior al normal (sólo un mes frente a tres meses con carácter mínimo) cuando el trabajador haya estado de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de cualquier período de doce meses consecutivos.

El juzgado danés promotor plantea, mediante sus cuestiones primera y segunda, en esencia, si el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende 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, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente; también si dicho concepto que la enfermedad esté diagnosticada médicamente como incurable o como curable y, finalmente, si la naturaleza de las medidas que ha de adoptar el empleador es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable el referido concepto.

El TJUE, en su respuesta, empieza por recordar (apartado 36) que el concepto de «discapacidad» no se define en la propia Directiva 2000/78 y que, por ello, en la sentencia Chacón Navas, entendió que *“dicho concepto 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.”*

Pero, a continuación (apartado 37), señala que la Convención de la ONU, ratificada por la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009 (después de que se dictara la sentencia Chacón Navas), reconoce en su considerando e) que *«la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*, por lo que reformula el concepto de «discapacidad», asumiendo casi literalmente el de dicha Convención, declarando que (apartado 38) *“se refiere a 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”*, añadiendo que (apartado 39) *“ que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo».*

Precisa a continuación (apartado 40), a sugerencia del Abogado General, que *“no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad”*, por lo que –ya en el apartado 41– declara *“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.»

El TJUE, pues, da por sentado que también las patologías “curables” pueden constituir una “discapacidad”, lo cual –probablemente- lo infiere de que la definición ex art. 1 de la Convención se refiere a “*deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo...*”, término – el de “*largo plazo*”- que, por consiguiente, admite la reversibilidad o curación de la “deficiencia”. Pero quizás, dado que la definición formulada en la anterior STJCE CHACÓN NAVAS podía sugerir lo contrario, debiera haber integrado en la sentencia esta mínima justificación para mayor claridad, que –en todo caso- se alcanza en la posterior STJUE “Daoudi”.

Establecida esta definición (que pronunciamientos posteriores han reiterado como concepto “oficial”), efectúa después varias importantes precisiones:

En el apartado 42, que “*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.* (esto es, no toda enfermedad será “discapacidad”).

En el apartado 43, que la circunstancia de que la persona de que se trate pueda desempeñar su trabajo de manera limitada o parcial no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de «discapacidad», ya que una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional, abundando –ya en el apartado 44- que el concepto de «discapacidad», tal como resulta del apartado 38 de la presente sentencia, debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no como una imposibilidad de ejercer tal actividad.

En el apartado 45, que la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial, ya que la definición del concepto de «discapacidad» en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de ésta. Conforme al decimosexto considerando de la Directiva 2000/78, estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad. Por lo tanto, son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad (46).

Afirma a continuación que, a raíz de esta ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 debe comprender, en particular, las discapacidades debidas a accidentes, para concluir, en el apartado 41, que “*si un accidente 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, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78*”.

Añade a continuación que la Directiva se opone a una disposición nacional que permita despedir a un trabajador discapacitado cuando la baja médica haya sido consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de

realizar los ajustes razonables (apartados 65 a 68), afirmando a continuación -ya en los apartados 75 y 76- que *“incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad, en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar de forma indebida, una enfermedad ligada a discapacidad al concepto general de enfermedad”*.

Y concluye que el trabajador discapacitado -o asimilado a esa situación- está expuesto a un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y por tanto a alcanzar el límite -120 días de la ley danesa-, por lo que dicha regla puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y de este modo supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido de la Directiva (art. 2.2), salvo si tal regla al tiempo que persigue un objetivo legítimo de política social o de empleo -presupuesto una libertad amplia de configuración del Estado.

Esta sentencia sigue siendo la más relevante en cuanto al concepto de “discapacidad”, al establecer un cambio de paradigma respecto de la doctrina anterior, al asumir la conceptualización del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas, en razón de su primacía al ratificada por la UE en 2009.

Como señala el profesor David Gutiérrez Colominas (*“La obligación de realizar ajustes razonables en puesto de trabajo para personas con discapacidad...”*, ed. Bomarzo, 2019), el TJUE integra –con ello- el “modelo social” de tratamiento de discapacidad, al conceptualarla como *“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”* (apartado 38). Añade, en congruencia con la Convención, *“ que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo»* (apartado 39), cuestión que el TJUE tendrá ocasión de precisar, aunque no con la suficiente claridad, en la posterior STJUE Daouidi.

En todo caso, al integrar la definición de la “discapacidad” establecida en la Convención, asume un concepto más social y dinámico, frente al criterio básicamente médico anterior. Si comparamos la definición como *“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”*, en la la STJUE Chacón Navas de 2006, con la de la STJUE Ring (o Danmark) de 2013, *“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”*, constatamos dos relevantes diferencias además de la sustancial coincidencia en la “limitación” estrictamente médica:

-Frente al simple “obstáculo” subjetivo derivado de la limitación, es la interacción con las *“barreras”* (que hemos de entender “sociales”) lo que *“puede impedir la participación plena y efectiva”*.

-La inclusión de la *“igualdad de condiciones con los demás trabajadores”*, potenciando la perspectiva anti-discriminatoria del concepto.

En definitiva, la nueva conceptualización permite la ampliación de la tutela anti-discriminatoria de la Directiva en diversos aspectos:

- El origen de la limitación no es relevante: *“no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad”* (apartado 40).

-Ello permite no añadir la enfermedad como una nueva causa de discriminación, pero sí su asimilación a la “discapacidad” cuando concurren las expuestas notas del art. 1 de La Convención, prescindiendo de que sea “curable” o “incurable” (apartado 41).

-La limitación para el trabajo no tiene que ser “total” para que pueda apreciarse que constituye “discapacidad”, sino que puede ser también “parcial”.

-Ya en relación a los “ajustes razonables”, precisa que la existencia de una “discapacidad” no depende de la naturaleza de los ajustes o de la utilización de equipamiento especial, cosa que excluiría a determinadas dolencias físicas y mentales. La objetivación de una situación de “discapacidad” es, pues, previa a la necesidad de realizar ajustes razonables.

4.- STJUE Kaltoft C-354/13, de 18.12.14.

Esta sentencia, en respuesta a otra cuestión prejudicial promovida por un órgano danés, se refiere al Sr. Kaltoft, cuidador infantil a domicilio, con 15 años de antigüedad, que padecía de una manifiesta obesidad, que intentó corregir sin éxito, siendo elegido por los inspectores educativos de Billund Kommune como el único cuidador despedido en el contexto de una reducción de plantilla *«tras un examen concreto a la vista del número decreciente de niños, y por consiguiente de la carga de trabajo, que tiene consecuencias económicas graves para el servicio de cuidado de niños y para la organización de éste»*.

El TJUE, en su sentencia, considera (apartado 58) que la obesidad como tal no puede considerarse «discapacidad», dado que, por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una limitación de las contempladas en el concepto jurisprudencial establecido en la STJUE Ring ya analizada (*“una limitación de larga duración, 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”*).

Ello no obstante, declara –a renglón seguido, apartado 59 y siguientes- que *“en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarrearía una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría*

estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78», correspondiendo al órgano judicial promotor comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos.

Así sería, añade en el apartado 60, si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores “a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional”.

El interés de la sentencia es, pues, notable, ya que responde a la nueva conceptualización inaugurada con la STJUE Ring, más social, derivada de la Convención: amplía el ámbito de la tutela anti-discriminatoria por “discapacidad”, al integrar en la misma situaciones que –de natural, por sí mismas, no entrarían en el concepto, ya que no supone una “dolencia” ni comporta necesariamente una “limitación”- pero que, en cambio, si comporta una limitación que *“puede impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”*, si debe considerarse una “discapacidad”.

5.- La STJUE de 1.12.16. Daouidi, C-395/15

Después de la STJUE Ring (o Danmark), la STJUE Daouidi es, sin duda, la más relevante en la delimitación del concepto de discapacidad por cuanto, como veremos, aporta parámetros interpretativos para establecer el carácter “duradero” de la dolencia o limitación, derivada de enfermedad o accidente, que pueden determinar su consideración como “discapacidad”.

Ampliaré el objeto de análisis no solo a la propia STJUE Daouidi, sino también a las sentencias “aplicativas” de la misma (por parte del órgano promotor y del Tribunal Superior), por cuanto, ahora mismo, creo que ejemplifican la discrepante interpretación que se está haciendo de la sentencia.

-Situación de hecho analizada.

La situación de hecho analizada se refiere a un ayudante de cocina, supera, con el informe favorable del Jefe de Cocina, el período de prueba, y le es prorrogado a la duración máxima legal el contrato temporal y ampliada su jornada parcial o jornada completa. A consecuencia de un accidente laboral, al resbalar en la cocina y dislocarse el codo izquierdo, inicia un proceso de baja médica (incapacidad temporal derivado de accidente laboral), siendo despedido mediante una causa disciplinaria ficticia (bajo rendimiento) dos meses después.

El Sr. Daouidi, en su demanda inicial y posterior aclaración en el acto del juicio, denuncia la vulneración de los arts. 14 y 15 CE, invocando discriminación en razón de las secuelas derivadas del accidente laboral padecido y por lesión a su derecho a la integridad física. En la fecha del juicio, seis meses después del accidente laboral, seguía en situación de baja médica, bajo tratamiento médico y con el codo enyesado.

-Las cuestiones planteadas en relación a la CDFUE.

Mediante auto de 14.7.15 el JS 33 de Barcelona acordó elevar diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En dicha resolución se justificó tal decisión porqué, infiriéndose de los hechos acreditados un panorama indiciario suficiente de que la causa real del despido pudiera ser la situación de incapacidad temporal del demandante, *“en el estadio actual de evolución de la jurisprudencia española, ni tan siquiera de quedar acreditada la versión de los hechos del demandante, se entendería que concurre discriminación y/o lesión de los derechos fundamentales invocados.”*

Se informaba al TJUE, a continuación, de la reiterada e inalterada doctrina del Tribunal Supremo conforme *“la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en la que resulte apreciable el elemento de segregación”* (STS 29.1.01, 13.2.02, 12.7.04, 18.12.07, 22.9.08, 27.1.09), y que tal doctrina la había aplicado el Tribunal Supremo en relación a situaciones en las que, como en el presente caso, la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, como se recoge en la STS 12.7.12.

Se añadía que el Tribunal Constitucional, hasta el momento, no había corregido la expuesta doctrina del Tribunal Supremo, sino que -por el contrario- parecía haberla validado plenamente en su sentencia STC 62/08, al razonar *“que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria.”*

Añadía el auto que calificar con la simple “improcedencia”, con la mínima indemnización que ello comporta, este tipo de despidos -con la expuesta afectación de derechos fundamentales y/o sociales- resultaba difícilmente compatible con *“los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho”* a la que responde la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El órgano judicial planteo cinco cuestiones prejudiciales, las cuatro primeras de ellas referidas a la CDFUE, en cuyo detalle no voy a entrar ahora (al escapar del objeto de la ponencia), planteando la duda de si, a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitaria, no pudiera llegarse a solución contraria y considerar que tales despidos (por causa de accidente de trabajo) sí lesionaban el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la integridad física y a la salud, el derecho al acceso a las prestaciones de seguridad social (sanitarias y económicas) y el propio derecho al trabajo (que integra el derecho a no ser despedido sino es por un motivo “justo”), principios y derechos recogidos todos ellos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 3,15, 21.1, 30, 31, 34.1 y 35).

En relación a tales cuestiones, el TJUE, en su sentencia, se va a declarar “incompetente”, razonando que *“las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia ya que que en la fase actual del procedimiento principal no se ha acreditado que la situación controvertida entre en*

el ámbito de aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta”, ya que “ 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”.

Personalmente, el razonamiento del TJUE para justificar su “incompetencia” respecto a estas primeras cuestiones referidas a distintos preceptos de la CDFUE me parece contradictorio, ya que –como veremos a continuación- sí que se entendió competente para resolver la quinta cuestión, referida precisamente al concepto de “discapacidad” ex Directiva 2000/78, por lo que sí parece que la situación controvertida entraba –o podía entrar, según lo que apreciara el juez nacional- en el ámbito de aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta.

Creo, además, que en la actualidad tales cuestiones referidas a la CDFUE no merecerían tal respuesta elusiva, dada la manifiesta evolución del propio TJUE ,a propuesta de sus Abogados Generales, en favor de la aplicabilidad horizontal de aquellos derechos fundamentales de la CDFUE que posean las cualidades necesarias para poder ser invocada directamente en un litigio entre particulares (STJUE 6.11.18, dictada en los asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16 (Bauer y Brobonn).

-La quinta pregunta.

Explicado lo anterior -que me parecía necesario para evidenciar la evolución doctrinal del TJUE en los últimos años en relación al “efecto útil” de la CDFUE- nos centraremos en la respuesta a la quinta pregunta, centrada en el concepto “discapacidad” ex Directiva 2000/78 objeto de la ponencia:

¿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?»

-El informe del Abogado General.

Las conclusiones del Abogado General resultan de especial interés por cuanto la posterior STJUE de 1.12.16, más allá de la remisión expresa en su fundamentación a los apartados 56 y 67, va fundamentarse en el mismo, extrayendo de sus razonamientos los dos “indicios” –que analizaremos más adelante- para detectar el carácter duradero que convierten una simple “limitación” en “discapacidad”. Pero, además, en diversos apartados, enfatiza el carácter “objetivo” del concepto, frente a los factores “subjetivos” esgrimidos por la jurisprudencia española interna, que se fija más en el elemento “intencional” (el carácter “*segregacionista*” exigido por la doctrina del Tribunal Supremo para apreciar discriminación).

Los razonamientos esenciales son los siguientes y, dada su relevancia, me permito su reproducción literal:

44. *Habida cuenta de la concepción funcional del concepto de «discapacidad» adoptada por el Tribunal de Justicia, su causa es indiferente. De ello deduzco que una situación de incapacidad laboral derivada de una herida causada por un accidente laboral puede estar comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 si cumple los requisitos contenidos en la definición adoptada por el Tribunal de Justicia.*

46. *A este respecto, si bien parece acreditado que el Sr. Daouidi sufre una limitación derivada de su herida en el codo y que esa limitación, al interactuar con otras barreras, impide su participación plena y efectiva en la vida profesional en las mismas condiciones que los demás trabajadores, ha de demostrarse aún el carácter duradero de dicha limitación.*

47. *Para comprobar el carácter duradero de una limitación de este tipo, el juzgado remitente podrá basarse en todas las pruebas que se le presenten, en particular, en documentos y certificados médicos que evalúen la duración probable de la deficiencia en cuestión. Si de esas pruebas resulta que la limitación sufrida por el Sr. Daouidi presenta carácter duradero, es decir, que como consecuencia de posibles secuelas, puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre, esa limitación podrá incluirse en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.*

48. *En cambio, contrariamente a lo que indica el juzgado remitente, la apreciación del empresario de que el Sr. Daouidi se ausentó durante un tiempo lo suficientemente largo para que se estimase necesario prescindir de él, no puede determinar el carácter duradero de la limitación. En efecto, la discapacidad es un concepto objetivo y, por tanto, la apreciación subjetiva del empresario acerca de si la imposibilidad para trabajar del demandante en el litigio principal fue lo suficientemente larga carece de pertinencia.*

49. *(...). No obstante, considero que el hecho de que la incapacidad se calificara, en un primer momento, de «temporal», no impide que posteriormente pueda considerarse duradera sobre la base de pruebas médicas. Además, a mi juicio, la inclusión de una situación en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 no debe depender de la calificación como «incapacidad temporal» en el sentido del Derecho nacional que se haya aplicado al demandante en el litigio principal. Procede señalar asimismo que del tenor literal de la quinta cuestión prejudicial se desprende que el Sr. Daouidi se halla en situación de incapacidad temporal «de duración incierta».*

50. *El Gobierno francés indica también que consta que el despido del demandante en el litigio principal se produjo pasados 53 días de su accidente laboral, lo que, a su juicio, parece un período demasiado breve para que la situación pueda calificarse de «duradera». Sin embargo, no me parece que el plazo que medie entre que se produce un accidente laboral y el despido pueda ser un criterio que determine el carácter duradero o no de la limitación sufrida por un trabajador. Tal limitación podría perfectamente considerarse duradera aun cuando el trabajador fuese despedido inmediatamente después del accidente laboral. Adoptar la postura inversa sería manifiestamente contrario a la protección de los trabajadores discapacitados en la medida en que incitaría a los empresarios a despedir lo más*

rápidamente posible a los trabajadores enfermos o accidentados cuya situación de incapacidad profesional pudiera resultar duradera.

51. *Sobre la base de los datos anteriores el juzgado remitente deberá formarse una opinión acerca de si la situación del Sr. Daouidi está incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.»*

Especialmente relevante resulta, como veremos más adelante, la afirmación el criterio conforme “ *no me parece que el plazo que medie entre que se produce un accidente laboral y el despido pueda ser un criterio que determine el carácter duradero o no de la limitación sufrida por un trabajador”.*

-La STJUE Daouidi de 1.12.16.

Este previo análisis del informe del Abogado General facilita, sin duda, la comprensión de la posterior sentencia del TJUE, por cuanto –como se explicita en la misma– asume plenamente su planteamiento.

Empezando por la parte dispositiva, se da respuesta a la quinta cuestión planteada por el Juzgado promotor en los siguientes términos:

“La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

– El hecho de que el interesado 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 de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

– Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el 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 el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

– Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.”

Se reproducen a continuación los apartados que, en mi opinión, son de mayor interés, ya sea por comportar una nueva aportación doctrinal, o por razonar la aplicación de la doctrina ya establecida a la situación de hecho analizada (omitiré, pues, los que son mero recordatorio de la propia evolución doctrinal del TJUE en los asuntos “Ring” y “Kaltkof”, a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU).

- 46 *En el caso de autos, de la resolución de remisión resulta que el Sr. Daouidi fue víctima de un accidente laboral y que se dislocó el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado. Procede señalar que, en principio, tal estado físico es reversible.*
- 47 *El juzgado remitente precisa que, en la fecha de la vista celebrada ante él en el litigio principal, a saber, unos seis meses después de dicho accidente laboral, el codo del Sr. Daouidi seguía enyesado y, por tanto, éste no podía desarrollar su actividad profesional.*
- 48 *En estas circunstancias, consta que el Sr. Daouidi ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física. Por consiguiente, para determinar si cabe considerar al Sr. Daouidi una «persona con discapacidad» con arreglo a la Directiva 2000/78, e incluida, por tanto, en el ámbito de aplicación de esa Directiva, hay que analizar si esa limitación de su capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es «duradera» en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 42 de la presente sentencia.*
- 49 *La Convención de la ONU no define el concepto del carácter «a largo plazo» de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. La Directiva 2000/78 no define el concepto de «discapacidad» ni establece el de limitación «duradera» de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto.*
- 50 *Pues bien, según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, EU:C:1984:11, apartado 11, y de 16 de junio de 2016, Pebros Servizi, C-511/14, EU:C:2016:448, apartado 36).*
- 51 *Así pues, a falta de tal remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el concepto de limitación «duradera» de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de «discapacidad» al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme.*
- 52 *De ello resulta que el hecho de que se aplique al Sr. Daouidi el régimen jurídico de la incapacidad «temporal», con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera», en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.*
- 53 *Por otra parte, el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio “. (...)*

- 54 *Por lo que respecta al concepto de carácter «duradero» de una limitación en el contexto del artículo 1 de la Directiva 2000/78 y del objetivo perseguido por ésta, es necesario recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la importancia que el legislador de la Unión atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período (véase la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 45).*
- 55 *Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico.*
- 56 *Entre los indicios que permiten considerar que una limitación es «duradera» figuran, en particular, el 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, como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.*
- 57 *En la comprobación del carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, 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.*

-La sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona de 23.12.16.

En orden a dar cumplimiento al referido mandato valorativo de la STJUE, el juez de instancia promotor de la cuestión, entendiendo que la escasa documentación estrictamente médica aportada al acto del juicio era insuficiente para determinar el posible carácter “duradero” de la limitación del demandante, acordó la práctica de más prueba para mejor decidir, tendente a objetivar el estado médico del demandante en la fecha del despido y la evolución médica posterior. A la luz de tales nuevos elementos fácticos, la sentencia apreció que la limitación que padecía no “*presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*” –en base a resonancia magnética de 14.11.16, pocos días antes del despido- y, en todo caso, que la situación de baja médica “*se prolongó significativamente*” hasta completar un período de casi diez meses (al no emitirse el alta médica emitida por la mutua de accidentes en fecha 20.7.15). Por ello, concluyó que debía ser considerada indiscutiblemente una “limitación duradera” y, por consiguiente, una situación de “discapacidad” a efectos de la Directiva 2000/78, declarando la nulidad del despido impugnado, por su carácter discriminatoria.

- La sentencia del TSJ de Catalunya de 12.6.17.

Ello no obstante, dicha sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12.6.17, que aplicó la doctrina tradicional del Tribunal Supremo y declaró la improcedencia del despido, al no apreciar un elemento “segregacionista” en la

decisión de despedir al Sr. Daoudi, *“sino en la pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermedad tiene en el rendimiento laboral”*.

Considera la sentencia, en síntesis, que *“la situación del actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni, en el momento anterior a dictarse la sentencia, a la única conclusión a que podemos llegar es que... se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se puede calificar de duradera, pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20.7.2015.*

Si bien contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el mismo no fue admitido por *“inexistencia de contradicción”*.

Volveremos más adelante respecto a la discrepante interpretación del *“test Daoudi”* que hacen ambas sentencias.

6.- STJUE 18.1.18 Ruiz Conejero (C-270/16).

La cuestión prejudicial promovida por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca analiza la situación de un limpiador, con la condición reconocida de discapacitado (en un 32 %, debido a limitaciones físicas derivadas de una enfermedad del sistema endocrino-metabólico (obesidad) y de una limitación funcional de la columna vertebral, más un 5% por *“factores sociales complementarios*). Durante los años 2014 y 2015 dichas patologías originaron diversos procesos de incapacidad temporal (baja médica), que justificaron su despido en virtud del artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores, dado que la duración de sus ausencias acumuladas, aun justificadas, había superado los límites tasados en dicha disposición, a saber, el 20 % de las jornadas hábiles en los meses de marzo y abril de 2015, y que el total de sus faltas de asistencia en los doce meses anteriores había alcanzado el 5 % de las jornadas hábiles.

Interpuesta demanda contra el despido, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Cuenca elevó cuestión prejudicial preguntando, en esencia, si el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, incluso cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador.

El TJUE, en su sentencia, recuerda (apartado 29) que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador puede estar incluida en el concepto de *«discapacidad»* a efectos de la Directiva 2000/78 (STJUE 18.12.14, Kalkof o FOA, C-354/13), si la obesidad del trabajador impide su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional

Pero, más adelante, en su apartado 32, efectuará una importante precisión: el hecho de que se haya reconocido al demandante la condición de discapacitado a efectos del

Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78, añadiendo que para determinar si la situación en que se encuentra está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, y que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la limitación de la capacidad de éste ha de calificarse de discapacidad a efectos de dicha Directiva, atendiendo a la definición contenida en el apartado 28 de la propia sentencia, conformada por la jurisprudencia anterior, ya analizada: *“una 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”*

Ello no obstante, el juez promotor de la cuestión prejudicial, en el tercer fundamento jurídico de su posterior sentencia de 7.3.18, no parece atender a la advertencia del TJUE: se limitará a invocar la ya referida STJUE Kalkof y, partiendo de la base de que la obesidad que padecida por el demandante ya está considerada “administrativamente” como una discapacidad y que la misma deviene de enfermedades o dolencias físicas crónicas, concluye que las ausencias laborales por la misma exclusivamente consideradas no podrían ser utilizadas por la empresa como causa del despido objetivo, pues ello supondría una discriminación del actor por razón, precisamente, de su condición de discapacitado.

Quizás la advertencia del TJUE anteriormente referida –que *“la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78”*– hubiera justificado una mayor argumentación, atendiendo a que la resolución administrativa le había reconocido, por los dolencias físicas, un 32% de disminución, y que la superación del 33% –que otorga la condición de discapacitado– hasta el 37% fue gracias a los “factores sociales complementarios”, valorados en un 5%.

Volviendo al objeto de la cuestión prejudicial, y aunque ello escapa del estricto objeto de la presente ponencia (el concepto de discapacidad y de ajustes razonables), la STJUE que analizamos –para el caso que el juez promotor apreciara que sí concurre “discapacidad” en la situación del demandante (como efectivamente aconteció)– contestará a la misma declarando que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional 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, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente.

Y la sentencia del juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca 7 de marzo 2018 (núm. 861/15), en una extensa y sólida fundamentación, estimará que el art. 52.d) ET contiene una discriminación indirecta por causa de “discapacidad” en relación al cómputo de las ausencias provocadas por procesos de incapacidad temporal que deriven o estén vinculados a las enfermedades causantes del reconocimiento de una discapacidad, declarando la nulidad del despido, criterio confirmado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 10 de abril 2019 (rec. 664/2018).

En efecto, sin desconocer que el TJUE, consideran ambas sentencias que la finalidad de combatir el absentismo y reducir los costes empresariales constituye una finalidad legítima a los ojos de la Directiva, no concurre una razón objetiva basada en una finalidad legítima del art. 52.d ET. Especialmente porque la regla que contiene este precepto puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad, pues, *«en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores»*.

En definitiva, el art. 52.d ET, a pesar de su aparente neutralidad, supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad. Especialmente porque «no incluye ninguna exención en el cómputo de los días de ausencia motivados por la discapacidad del trabajador», provocando «un perjuicio mayor que al resto de los trabajadores porque aquellos por razón de su capacidad soportan un riesgo mayor de sufrir bajas o ausencias en el trabajo como consecuencia de enfermedades derivadas de su discapacidad».

Por este motivo, concluyen que la aplicación del art. 52.d ET «a ausencias en el trabajo de un trabajador con discapacidad derivadas de dicha discapacidad constituye una discriminación prohibida que conforme a lo establecido en los artículos 17 del ET y 35.4 del RDLeg 1/2013, siendo su consecuencia la nulidad de la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo (...) como consecuencia de faltas de asistencia al trabajo aún justificadas conforme a lo establecido en el art. 52.d del ET».

7.- La STJUE de 11.9.19 DW y Nobel Plastiques Iberica, C-397/18

La cuestión prejudicial fue promovida por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona en el marco de un procedimiento judicial de impugnación de un despido por causas objetivas del contrato de trabajo, que afecta a una trabajadora reconocida como “especialmente sensible” a los riesgos derivados del trabajo, de conformidad a lo previsto en el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al padecer epicondilitis por causa de enfermedad profesional, lo que provocó varios períodos de Incapacidad Temporal (baja médica).

En el auto de planteamiento se especifica que la epicondilitis, *“conocida también como codo del tenista, es una lesión caracterizada por dolor en la cara externa del codo, en la región del epicóndilo, eminencia ósea que se encuentra en la parte lateral y externa de la epífisis inferior del húmero. Es provocada por movimientos repetitivos de extensión de la muñeca y supinación del antebrazo, lo que ocasiona microrroturas fibrilares y reparación inadecuada de los tendones de los músculos que se originan en la región del epicóndilo, principalmente del tendón del músculo extensor radial corto del carpo”*.

Los distintos reconocimientos médicos efectuados determinaron la calificación “apta con limitaciones”, por lo que la trabajadora solicitó la adecuación del puesto de trabajo,

destinándola la empresa a distintos puestos de trabajo en los que el riesgo para su salud era menor (al manipular tubos de menor tamaño, que exigían menor esfuerzo). Sin embargo, entendiendo que tales actuaciones fueron insuficientes (al no desaparecer el riesgo ergonómico), la Inspección de Trabajo sancionó a la empresa.

Con independencia de lo anterior, en fecha 22.3.17, la empresa acordó diez despidos individuales (por causas empresariales objetivas) , adoptando como criterios de selección individual los siguientes: la adscripción a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico (ámbito empresarial afectado por la reestructuración), productividad inferior al 95 %, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo

La demandante, la señora DW, un de las despedidas, impugnó la decisión extintiva empresarial, solicitando la declaración de nulidad de la extinción, entendiendo que la aplicación de los distintos criterios de selección generales le genera en su caso una situación de discriminación por razón de discapacidad.

De las distintas preguntas planteadas por el juez promotor de la cuestión prejudicial, nos centramos de momento en la primera, por la que interroga al TJEU si el concepto de «trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en el sentido del artículo 25 de la Ley 31/1995, es asimilable al concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78, tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia:

«1) ¿Deben ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la aplicación de la [Directiva 2000/78], tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las personas trabajadoras calificadas como especialmente sensibles a determinados riesgos cuando, por sus propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y que por dicha razón no pueden desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas?»

Conviene aclarar que en razón de su condición de «trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo», según artículo 25 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, no debiera ser adscrita a aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, pueda ella, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro.

El juez promotor, en el auto de promoción de la cuestión prejudicial, justifica la necesidad de esta primera pregunta por cuanto –sabedor de que según la jurisprudencia del TJUE la determinación de si una persona se encuentra dentro de la categoría de situaciones que deben ser consideradas como “discapacidad” a los efectos de la Directiva 2000/78 corresponde al juez nacional (Sentencia Ruiz Conejero, apartado 33)- el TJUE también ha dado pautas y criterios sobre este concepto, relacionándolo con la limitación de la capacidad, en el sentido de que ha de ser “duradera” (Sentencia Daouidi, apartados 42 y 48), y que, al margen de que estas personas especialmente sensibles puedan recibir un trato específico para protegerlas frente a determinados riesgos profesionales, como quiera que sus lesiones físicas son “duraderas” –y derivadas del trabajo desarrollado– en el momento en que se adopta contra ella el acto

presuntamente discriminatorio, deben ser calificadas dentro del concepto de “discapacidad”.

El TJUE, al responder a esta primera cuestión, en sus apartados 39 a 46 recuerda su propia doctrina sobre el concepto de “discapacidad”, conformada por las sentencias que ya hemos analizado, especialmente la STJUEs RING y DAOUDI, y –ya en el apartado 47 y 48- describe la situación de la demandante como *“una trabajadora que, debido a una enfermedad, ha sufrido durante un largo período de tiempo una limitación de su capacidad para trabajar como consecuencia de dolencias físicas”*, que –por su condición reconocida de *“trabajadora especialmente sensible”*- no debe ser empleada en determinados puestos de trabajo que generen riesgo o peligro (para ella o para los demás).

Ello no obstante, a continuación (apartado 49), ya avanza su respuesta al afirmar *“que el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, no significa, de por sí, que esa persona tenga una «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78,”*, respuesta que justifica por cuanto *“la definición del concepto de «trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo», en el sentido del artículo 25 de la Ley 31/1995, se basa en requisitos que no son idénticos a los mencionados en el apartado 41 de la presente sentencia”*, por lo que *“no puede considerarse que ese concepto se corresponda con el de «persona con discapacidad» en el sentido de dicha Directiva.”*

Y ya añade en el siguiente apartado (50) –como ya hiciera en el caso “Daoudi” i “Ruiz Conejero”- que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en el asunto principal, el estado de salud de DW implicaba una limitación de su capacidad que cumplía con los requisitos mencionados en el apartado 41 de la propia sentencia (el concepto jurisprudencial de “discapacidad”) ya que solamente en caso de respuesta afirmativa, deberá considerarse que, en el momento de su despido, DW era una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78.

IV.- La objetivación del concepto “discapacidad” como causa de discriminación.

Analizados los pronunciamientos más relevantes en cuanto al concepto de “discapacidad”, expongo a continuación mi propuesta interpretativa de la jurisprudencia del TJUE

1-El concepto de “discapacidad” del que debemos partir:

El de la STJUE Ring (Danmark) de 11.4.13 a resultas de la ratificación por la UE la Convención de la ONU sobre la discapacidad mediante la Decisión 2010/48:

“Por consiguiente, si un accidente 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, puede estar incluido en el concepto de

«discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 (véase, por analogía, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 41).»

De esta definición podemos identificar dos requisitos:

-Concurrencia de *“una limitación que ...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”*.

-Que sea de *“larga duración”*.

-2.- ¿Es relevante el carácter reversible o curable de la limitación?

La enfermedad o limitación puede ser “duradera” y, por consiguiente, constitutiva de “discapacidad” aunque sea “curable” o “reversible”. Así lo declaró tajantemente la sentencia “HK Danmark” o “Ring” de 11.4.13, en el primer punto de su parte dispositiva, en respuesta a pregunta específica del tribunal promotor danés centrada en si el concepto incluía, también, las enfermedades “curables”:

1) El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE (...), debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad 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. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

3.- La limitación no tiene que ser “total”, basta que sea “parcial”.

El apartado 43 de la Sentencia HK Danmark especifica que el significado de discapacidad no implica una exclusión total del trabajo, sino un obstáculo que dificulte su desarrollo, o dicho en otras palabras, basta que limite la participación “plena” del trabajador en su vida profesional, incluyendo así limitaciones parciales: *“ el estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de «discapacidad»*. Con ello, el TJUE amplía la protección ofrecida por la Directiva 2000/78 a situaciones límite en las que se pueden prestar servicios pero con limitaciones, fomentando así una mayor participación y la accesibilidad de este colectivo en el mercado de trabajo.

4-Situaciones que, por si mismas, no comportan necesariamente una situación de discapacidad.

De la jurisprudencia analizada extraemos tres situaciones respecto de las cuales el TJUE ha entendido que, por si mismas, no se equiparan a “discapacidad” y que, por ello, obligan al juez/a nacional a analizar si encajan en el concepto jurisprudencial

anteriormente expuesto, en especial, respecto a la concurrencia de una “limitación de larga duración”:

-La situación de incapacidad temporal o “baja médica” (STJUE Chacón Navas).

-La condición de “discapacitado” reconocida por el ordenamiento nacional (STJUE Ruiz Conejero).

-La declaración de “*trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo*” según el ordenamiento nacional interno (STJUE DW Plastiques).

-5.- ¿Es relevante el tiempo transcurrido entre el accidente o inicio de la situación de incapacidad temporal y la fecha del despido?.

Tampoco este elemento es determinante para el TJUE. Lo relevante es el “estado” del trabajador en el momento del despido, y, más concretamente, el posible “carácter duradero” de su limitación: *“Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el 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 el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.”*

Es claro, por consiguiente, que la “duración” de la limitación que debe ser valorada no es la previa al despido (que sólo interesaría en orden a valorar la intencionalidad del empresario, aspecto que ya hemos dicho que no es relevante), sino la que pueda establecerse en el momento del despido, o –para ser más preciso- la “incertidumbre” respecto a la duración o la prolongación significativa antes del restablecimiento.

Nuevamente el informe del Abogado General se ofrece como todavía más claro y contundente en esta cuestión, al afirmar, en su apartado 50, que *“no me parece que el plazo que medie entre que se produce un accidente laboral y el despido pueda ser un criterio que determine el carácter duradero o no de la limitación sufrida por un trabajador. Tal limitación podría perfectamente considerarse duradera aun cuando el trabajador fuese despedido inmediatamente después del accidente laboral. Adoptar la postura inversa sería manifiestamente contrario a la protección de los trabajadores discapacitados en la medida en que incitaría a los empresarios a despedir lo más rápidamente posible a los trabajadores enfermos o accidentados cuya situación de incapacidad profesional pudiera resultar duradera.”*

6.-¿Qué debemos entender por “limitación duradera” ?

Aquí la STJUE Daouidi no indica que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico, y nos aporta dos indicios que permiten considerar que una limitación es «duradera»:

-el 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, como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, *“el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.”*

Dicha remisión al apartado 47 de las conclusiones del Abogado General que efectúa la STJUE (apartado 56) nos da un parámetro objetivo de valoración de la “duración”:

“Si de esas pruebas resulta que la limitación sufrida por el Sr. Daouidi presenta carácter duradero, es decir, que como consecuencia de posibles secuelas, pueda ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre, esa limitación podrá incluirse en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”.

Por consiguiente, deberemos entender que la “limitación” es “duradera” si, en el momento del despido, concurre alguno de los dos “indicios” especificado: o que la limitación *“no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”* o *“pueda ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre”.*

7.- ¿A quien corresponde efectuar esta valoración?

Puede parecer absurdo plantearse esta cuestión, y si lo hago es por cuanto, desde la doctrina ahora mismo mayoritaria en España, se entiende –en mi opinión, erróneamente- que solamente si el empresario es conocedor del “carácter duradero” o “de duración incierta” de la limitación del trabajador, se activaría la tutela anti-discriminatoria de la Directiva 2000/78 (como ocurre con la prohibición de despido de las trabajadoras en situación de embarazo o permiso de maternidad establecida en el art. 10 de la Directiva 92/85, que exige que la empresa sea conocedora de una u otra situación).

Pero el el informe del Abogado General lo deja bien claro cuando, en su apartado 48, al recordar que *“ la discapacidad es un concepto objetivo y, por tanto, la apreciación subjetiva del empresario acerca de si la imposibilidad para trabajar del demandante en el litigio principal fue lo suficientemente larga carece de pertinencia”.*

La valoración le corresponde, lógicamente y como reitera la STJUE Daouidi en diversos apartados, al juez/za que conozca del despido, y 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.

8-¿Respecto de que momento debe efectuarse la valoración del “carácter duradero” de la limitación?.

Tampoco debiera haber duda en la respuesta, especificada tanto en la parte dispositiva de la sentencia como en su apartado 54: *“el carácter “duradero” de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio”.*

Pero esta pregunta, y su clara respuesta, no debe confundirse con las que abordamos a continuación. Y es que debemos distinguir tres momentos distintos:

-El momento respecto del que debe valorarse la posible “limitación duradera” del trabajador (la fecha del acto presuntamente discriminatorio, habitualmente, el despido).

-El momento en que debe/puede hacerse tal valoración (al dictar sentencia).

-La evolución médica posterior al despido, que también puede/debe ser analizado por el juez para dicha valoración.

9.-¿En que momento debe efectuarse la valoración del “carácter duradero” de la limitación?.

Esta pregunta –y su correspondiente respuesta- pueden confundirse con la anterior. Si, como ya se ha dicho, la valoración del “estado” del trabajador y el posible “carácter duradero” de su limitación le corresponde al juez/za, deberá efectuarla en el momento de dictar sentencia, ni tan siquiera en el acto del juicio, dado que –como ocurrió en el “caso Daouidi”- la información médica aportada al juicio puede ser insuficiente, y no fue completada hasta la práctica de las diligencias probatorias para mejor proveer (atendiendo al mandato/sugerencia de la propia STJUE “Daouidi”).

10.- ¿Debe valorar el juez/a la evolución médica posterior al despido y la documentación acreditativa de la misma?.

Me parece obvio que sí, ya que tal valoración resulta indispensable para valorar retrospectivamente si, en aquel concreto momento (el del despido), el trabajador “*no presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*” o, alternativamente, si “*dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.*” Difícilmente puede valorarse tal potencial prolongación sin examinar la evolución médica posterior al despido. ¿Cómo puede valorarse si la limitación del Sr. Daouidi “*puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*” sin analizar la evolución médica posterior?.

Es más, la propia STJUE “Daouidi” tiene en cuenta hechos posteriores al despido para concluir que el Sr. Daouidi sufre una limitación: así, en su apartado 47, valora “*que, en la fecha de la vista celebrada ante él en el litigio principal, a saber, unos seis meses después de dicho accidente laboral, el codo del Sr. Daouidi seguía enyesado y, por tanto, éste no podía desarrollar su actividad profesional*”, lo cual le lleva –a continuación, apartado 48- a afirmar que “*en estas circunstancias, consta que el Sr. Daouidi ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física*”.

Por ello, discrepo del criterio del criterio doctrinal (sentencia del TSJ de Catalunya de 12.6.17, asunto “Daouidi”, en su conclusión final, página 20), de no valorar la evolución médica del demandante, y la documentación correspondiente, producida con posterioridad al despido (“*la situación del actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el*

momento en que se celebró el juicio, ni, en el momento anterior a dictarse la sentencia, ...).

Y es que no hay que confundir el momento en el que hay que “fijar” cronológicamente la posible situación de discapacidad (la fecha del despido, como acto potencialmente discriminatorio), con el momento -necesariamente posterior en el tiempo- en el que el juez/a evaluará si en aquel anterior momento concurría la situación de discapacidad, debiendo analizar –también- la documentación médica relativa a la evolución de la limitación (también la posterior al despido), precisamente para determinar si concurren o no los indicios aportados por la STJUE Daouidi (la imprevisibilidad o la extensión del tiempo de curación).

11.- ¿Es determinante o relevante el conocimiento empresarial del estado médico del trabajador en el momento del despido?

Desde determinada “cultura antidiscriminatoria” (la española, por ejemplo), la intencionalidad del empresario en el despido es fundamental, no apreciando discriminación por causa de “limitación duradera” del trabajador (por discapacidad, en definitiva), sin que se acredite en el juicio que el empresario tuviera previo conocimiento de tal estado, del cual pueda inferirse la intencionalidad antidiscriminatoria.

Discrepo de tal criterio: el elemento determinante es el estado del trabajador en el momento del “acto discriminatorio”, no el conocimiento que el empresario tenga de dicho estado. Como razona el informe del Abogado General (apartado 48) y no contradice la STJUE “Daouidi”, *“la discapacidad es un concepto objetivo y, por tanto, la apreciación subjetiva del empresario acerca de si la imposibilidad para trabajar del demandante en el litigio principal fue lo suficientemente larga carece de pertinencia”*.

Recordemos que, según la distinción ya clásica incorporada en todas las directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea (en el caso de la Directiva 2000/78, en el art. 2.2), *“existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”* (en nuestro caso, la discapacidad), mientras que *“existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda[n] ocasionar una desventaja particular a personas con ..., con una discapacidad, ...”*.

En el caso “Daouidi” el empresario, cuando toma la decisión de despedirlo, sabía -por la propia manifestación del trabajador- que su recuperación se alargaría más allá de lo habitual por el tipo de lesión padecido, de lo cual pudo inferirse que el carácter duradero de la limitación del trabajador fue la “causa” (el móvil) del despido, evidenciándose como una discriminación “directa”.

Imaginemos otro supuesto, parecido al contemplado por la STJUE de 11.9.19 DW y Nobel Plastiques Iberica, C-397/18, en el que un empresario, en situación de crisis económica, debe reducir plantilla y despide a los trabajadores/as con menor índice de productividad. Y al hacerlo afecta a un trabajador cuya menor productividad obedece a una “limitación duradera” que el empresario desconocía (y respecto de la cual, no pudo

realizar los “ajustes razonables” para que no incidiera en su menor productividad). Está claro que su despido no tuvo “por causa” su situación de discapacidad, pero sí que la decisión empresarial, formalmente “neutra” de seleccionar para el despido a los trabajadores “menos productivos” tuvo el “efecto” de provocar su despido.

Por consiguiente, el conocimiento empresarial del “carácter duradero” de la limitación en el momento del “acto discriminatorio” (el despido), lo que determinará es, en mi opinión, la posibilidad de podere inferir, mediante la inversión de la carga de la prueba, la intencionalidad (el móvil o causa) del despido y, por ello, su calificación como discriminación “directa”.

Pero ello no descarta que pueda también calificarse de discriminatoria -con carácter indirecto- aquella decisión empresarial que, aún sin aquella intencionalidad, genere tal efecto. Abundo en esta idea en la siguiente respuesta.

De hecho, de la atenta lectura de la jurisprudencia del TJUE que ya hemos analizado, constataremos que “las razones del empresario” para despedir al trabajador/a en posible situación de discapacidad no tienen la menor importancia para el TJUE, que ninguna atención le presta (ni tan siquiera las menciona), y que “pone el foco” en el “elemento objetivo”, la limitación del trabajador y el posible carácter duradero de la misma en el momento de su despido.

El informe del Abogado General, que fundamenta la posterior sentencia, es todavía más claro en este aspecto cuando, en su apartado 48, razona que “.. *la apreciación del empresario de que el Sr. Daouidi se ausentó durante un tiempo lo suficientemente largo para que se estimase necesario prescindir de él, no puede determinar el carácter duradero de la limitación. En efecto, la discapacidad es un concepto objetivo y, por tanto, la apreciación subjetiva del empresario acerca de si la imposibilidad para trabajar del demandante en el litigio principal fue lo suficientemente larga carece de pertinencia*”.

12.- En síntesis: la objetivación del concepto “discapacidad” como causa de discriminación (directa e indirecta).

A manera de conclusión: así como la principal aportación de la STJUE “Ring” o “HK Danmark” sería la inclusión de las situaciones de “limitación duradera” (curable o incurable) en el concepto “discapacidad”, las dos aportaciones de la STJUE “Daouidi” serían los indicios para interpretar o detectar el “carácter duradero” y la “objetivación” de las situaciones de incapacidad temporal que pueden ser incluidas en este nuevo concepto de “discapacidad”.

Lo único importante, lo auténticamente determinante, es el estado que presente el trabajador/a en el momento del “acto discriminatorio” (el despido), y –en concreto- que la limitación “*no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*”, esto es, pueda “*persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre,*” como aclara –por remisión explícita de la STJUE- el apartado 47 del Informe del Abogado General.

Circunstancias como la duración del período entre el inicio de la baja médica y el despido, la final curación del proceso, la final declaración –o no- de una incapacidad permanente, no son relevantes. Y el móvil discriminatorio del empresario, si queda establecido, sólo es relevante para calificar la discriminación como directa. Si el mismo no queda establecido, por cuanto el empresario desconocía la situación de “discapacidad”, la discriminación será indirecta.

V.- El efecto de la jurisprudencia del TJUE en la jurisprudencia interna respecto del “despido improcedente por causa de enfermedad.

¿Cómo puede afectar este concepto, evolutivo y dinámico, de “discapacidad” en la normativa y jurisprudencia de los Estado miembros de la Unión Europea?

Me ceñiré, lógicamente, al caso español, en la confianza que es extensible a otros estados miembros.

Como ya se ha explicado anteriormente, en razón de la jurisprudencia iniciada por el Tribunal Supremo en fecha 29.1.01, se ha considerado que despedir –aunque sea sin causa- a un trabajador/a por causa de su enfermedad o accidente no es discriminatorio, sino concurre un elemento intrínsecamente segregacionista sino que responde a un interés estrictamente económico o productivista. Este reiterado criterio jurisprudencial ha generado la percepción de que las empresas pueden despedir “improcedentemente” a todo trabajador/a por el sólo hecho de estar en situación de baja médica, en la confianza que la empresa sólo debiera asumir el coste de la indemnización propia del despido “improcedente”.

En mi opinión, desde la STJUE Ring y Daoudi, las empresas que efectúen este tipo de despidos “improcedentes” (sin causa real) por causa de enfermedad o accidente, deben asumir el riesgo de que si, impugnado el despido, el juez/a termina objetivando que la situación que padecía el trabajador/a en el momento del despido debe ser calificada de “discapacidad” (por cumplir los parámetros expuestos), la consecuencia no puede ser otra que la calificación de nulidad por su carácter discriminatorio. Discriminación que deberá tipificarse de directa (en el caso de conocer el empresario, ni que fuera indiciariamente, dicha situación de “discapacidad” en la fecha del despido), o de discriminación indirecta, por cuanto -aun el caso que pudiera entenderse que despedir “por causa de enfermedad”, al amparo de la doctrina del Supremo, es una decisión “neutra”- lo cierto es que impacta en mayor medida a los trabajadores/as en “discapacidad” y, sobre todo, supone una “barrera” en su derecho a la estabilidad en el empleo en igualdad de condiciones.

Frente a ello, podría objetarse que el empresario que despide “improcedentemente” por causa de enfermedad (confiado en la tradicional doctrina del Tribunal Supremo), ignorante de la potencial situación de “discapacidad” del trabajador/a despedido/a, se ve en una situación de inseguridad jurídica, al exponerse a una posible declaración de nulidad del despido por una causa, la discapacidad, que desconocía.

Pero habrá que recordarle que no existe tal derecho a despedir improcedentemente por causa de enfermedad. En mi opinión, nunca ha existido. Ciertamente, la doctrina del Tribunal Supremo modificó la calificación judicial del despido por tal motivo (de la

nulidad a la improcedencia), pero no estableció –no podía hacerlo- un auténtico derecho a poder despedir por tal causa, con plena seguridad jurídica de obtener tal calificación judicial. Y, por otra parte, la Ley 3/2012 (apartado V de su preámbulo) ha expulsado de nuestro ordenamiento el “*despido exprés*” al considerar que “*crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurran conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales*”.

Por consiguiente, difícilmente podrá reclamarse -ni concederse- una seguridad jurídica respecto a una facultad extintiva que –caso de haber existido- ya consta explícitamente expulsada de nuestro ordenamiento.

VI.- El concepto de “ajustes razonables”.

1.- La definición normativa en la Convención de las Naciones Unidas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (“La Convención”, aprobada en nombre de la Comunidad Europea el 26 de noviembre de 2009), en su artículo 2, define como “ajustes razonables” “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”.

Y también en el mismo artículo 2, incluye en el concepto “discriminación por motivos de discapacidad”, la denegación de ajustes razonables.

Esta previsión de los ajustes razonables cumple con la voluntad normativa de la convención de implementar la accesibilidad universal, como política de actuación para lograr la inclusión plena de las personas con discapacidad, y en este punto, los ajustes razonables juegan un papel determinante, pues constituyen la materialización de esta línea normativa en cada ámbito. Se trata, pues, de un nuevo paradigma en el tratamiento de la discapacidad, que pretende superar las limitaciones inherentes a aproximación tradicionales basadas en la rehabilitación de este colectivo. Tal es la importancia que los Estados Parte han querido transferir a esta medida que se vincula como un mecanismo de igualdad de oportunidades aplicable a cualquier ámbito y cuyo incumplimiento se calificará como una conducta discriminatoria *ex* artículo 2 de la Convención.

2.- La definición normativa en la Directiva 2000/78.

La Directiva 2000/78, a su vez, en su preámbulo, ya refiere la importancia de los “ajustes razonables” en los siguientes “considerandos”:

16) *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.*

(17) *La presente Directiva 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, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad. [...]*

(20) *Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.*

(21) *Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.»*

Y ya en su artículo 5, la Directiva 2000/78, bajo el título «Ajustes razonables para las personas con discapacidad», establece lo siguiente:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.»

Es de destacar que artículo 5 de la Directiva 2000/78 conceptualiza esta medida como antidiscriminatoria, como una obligación dirigida a los empresarios, según la cual deberán realizarse ajustes razonables a fin de cumplir con el principio de igualdad de trato de este colectivo. Los ajustes razonables son definidos como la adopción de las medidas adecuadas para que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo, realizar formación o progresar profesionalmente. No obstante, el empresario quedará eximido de su cumplimiento en aquellos supuestos en los que la adopción de las medidas suponga una carga excesiva, circunstancia esta que no se producirá cuando la actuación empresarial sea paliada en grado suficiente mediante medidas existente en el Estado Miembro.

Se trata, en definitiva, de una obligación empresarial autónoma, con entidad propia, incardinada dentro de la tutela antidiscriminatoria, que debe diferenciarse la tutela preventiva en materia de salud y seguridad en el trabajo que dimana de la Directiva 89/391, que opera en una esfera de protección distinta.

3.- Jurisprudencia del TJUE en materia de ajustes razonables: la STJUE 11.4.13 Ring (HK Danmark), C-335/11.

También en materia de “ajustes razonables”, como respecto al concepto de “discapacidad”, la sentencia referente es la STJUE 11.4.13 Ring (HK Danmark), C-335/11.

La tercera cuestión formulada por el tribunal promotor danés preguntaba si la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el art. 5º de la Directiva.

La sentencia (apartado 43), empieza por señalar que el vigésimo considerando de dicha Directiva –anteriormente reproducido– realiza una enumeración no exhaustiva de tales medidas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo, y que, en todo caso, aunque ni el artículo 5 de la Directiva 2000/78 ni el vigésimo considerando de ésta mencionan la reducción del tiempo de trabajo, es preciso interpretar el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo», que figura en dicho considerando, para determinar si el ajuste del tiempo de trabajo puede estar comprendido en ese concepto (50).

Frente a la alegación de las empresas demandadas conforme dicho concepto se refiere a elementos como la organización del ritmo y la cadencia del trabajo en el marco de un proceso de producción, así como las pausas, de manera que se atenúe en lo posible la carga del trabajador discapacitado, el TJUE considera que ni del vigésimo considerando ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2000/78 se desprende que el legislador de la Unión haya pretendido limitar el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo» a tales elementos y excluir de éste el ajuste de los horarios, en particular la posibilidad de que las personas discapacitadas que no tienen o han perdido la capacidad de trabajar a tiempo completo efectúen su trabajo a tiempo parcial (51-52).

Recuerda a continuación (53), que al artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU, los «ajustes razonables» son «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales», de lo que el TJUE infiere que dicha disposición preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable».

Y añade a continuación (54) que, según la Directiva 2000/78, este concepto debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, por lo que (55) 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 de esta Directiva, en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo (56).

Finalmente, ya en el apartado 57, recordará que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78, no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la

obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo.

Y señalará (58) que, conforme al artículo 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores, incumbiendo al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores (59), valorando, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda (60).

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, ya en el apartado 64, concluirá respondiendo a la tercera cuestión que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo, añadiendo que corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, ya en el apartado 64, concluirá respondiendo a la tercera cuestión que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo, añadiendo que corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador.

Ello no obstante, previamente a tal conclusión, en los apartados precedentes (62 y 63), el TJUE, después de recordar que según la clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del órgano jurisdiccional nacional (con la excusa de que puede, en aras de la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, facilitarle todas las indicaciones que considere necesarias), el TJUE se “moja” y sugiere que pueden constituir elementos pertinentes a valorar diversas circunstancias apreciadas por el tribunal promotor: que, inmediatamente después del despido de la Sra. Ring, su empresa anunciara un puesto de trabajo para un empleado o empleada de oficina a tiempo parcial, es decir, 22 horas semanales; que de la documentación transmitida al Tribunal de Justicia no contiene ningún elemento que permita acreditar que la Sra. Ring no fuera capaz de ocupar ese puesto a tiempo parcial o que permita comprender las razones que justifican que no se le propusiera, así como que, poco después de su despido, la Sra. Ring comenzó un nuevo trabajo como recepcionista en otra sociedad y que la duración real del tiempo de trabajo era de 20 horas semanales.

Vemos, en definitiva, que en esta sentencia el TJUE efectúa una interpretación expansiva del concepto “ajustes razonables”, primando como objetivo el fomento del empleo de las personas con discapacidad, en consonancia con el artículo 2.4 de la Convención.

4.- La reciente STJUE 11.9.19 DW Nobel Plastiques (C-397/18).

Recordemos los hechos esenciales del caso abordado por esta sentencia:

La demandante padecía epicondilitis, diagnosticada el 12 de septiembre de 2011 y operada el 18 de enero de 2012, calificada de «enfermedad profesional», que determinaron sucesivas situaciones de incapacidad temporal durante varios períodos entre septiembre de 2011 y abril de 2014, así como, debido a un diagnóstico de trastorno de ansiedad, del 4 de septiembre de 2015 al 31 de marzo de 2016 y del 6 al 20 de mayo de 2016.

Reconocida desde el 15 de diciembre de 2011 la condición de «trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo», la demandante se sometió a un reconocimiento médico después de cada alta médica, con indicación en todos ellos de que era «apta con limitaciones» para ocupar su puesto de trabajo o para ejercer tareas de «conformado vapor», por lo que durante los períodos en los que trabajó en el año 2016 fue destinada preferentemente a puestos que requerían la manipulación de tubo pequeño, en los cuales no había tanto riesgo para su salud como en los puestos en los que se manipulaba tubo grueso.

El 4 de agosto de 2017, la Inspección de Trabajo propuso sancionar a Nobel Plásticos Ibérica al considerar que no había realizado las actuaciones de adaptación del puesto de trabajo de DW para asegurar la compatibilidad entre este y la salud de la trabajadora.

Pocos meses antes, el 22 de marzo de 2017, la demandante, mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal, fue despedida por causas objetivas (económicas, técnicas, productivas y organizativas), junto a otros 9 trabajadores/as. En las mismas fechas fueron despedidas igualmente nueve personas más que trabajaban en la empresa.

El TJUE aborda el tema de los ajustes razonables en respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta, que examina conjuntamente, por las que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el despido por «causas objetivas» de un trabajador con discapacidad debido a que este cumple los criterios de selección tomados en consideración por el empresario para determinar a las personas que van a ser despedidas (menor productividad y polivalencia, y mayor absentismo), constituye una discriminación directa o indirecta por motivos de discapacidad en el sentido de dicha disposición.

Adviértase, pues, que el órgano judicial promotor no introduce en sus preguntas el tema de los ajustes razonables, aunque bien es cierto que sí se hacía referencia a los mismos en la descripción de la situación de hecho del caso.

Recuerda el TJUE (64) que el concepto de «ajustes razonables» debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las diferentes barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11) y que, según enuncian los considerandos 20 y 21 de la Directiva 2000/78, el empresario debe adoptar medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, sin que tales medidas impongan al empresario una carga desproporcionada, teniendo en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el

tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

Destaca que el puesto de trabajo de la demandante, DW, fue objeto de adaptaciones a raíz de que se reconociera a esta última la condición de trabajadora especialmente sensible a determinados riesgos derivados del trabajo en el sentido del artículo 25 de la Ley 31/1995, siendo destinada preferentemente a los puestos que requerían la manipulación de tubo pequeño, exponiéndola de este modo a riesgos menores para su salud que los existentes en los puestos que exigen el manipulado de tubo grueso.

Indica a continuación (70) que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si estas adaptaciones fueron suficientes para ser consideradas ajustes razonables en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, teniendo en cuenta el conjunto de los elementos de que dispone, entre los que podría figurar el informe de la Inspección de Trabajo al que se hace referencia en su auto de remisión, según se indica en el apartado 28 de la presente sentencia.

Señala que si el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que el empleador de DW no adoptó, con anterioridad al despido de la trabajadora, los ajustes razonables en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, procedería declarar que, en un asunto como el del litigio principal, el despido de un trabajador con discapacidad (por causa de la aplicación criterios de los indicados criterios de selección, menor productividad y polivalencia, y mayor absentismo), constituiría una discriminación indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso ii), de dicha Directiva.

En cambio, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegase a la conclusión de que el empleador de DW realizó ajustes razonables en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, no procedería considerar que un despido basado en tales criterios de selección constituye una discriminación indirecta.

Añade, ya en el apartado 74, que, según su considerando 17, dicha Directiva no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.

Y concluye respondiendo a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso ii), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el despido por «causas objetivas» de un trabajador con discapacidad, debido a que este cumple los criterios de selección indicados (menor productividad y polivalencia, y mayor absentismo), constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma Directiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

La sentencia es relevante por cuanto es la primera en la que el Tribunal introduce la necesidad de valorar el cumplimiento de la obligación de ajustes razonables, y ello aún cuando no se le preguntaba en las cuestiones prejudiciales.

Esta introducción de la valoración de los ajustes en el marco de la discriminación por discapacidad pretende, sin duda, potenciar la implementación efectiva del modelo social propugnado por la Convención, y aparece como el siguiente aspecto sobre el que el Tribunal quiere que los operadores jurídicos centren su atención para reforzar la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad.