

JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE

Magistrado TSJ de Euskadi

EPÍGRAFE: Asunto Ruiz Conejero. Discriminación laboral por razón de discapacidad. Despidos basados en ausencias justificadas al trabajo por incapacidad temporal. Personas con discapacidad. Discriminación indirecta. Obesidad. Sentencia del Juzgado tras la del Tribunal de Justicia Europeo.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad. Despido objetivo. Ausencias justificadas por enfermedad. Incapacidad temporal. Discriminación. Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad. Obesidad. Discriminación indirecta.

RESUMEN: Al interpretar la normativa de la Unión, el Tribunal de Justicia Europeo ha elaborado un cuerpo de sentencias sobre la discriminación laboral por razón de discapacidad. Entre otras cosas, revela la trascendencia que tiene en esta materia la Convención Internacional de los Derechos sobre las Personas con Discapacidad del año 2006.

La sentencia Ruiz Conejero es la última de esta serie. Fue dictada a principios de este año.

Vuelve a estudiar dos temas esenciales. Uno, si la obesidad como enfermedad puede ser equiparable a la discapacidad en determinadas condiciones. Otro, si el despido basado en la enfermedad del trabajador que le impide ir al trabajo, según como se regule, puede generar o no discriminación directa o indirecta a los trabajadores con discapacidad, habida cuenta de que estas personas tienen un riesgo mayor de quedar afectados por tal causa, pues hay concretas enfermedades que impiden ese trabajo y que están originadas por la propia discapacidad. El precedente más próximo del primer tema es la sentencia Kartoft o FOA. El del segundo, la sentencia HK Danmark. Cuando el trabajo estaba a punto de ser terminado, el Juzgado de lo Social español, que fue el que promovió la cuestión, dictó sentencia en el proceso del que dimana la cuestión, obligando a reescribir este trabajo.

1.- Introducción.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Organización de Naciones Unidas aprobó en Nueva York el día 13 de diciembre de 2006⁴ ha producido un fuerte impacto mundial. En adelante, usaré su acrónimo en inglés, CRPD, que es como se le conoce en todo el mundo.

Asumida por más de ciento sesenta países y entre ellos, todos los de nuestro entorno cultural más cercano, se trata de un Tratado Internacional sobre derechos humanos que expande sus efectos en muy variados ámbitos, pues es transversal. Por ello, incide en todos los sectores de actividad de las personas con diversidad funcional. En consecuencia, en todos los ámbitos humanos.

Dentro de éstos, el sector laboral, que es uno de los campos más relevantes en los que se manifiesta la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad.

Este tipo de segregación socialmente se ha considerado de forma relucante, siendo una de las llamadas “causas de discriminación odiosa”⁵.

Por otra parte, desde hace unos pocos años el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha asumido la definición de discapacidad contenida en el punto 1, párrafo segundo de la CRPD. Ha sido la que ha venido utilizando para tratar de la interpretación y aplicación de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo Europeo, de 27 de noviembre⁶, relativa al establecimiento de un marco general por la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁶, que es la fundamental en la lucha antidiscriminatoria el ámbito laboral. Son muy relevantes sus artículos 1, 2, 5 y 7, entre otros. En adelante, me refiero a ella con la expresión Directiva 2000/78.

⁴ Puede ser localizada en el siguiente enlace: [Convención y Protocolo Facultativo](#) 

⁵ Pese a no referirse a ella expresamente la Constitución, el Tribunal Constitucional así lo ha asumido, incluyéndola en el ámbito del “numerus apertus” con el que termina el artículo 14 de la misma (“cualquier circunstancia personal o social”). Al efecto, véanse las sentencias 269/1994, de 39 de octubre y 10/2014, de 27 de enero.

El artículo 21, número 1 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea expresamente la proscribiera.

⁶ Puede ser localizada en el siguiente enlace: [2000/78/CE](#)

Pues bien, el último hito de la doctrina de tal Tribunal sobre estos temas lo encontramos en la sentencia que dictó en fecha 18 de enero de 2018 (asunto C 270/16)⁷, dictada al contestar a una cuestión que el Juzgado de lo Social de Cuenca planteó al mismo (auto de 5 de mayo de 2016) dentro del pleito por despido que el señor Ruiz Conejero planteó contra Ferroserv, Servicios Auxiliares, S.A., interviniendo en el mismo el Ministerio Fiscal.

Este trabajo se centraba en esa sentencia del Tribunal europeo. Justo cuando lo acababa, surgió ya la sentencia del Juzgado de lo Social de Cuenca, que también se analiza. Esta última es de fecha 7 de marzo de 2018 y está dictada en los autos 861/2015 que se siguen ante el Juzgado de lo Social de Cuenca. Estudio separadamente el contenido del auto de planteamiento de la cuestión, el informe de la Abogada General, la sentencia TJUE y la posterior del Juzgado, relegando al final de este trabajo varias consideraciones personales sobre la materia.

2.- El auto de planteamiento de la cuestión⁸.

En tal resolución, el Juez describe que el demandante tenía reconocida por la Administración Pública la condición de persona con discapacidad desde el año 2014, fijándose un percentil del 37 de discapacidad, de las que el 32 por ciento deriva de limitaciones físicas y el resto, de factores sociales complementarios. Las limitaciones valoradas son de índole física y de dos tipos: la obesidad (enfermedad del sistema endocrino-metabólico) y las atinentes a la movilidad de la columna vertebral. A la primera se le otorgó por la Administración Autonómica competente una valoración del 24 por ciento y del 10 por ciento a la segunda. Recordar que en estos casos no se suman ambos percentiles, sino que se ha de aplicar la resultante del cruce de ambas en una tabla que se contiene en el correspondiente reglamento (Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento de reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad⁹).

Por otra parte, el señor Ruiz Conejero trabajaba como limpiador desde el año 1993 para diversas empresas privadas, empresas que se han ido subrogado como empleadoras del mismo cuando han pasado a asumir la contrata de limpieza de un concreto hospital de la red sanitaria pública en Cuenca. Esta relación laboral se rompe a mediados del año 2015, cuando su entonces empleador le despide por la vía y requisitos del artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que era el entonces vigente). Como era de rigor por su propia condición, el vigente Texto Refundido, promulgado y publicado luego de tal despido (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) tiene similar contenido a al entonces vigente en este punto.

Al efecto, la empresa sumó la duración de varios procesos de incapacidad temporal generados por el trabajador entre el año anterior y el año en que se produce tal despido para llegar a completar los límites numéricos allí previstos, considerando lo que entendió eran las clases de incapacidades temporales que pueden ser valoradas a estos efectos.

En aquel momento, tal sociedad carecía de conocimiento alguno de ese previo reconocimiento administrativo de la condición de persona con discapacidad de su trabajador, pues éste tampoco le había informado al efecto.

De la lectura de la fundamentación de tal auto, se deduce que tal Juez no duda de que el señor Ruiz Conejero sea persona con diversidad funcional. Ello lo confirmará en la sentencia que ha dictado este mismo mes.

La mayoría de esos procesos de baja sobre los que se plantea la rescisión empresarial (en realidad, todos menos uno) tienen su origen en lumbalgias y vértigos y mareos, diagnósticos ambos que tienen su origen en las patologías de artropatía degenerativa y una poliartrosis, las cuales el Magistrado considera constatado que resultan agravadas por esa obesidad.

⁷ Puede ser localizada en el siguiente enlace: (C-270/16)

⁸ Puede ser localizado en el siguiente enlace:

https://www3.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnnextoid=77a3242d839a4510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=f1b4de385075f310VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextfnt=defaut&vgnnextlocale=es_ES

⁹ Puede ser localizado en el siguiente enlace: [PDF](#)

Y en este contexto, la argumentación de la cuestión la focaliza parangonando los contenidos de la previa sentencia HK Danmark del propio Tribunal (sentencia de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-227/11¹⁰).

Entiende que esa previa resolución del Tribunal no es directamente aplicable al caso que ha de decidir y ello esencialmente porque la normativa danesa entonces considerada como aplicable era distinta, pues estaba situada dentro del contexto de una política favorecedora de integración de trabajadores con discapacidad, a diferencia de la española aplicable al caso, que no está ubicada en este tipo de medidas. Para el Magistrado, la danesa interpreta una normativa que contiene una medida de incentivo a la contratación de aquellos trabajadores que tienen el particular riesgo de pasar a situación de baja por enfermedad de manera repetida y por breves periodos de tiempo. Tal medida de estímulo de su contratación consiste en que se les puede despedir de forma privilegiada si la baja tiende a ser mayor duración: en ese caso, basta con el simple preaviso empresarial (se supone que a diferencia del resto de los casos).

Según el Juez, este sistema se basa en “*combinación de la flexibilidad y libertad contractual, por un lado y la protección de los trabajadores, por otro*”(sic).

Esto no se da en la norma española, pues el artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores no excluye del cómputo de los días de baja que permiten el despido por esa vía las bajas derivadas por enfermedades causadas por la propia discapacidad de la persona.

Ello hace que las personas trabajadoras con discapacidad estén más expuestas al riesgo de ser despedidos por esta vía de despido amparado en tales bajas que el resto de personas trabajadoras, al igual que lo indicó en aquella sentencia del año 2013 el mismo Tribunal para la distinta normativa danesa entonces considerada.

Ello porque la norma española, para el cómputo de los días sobre los que se puede plantear el despido, no excluye los días de baja que pueden estar motivados por enfermedad generada por la propia discapacidad, bajas éstas que, por propia hipótesis, sólo afecta a las personas trabajadoras con diversidad funcional.

Y lo cierto es que ese riesgo adicional, que sólo tienen las personas con discapacidad, existe con independencia de que el empresario conozca o no esa situación. Así se indica en el auto¹¹.

Entiende que todo ello lleva a la figura de la discriminación indirecta por motivos de discapacidad (definida en el artículo 2, número 2, letra b de la Directiva 2000/78).

Además, añade que esa diferencia de trato no se puede justificar en que la misma responda a una finalidad legítima que impone esa desigualdad.

Concluyendo que en la normativa española no existe ese elemento objetivo legislativo integrador en lo laboral -objetivo que sí que se da en la normativa danesa- y que esa falta de exclusión para el cómputo de los días de baja para acudir a la vía del artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores de esos días de baja por enfermedad derivada de la discapacidad supone una “*colisión evidente*”¹²(sic) con la normativa europea, plantea la cuestión.

3. El informe de la señora Abogada General¹³.

A.- Empieza su análisis planteando una cuestión previa, cual es la relativa a si el señor Ruiz Conejero puede ser considerado persona con diversidad funcional.

¹⁰ Puede ser localizada en el siguiente enlace: [C-335/11 y C-337/11 - CURIA - Documents](#)

HK Danmark es el sindicato que representa a las señoras Ring y Skouboe Werge, las demandantes en los dos procesos acumulados entre sí.

¹¹ Sobre ello se abunda en el fundamento de derecho tercero de la sentencia y sobre ello se vuelve posteriormente, en el punto 5 de este trabajo.

¹² También ello se reiterará en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida. Me remito a lo que se dice en el punto 5 de este trabajo.

¹³ Puede ser localizado en el siguiente enlace: [C-270/16 - CURIA - Documents](#)

Al efecto, recuerda que sí que se asumió que la obesidad puede dar lugar a la consideración de quien sufre tal patología como persona con discapacidad en el previo precedente del propio Tribunal que supone la sentencia FOA o Kaltoft (sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13¹⁴).

Ello no es así de forma incondicionada, sino sólo en un concreto y particular caso: si tal patología endocrina acarrea una limitación, de larga duración, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la plena y efectiva participación de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, bien por causa de reducida movilidad o por causa de una concurrencia de patologías que le impidieran realizar su trabajo o le supusiera dificultad en el ejercicio del mismo. En ese exclusivo supuesto, sí que cabría asimilar la enfermedad de la obesidad con la discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78.

Se hace eco de que consta en el auto del juez español que el señor Ruiz Conejero tiene reconocida la condición de persona con discapacidad tanto por las autoridades españolas como por el Magistrado remitente de la cuestión, pero matiza.

En primer lugar, en cuanto a lo primero: el hecho de que se de ese reconocimiento administrativo puede que de lugar a que el caso encaje en la definición de discapacidad del que parte el Tribunal, pero puede que no.

Y añade: por ello, incumbe al Juzgado examinar si en el caso concreto se da ese encaje.

En todo caso, asumiendo que el Magistrado que eleva la cuestión parte de que se da tal condición de diversidad funcional, el resto del informe se hace partiendo de que se da tal presupuesto.

B.- Seguidamente, repara en que en el auto de remisión implícitamente se parte de que la empresa no conocía la condición de discapacidad del despedido.

Entiende que ello es relevante, pero para explicar su postura sobre ello, entiende que previamente ha de valorar si existe o no discriminación directa o indirecta.

C.- Desecha que, en el caso concreto haya un supuesto de discriminación directa, la cual está definida en el artículo 2, apartado 2, letra a de la Directiva.

Ello en razón de que lo puesto que el artículo 52, punto d del Estatuto de los Trabajadores se aplica por igual a todas las personas trabajadoras, tengan o no condición de personas con discapacidad.

D.- En cuanto a la segregación indirecta, tomando en consideración lo que se establece en la letra b del mismo apartado del artículo 2, recuerda que la misma supone analizar su cualquier criterio o práctica “aparentemente neutros” que efectivamente ocasionen una desventaja particular de un colectivo concreto con respecto del resto de trabajadores.

Recuerda aquella sentencia HD Danmark, donde ya se advirtió que las propias enfermedades que genera la discapacidad pueden provocar procesos de baja laboral que no se dan en los demás casos (los que afectan a las personas sin discapacidad) y que como entonces ya se dijo que, en consecuencia, se ha de asumir que existe un riesgo adicional para las personas con diversidad funcional, pues ese peligro específico de que se les aplique tal causa de despido las bajas derivadas de procesos morbosos derivados de la propia discapacidad ciertamente no se da en el resto de personas trabajadoras. Por tanto, las personas con discapacidad si están más expuestas a la eventualidad de serles aplicadas esa causa de terminación del contrato de trabajo.

Consecuentemente y *prima facie*, el precepto controvertido es indirectamente discriminatorio.

E.- Partiendo de ello, se trata de ver si cabe considerar que se dan las excepciones justificativas del trato diferente que permiten las letras i e ii del citado apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 2000/78, en cuyo caso, la discriminación debiera considerarse legítima.

F.- Recordar que la primera permite el trato diferente si se justifica en una finalidad legítima y los medios adecuados para alcanzarla hayan sido los adecuados y además, son sólo los necesarios.

La segunda lo permite cuando quien aplique la medida de trato diferenciado no esté obligado a adoptar las medidas de ajuste razonable que refiere el artículo 5 de la propia Directiva y destinadas precisamente a eliminar las desventajas generadas por ese trato diferente.

La señora Abogada General considera que ambas excepciones no han de interpretarse de forma excluyente, sino conjuntamente, pues lo que hace la segunda es facilitar información sobre qué es lo

¹⁴ Puede ser localizada en el siguiente enlace: [CURIA - Documents](#)

FOA es el sindicato que representaba al demandante en el proceso danés, el señor Kaltoft.

que se ha de entender como “proporcionalidad”, que es a lo que se refiere la primera, siendo que la segunda no puede ser aplicable a todas las personas con discapacidad por concepto, pues se refiere a personas con discapacidad a cuyo favor sea posible realizar ajustes razonables (no se da en todos los casos) y esos ajustes no supongan carga razonable.

Fuera de ese ámbito o dentro del mismo, en ambos casos opera la primera excepción (párrafos 50 y 51).

G.- En cuanto a la segunda excepción, recuerda el contenido del artículo 5 de la Directiva que impone la obligación de adoptar medidas empresariales de “ajuste razonable”, salvo que constituyan “carga excesiva”, dando diversas pistas para realizar tal ponderación de si se da o no el supuesto de excepción en el que cede la obligación empresarial de tales medidas.

Volviendo al tema de si el empresario ha de conocer la situación discapacidad del trabajador, tras recalcar la idea de que el empleado no tiene obligación ninguna de comunicar esa condición de discapacidad al empresario, entiende que no se le puede imponer al empleador que haga un ajuste razonable si no conoce previamente la existencia de esa situación de discapacidad.

Por tanto, en esta materia debiera ir analizándose de forma particularizada, caso por caso, pues hay discapacidades que son evidentes (amputación de una extremidad) y otros que no se aprecian tan fácilmente.

Incluso la señora Abogada General conjetura con la posibilidad de que el empresario pida detalles más concretos sobre tal situación de discapacidad y precisamente con el objetivo de cumplir debidamente con esa obligación de ajuste razonable.

Y ya concluye este punto de la argumentación de la siguiente forma: cuando el empresario conoce esa situación disfuncional o razonablemente debiera ser consciente de que se da en el caso, no proceder a adoptar tales medidas es el primer acto de discriminación vetado por la norma.

Pero incluso en este caso, expresamente deja a salvo un particular supuesto: aquél en el que trabajador no sea competente o no esté capacitado o disponible para realizar las tareas fundamentales del puesto de trabajo de que se trate, pues en tal caso, no existe obligación empresarial de mantenerle en ese puesto (considerando 17 de la Directiva).

Y también matiza en relación a un caso particular que considera más complejo: el supuesto en el que, si bien el estado inicial del trabajador con discapacidad permitiese adoptar ajustes razonables, luego hubiese una evolución posterior que ya no cupiera adoptar esas medidas de ajuste razonable. En esta hipótesis, entiende que basarse para despedir en la simple discapacidad del trabajador no se justifica, siendo un caso de discriminación directa. Si se basa en otros motivos, como esa ineptitud para asumir las labores principales del puesto (existe una errata en la remisión al considerando 20, cuando se refiere al 17) u otra causa no discriminatoria.

Por ello, en relación a esta segunda excepción, la Abogada General construye la respuesta a la cuestión sobre la idea de que el empresario debiera conocer la situación de discapacidad del trabajador o bien debiera ser razonablemente consciente de ello como presupuesto necesario y previo para considerar si no actuó medidas de ajuste razonable.

En tal supuesto de conocimiento, el empresario tiene obligación de adoptar medidas de ajuste razonable, salvo que constituyan carga excesiva y salvo este último caso, si despide sin adoptar tales medidas, esa actuación es contraria a la Directiva.

H.- En cuanto a la primera excepción, la de segregación justificada en la finalidad legítima y siempre que la medida diferenciadora sea adecuada y necesaria, resumidamente se ha de decir que la Abogada General, asumiendo que la finalidad de la medida es legítima, pues con ella se pretende combatir el absentismo laboral, entiende que lo esencial es ver si la medida de despido regulada en sus concretos términos es adecuada y necesaria, lo que ha de considerar el Juzgador.

Y en este “rebote” de la cuestión al Magistrado, plantea que si se considera que la cuantificación de las faltas de asistencia laboral por razón de la enfermedad que genera la discapacidad en la norma tiene un alcance tan amplio que incluye las faltas de asistencia meramente esporádicas u ocasionales, debiera colegirse que existe un exceso al realizar el juicio adecuación: ello haría que tal medida legal fuese desproporcionada.

Así mismo y tras este nuevo “previo”, da una serie de pistas para ponderar si la medida legal fijada en España es adecuada y sobre todo, si no supera los límites de la necesidad.

Al efecto, nuevamente vuelve a la conspicua sentencia HK Danmark para indicar varias cosas y entre ellas:

Que la finalidad de la lucha contra el absentismo por morbilidad laboral puede ser considerada legítima a estos efectos, sin que en la norma se haya de plasmar explícitamente tal objetivo si se deduce de su contexto.

Que en orden al juicio de adecuación de la medida, se trata de valorar si la misma toma en cuenta tanto los intereses de los empresarios como los de los trabajadores con discapacidad, debiendo partirse del primado de que la Directiva deja a los Estados miembros un amplio margen de apreciación en esta materia.

Que los periodos de falta de asistencia españoles son menos generosos que los que entonces se valoraron en relación con la legislación danesa, pero mientras el empresario danés encuentra reembolso de lo abonado por tales ausencias al trabajador, en España *“el empresario está obligado, cuando menos en una medida significativa, a pagar dichas bajas de su propio bolsillo”* (sic), partiendo, para ello, de lo que informó la Comisión sobre los primeros quince días de baja por contingencia de enfermedad común y la indemnización legal de veinte días por año¹⁵.

Salvo que haya leído mal el informe, nada dice sobre el previo conocimiento empresarial en relación a la operatividad de esta causa de excepción. Entiendo que ello porque considera que en este ámbito ya no es relevante tal consentimiento, en el sentido que se expone ulteriormente en la sentencia conculcense¹⁶.

4.- La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión.

A.- Con carácter preliminar, la Sala examina la cuestión previa que planteó la Señora Abogada General: si el demandante ha de ser considerado o no como persona con discapacidad para otorgarle la protección antidiscriminatoria que refiere el artículo 1 de la Directiva 2000/78.

Recuerda que, a efectos de tal Directiva, el Tribunal ha asumido el concepto de discapacidad que fijó la CRPD, remitiéndose a lo dicho en la sentencia Milkova¹⁷ (sentencia de 9 de marzo de 2017, asunto C-406/2015), donde se hace una recensión sobre los precedentes propios.

También cita la sentencia FOA o Kaltoft en orden a la concreta enfermedad de “obesidad” y recuerda que, pese a que no cabe equiparar enfermedad con obesidad, esta individualizada enfermedad puede ser equiparable a la discapacidad, si en la misma se da una concreta circunstancia. Esa circunstancia es que la misma produzca las limitaciones de larga duración que se definen en el artículo 1, párrafo segundo de la CRPD.

Por ello indica que ello así será si esa obesidad produce una limitación a largo plazo al trabajador en su participación, plena y efectiva, en la vida profesional, participación que, en principio, debiera ser en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

Añade que esa limitación puede venir originada porque esa obesidad genere movilidad reducida o por razón de que concurran otras patologías que no le permitan hacer su trabajo o le generen dificultades en el ejercicio de la profesión.

Asumiendo que el Magistrado que plantea la cuestión puntualiza que el demandante tiene condición de persona con discapacidad en la Administración española valorando tanto esa obesidad como la limitación funcional de columna vertebral, puntualiza y dice que ese reconocimiento administrativo, por sí sólo, no implica que el demandante deba considerarse persona con diversidad funcional a los efectos de la protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78, sino que el Magistrado deberá valorar si la limitación de capacidad que padece el demandante ha de valorarse o no como discapacidad conforme aquel concepto de discapacidad que suministra la CRPD.

Por tanto, existe una primera cuestión que el Tribunal encomienda al Juzgador: valorar si está el demandante en la situación que permite aplicar la Directiva. Si debe considerarse o no persona con discapacidad en los términos de la CRPD.

B.- Tras enunciar la normativa en juego, seguidamente descarta el que se pueda hablar de discriminación directa al analizar el artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores, puesto que el

¹⁵ En cuanto al sistema danés, se remite a lo que se dijo en la sentencia HK Danmark, párrafos 19 y 86. De donde se deduce que la empresa danesa sí que recibió el reembolso por lo abonado durante la baja de ambas demandantes, si bien el mismo no cubre todo lo abonado y sólo alcanza a 52 semanas.

¹⁶ Véase el fundamento de derecho tercero de la sentencia, sobre el que se trata en el punto 5 de este trabajo.

¹⁷ Puede ser localizada en el siguiente enlace: [C-270/16 - CURIA - Documents](#)

mismo se aplica de manera idéntica a trabajadores que hayan faltado al trabajo por causa de baja médica justificada, tengan o no condición de personas con discapacidad.

C.- En cuanto a la discriminación indirecta, entiende que el citado precepto español asimila al concepto de “enfermedad” el de “enfermedad ligada a la discapacidad del sujeto”, puesto que a ello lleva incluir en el periodo de cómputo al que alude el precepto los periodos de enfermedad derivados de esa discapacidad.

Y recuerda el tradicional principio del propio Tribunal: se debe excluir la pura, incondicionada y simple equiparación entre enfermedad y discapacidad, citando al efecto las sentencias Chacón Navas¹⁸ y HK Danmark.

Asume que la persona con discapacidad que trabaja está más expuesta a la aplicación de esa causa extintiva de su contrato de trabajo que fija el Estatuto de los Trabajadores, puesto que esa persona tiene un riesgo adicional y exclusivo de que se le aplique, cual es el derivado de que se le computen los periodos de baja derivados de una enfermedad generada por esa discapacidad y así llegar más fácilmente a los límites cuantitativos que refiere aquel precepto.

Por tanto, asume que puede haber un caso de discriminación indirecta.

D.- Y de seguido entra a valorar si se da la excepción del artículo 2, apartado 2, letra b, inciso i de la Directiva 2000/78.

Es decir: si esa diferencia en el trato puede quedar justificada en que responda a una finalidad legítima, siendo, además, tal medida de desigualdad sea cauce adecuado para alcanzar ese objetivo y además esa medida no vaya más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

E.- Por lo que hace a la finalidad, tras recordar que los Estados miembros tienen amplia libertad para primar un concreto objetivo dentro de lo que es la política social de empleo y que esta libertad alcanza no sólo para primar ese objetivo concreto, sino también en lo que hace al ámbito de la definición de las medidas que se pueden fijar para alcanzarlo, entiende que si que cabe apreciar que el combate contra el absentismo laboral es una finalidad legítima a estos efectos, pues se trata de una medida de política de empleo, tal y como asumió ya la precedente sentencia HD Danmark. Claramente asume que se da el requisito finalístico de la excepción.

F.- En orden a la idoneidad de tal medida y la valoración de que la misma no vaya más allá de lo estrictamente necesario para la consecución de tal objetivo, existe una segunda remisión al Magistrado conuense para que valore tal requisito.

Y para tal ponderación, inicialmente da dos pautas: una concreta y una muy genérica (parágrafos 46 y 47).

En efecto, por un lado, ha de valorar si los datos numéricos recogidos en el artículo 52, letra d se corresponden con esa finalidad o si incluyen ausencias meramente puntuales o esporádicas (lo que implícitamente supone que no sería de recibo, pues en este punto se sigue lo dicho por la Abogada General) y también ha de valorar “los demás aspectos relevantes para efectuar dicha verificación”. Inmediatamente después de este enunciado, que supone una cláusula abierta que impone factores diversos, indica ya un factor en concreto que si que se ha de valorar: los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral.

Y luego va desggranando otros factores que entiende se han de tener en cuenta.

Así, en el siguiente párrafo indica que también ha de considerarse si puede valorarse esa medida como un incentivo para que los empresarios contraten y mantengan puestos de trabajo, remitiéndose a la sentencia HK Danmark nuevamente.

Y por último, para ver si la medida va o no más allá de lo estrictamente necesario para la consecución del legítimo fin, ha de considerarse también el perjuicio que se cause a las personas a las que se refiere la norma y en particular, en relación con las personas con discapacidad (parágrafos 59 y 50).

G.- Esta panoplia de factores sobre los que el Tribunal impone valorar al Juez español para tomar la decisión sobre el fondo de lo que plantea, es destacada por el profesor Beltrán de Heredia Ruiz¹⁹, que

¹⁸ Puede ser localizada en el siguiente enlace: [EUR-Lex - 62005CJ0013 - EN - EUR-Lex](#)

¹⁹ Véase el blog de tal profesor. La entrada se titula: “Discapacidad y despido por faltas de asistencia ex art. 52.d ET: posible discriminación pendiente de concreción (caso TJUE Ruiz Conejero)”. En el siguiente enlace: [Discapacidad y despido por faltas de asistencia ex art. 52.d ET ...](#)

vaticina -con el muy prudente antecedente “quizás”- de que el hecho de que el empresario sea el que asume el coste económico de esas cortas bajas será el elemento decisivo que determinará el resultado del pleito, pero destacando la incertidumbre de futuro que produce el propio contenido de esta sentencia.

Con grandes dosis de humor, el maestro Rojo Torrecilla²⁰ evoca el título de una película antigua – “Solo ante el peligro”- fijando un símil sobre el que pretende indicar la situación ante la que se le deja al Juez español tras esta sentencia y hace ver que varios eminentes juristas coinciden en entender que esa sentencia da pie a que el Juzgador pueda adoptar cualquier tipo de decisión sobre si existe o no discriminación indirecta, indicando expresamente que el profesor De Castro Marín es del parecer que la decisión empresarial cuestionada era legítima y que entiendo muy concluyente el dato de que la empresa desconociese la condición de persona con discapacidad del demandante.

Ello no obstante, al final de ese artículo, el catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona se decanta por mojarse y aventurar una sentencia estimatoria de la demanda, considerando la existencia de discriminación y ello en base a lo que se dice al final de la propia sentencia.

Por lo que entiendo, manifiesta similar parecer la catedrática López Cumbre en un reciente comentario realizado sobre el particular.²¹

H.- Y es que ciertamente por último y según a alcanzo a entender, respondiendo a la alegación del Gobierno español relativa a que todas las bajas derivadas de enfermedad generada por la discapacidad pueden considerarse en la exclusión del cómputo que se produce si se trata de cáncer u otra enfermedad grave (incluida con la reforma laboral del año 2012), el Tribunal expresamente advierte que las ausencias excluidas en la redacción actual de tal precepto estatutario no cubren todas las situaciones de discapacidad.

Advierte también que en esa valoración se han de ponderar las medidas aludidas en el artículo 40 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social²²(en adelante me referiré a ella con el acrónimo LGDPCDIS) que impone aquella obligación de ajuste razonable y la exención de la misma, si supone carga excesiva, disponiendo que, para fijar si hay carga excesiva se ha de valorar si es paliada la medida en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas, así como los costes financieros y de otro tipo que tales costes impliquen y el tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa.

I.- Y finalmente, la parte dispositiva de la sentencia dice: *“El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de 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 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.”*

5.- La posterior sentencia del Juzgado.

A.- En la sentencia del día 7 de este mes y año el Juzgado²³ reitera los datos fácticos que hay había expuesto en el auto de planteamiento de la cuestión al Tribunal en lo que respecta a la índole y características de la relación laboral mediante entre demandante y demandado, el contenido de la carta de despido, la realidad de aquellas bajas, su diagnóstico, causas y duración, que el demandante tenía

²⁰ Véase el blog del mismo. La entrada se titula: *“Sobre discapacidad, enfermedad y absentismo. El juez nacional, sólo ante el peligro (perdón, ante el caso). A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16).* En el siguiente enlace: [EL BLOG DE EDUARDO ROJO: Sobre discapacidad, enfermedad y ...](#)

²¹ *“Despidos por faltas al trabajo por enfermedad derivada de una discapacidad. Doctrina europea.”* López Cumbre, Lourdes. Página del despacho Gómez- Acebo & Pombo. Enlace: [Despido por faltas al trabajo por enfermedad derivada de una ...](#)

²² Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre.

²³ Puede ser localizada en el siguiente enlace: https://www3.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnnextoid=64ca8aed8912610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=f1b4de385075f310VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES

reconocida la situación de persona con diversidad funcional en la Administración Pública competente desde el año 2014 y sobre el vínculo mediante entre aquellas bajas y la discapacidad, lo mejor resulta transcribir el quinto hecho probado de tal resolución: *“Según han diagnosticado los Servicios Médicos de la Sanidad Pública (SESCAM), tanto el “vértigo/mareo” como el “lumbago” son causados por una artropatía degenerativa y por una poliartrrosis, agravadas por la obesidad que sufre el trabajador, concluyendo que dichas limitaciones tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad reconocida al trabajador. “*

El fundamento de derecho primero de la sentencia contiene la explicación judicial del fundamento de su convicción sobre los hechos que considera probados. El quinto se basa en un informe de la sanidad pública que aportó el demandado.

B.- En el segundo fundamento de derecho centra la cuestión jurídica partiendo de que en el caso consta que se dan todos los requisitos formales del artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores y si el hecho de que esas bajas laborales deriven de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador provocan que el despido deba ser declarado nulo por tener causa discriminatorio directa o indirecta, considerando aquella Directiva 2000/78.

Se hace eco, también, de los efectos que la reforma laboral derivada de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, produjo en el citado apartado del artículo 52, texto de su apartado d que es el mismo que el actualmente vigente.

Y ya directamente el Magistrado expresa que su actual redacción no permite excluir del cómputo las bajas laborales derivadas de enfermedad causada por la discapacidad de la persona trabajadora, pues no es supuesto de los excepcionados a estos efectos.

Alude a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que recordemos fue el instrumento de trasposición de la Directiva 2000/78 a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Y hace bien al hacer tal alusión, pues fue ese precisamente el instrumento jurídico que introdujo expresamente la proscripción legal de la discriminación por discapacidad en el trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. De hecho, recuerda lo que al efecto se dijo en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007 (recurso 4194/2006)²⁴ y el influjo que tuvo en la reforma del Estatuto de los Trabajadores derivada de esa trasposición.

También hace un estudio histórico de la dispersa normativa sobre discapacidad existente, citando expresamente diversos antiguos textos legales, destacadamente, la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982 (LISMI) y la Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad de 2003 (LIONDAU) para ya centrarse en la transversal y vigente LGDPCDIS de 2013, transcribiendo la definición de discriminación indirecta de su artículo 2, letra d y la sanción de nulidad de los actos discriminatorios que se prevé en materia laboral en su artículo 35, punto 5, recordando cómo, si bien el artículo 14 de la Constitución no alude expresamente a la discapacidad como causa de segregación inasumible, sí que se asume que se incluye tal concepto entre las otras circunstancias personales y sociales con las que termina tal precepto²⁵.

Examina también la doctrina del Tribunal de Justicia europeo y Tribunal Supremo español sobre los conceptos enfermedad y discapacidad.

Igualmente cita la reciente sentencia de la Sala Cuarta de este último de 21 de septiembre de 2017 (recurso 2397/2015) que se focaliza en la interpretación del artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores y por eso se detiene de forma mas detallada en explicar su contenido, concluyendo con que considera que el Tribunal Supremo si *“entiende equiparable a una discapacidad las enfermedades que acarreen una “limitación” de tal magnitud que al interactuar con “diversas barreras” puedan “impedir” su “participación profesional plena y efectiva” en “igualdad de condiciones” con otros trabajadores (que no las sufran), siempre que la misma sea “de larga duración.”*

C.- El tercer fundamento de la sentencia principia con la exposición de las alegaciones principales de la parte demandante y de la parte demandada sobre el tema central en el proceso.

²⁴ En realidad, a ello ya se refirió la de 11 de diciembre de 2007 (recursos 4355/2006) que expresamente se cita en la de 18 de diciembre.

²⁵ Véase la nota número 2.

Seguidamente profundiza en la decisión relativa a la trascendencia que pueda tener el desconocimiento empresarial de que el demandante tenía reconocida la condición de persona con discapacidad ante la Administración Pública al tiempo del despido.

Y en este punto, el Magistrado considera que ello podría tener incidencia en un supuesto de discriminación directa, una vez opere el especial juego que, sobre las reglas de la carga de la prueba, impone el artículo 181, punto 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, pues sería trascendente para acreditar ausencia de móvil discriminador alguno.

Seguidamente sostiene que ese desconocimiento carece de relevancia si hablamos de discriminación indirecta, pues partimos de que lo que es relevante en tal caso no es esa voluntad o no de discriminar, sino otra cosa: si una norma, aparentemente inocua, produce efectos discriminatorios con respecto de las personas con discapacidad y cita los apartados 38 y 39 de la sentencia de 18 de enero de 2018 que es la que respondió a la cuestión que previamente planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en punto al riesgo adicional y específico de las personas con discapacidad de quedar incluidos en el ámbito de la norma y que ello supone, en principio, una discriminación indirecta.

También resalta que, frente al argumento del Gobierno español de que, en realidad todas las bajas por enfermedad generada por la discapacidad quedarían excluidas del cómputo de tal precepto, al quedar al abrigo de la excepción de “cáncer o enfermedad grave”, el Tribunal consideró que la literalidad de la norma española no acoge todas las enfermedades derivadas de la discapacidad, explicando diversos casos que en la realidad pueden presentarse y que hacen ver la realidad de tal conclusión.

D.- En el cuarto fundamento de derecho se sintetiza la razón de fondo del Juzgador sobre si este tipo de despido puede considerarse discriminatorio por no excluir del cómputo las enfermedades derivadas por la discapacidad y tras reiterar que entiende que existe “*colisión evidente*” entre la norma comunitaria y la española y que, a diferencia del caso danés (asunto HK Danmark) no existe en el caso español objetivo legislativo de integración, califica ya como nulo el despido enjuiciado por discriminatorio.

E. El quinto fundamento de derecho comienza con una cita de la CRPC, de diversos preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (entre ellos, su artículo 21) de diversas resoluciones de la Unión Europea, de aquella Directiva 2000/78, y del Estatuto de los Trabajadores, de la LGDPCDIS para reiterar que considera que el despido enjuiciado supone un caso de discriminación indirecta por razón de discapacidad, producto de computar bajas laborales por enfermedad derivada por discapacidad para edificar el soporte fáctico de un despido causalizado en incapacidad temporal justificada del trabajador, conducta que, amparada en precepto estatutario y en principio de condición “neutra” produce el real efecto segregador que justifica tal calificación.

F.- Seguidamente, el sexto fundamento de derecho, el Magistrado para en la cuestión relativa al resarcimiento económico por vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado y asume la existencia de un daño moral, el cuál debe presumirse, conforme la Ley y en este punto si que pondera la ausencia de intención discriminatoria en la conducta del empleador, pues ni siquiera conocía la condición de persona con discapacidad del demandante al tiempo del despido.

Por ello entiende que ha cuantificar el daño moral en un simbólico euro.

Tras la advertencia de la susceptibilidad de recurso de suplicación, sigue el fallo usual cuando se trata de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, advirtiéndose que no procede la condena en costas.

Dicha sentencia no es firme y habrá que esperar a ver cómo termina este proceso, pudiendo incluso acontecer que el asunto vuelva a Luxemburgo.

6.- Valoraciones personales.

Creo que resulta de interés comentar algunos extremos en relación a todo lo anterior.

6.- 1.- Es o no el demandante persona con discapacidad?. Lo es en Europa?. Lo es en España?. No son similares los contenidos del concepto en ambos ámbitos?.

A pesar de que en el auto de planteamiento el Juez español ya afirmaba que el demandante era persona con discapacidad al tiempo de su despido, una primera lectura de la cuestión previa del informe de la Abogada General y el examen de los parágrafos 27 a 33 de la sentencia del Tribunal hacen ver que en ambos casos mediaba duda sobre el particular. El Magistrado con quense reitera la convicción previamente manifestada en la sentencia.

Mi opinión personal es claramente favorable a la postura del Juez español por tres tipos de razones.

A.- Una, primera, fundamental y entiendo que por sí misma definitiva: el demandante ha sido reconocido como persona con discapacidad por la Administración Pública española competente (la Administración Autonómica) y el Juez ha de partir forzosamente de ello conforme las normas de derecho interno.

El Juez no puede obviar esta circunstancia, pues esa acreditación, realizada por el órgano competente y en los términos desarrollados reglamentariamente, tiene validez plena en todo el territorio nacional, según se infiere de leer el artículo 4, punto 3 de la LGDPDIS.

Además, no cabe obviar que en este pleito por despido se trata de un pleito entre particulares y no consta que la empresa haya negado tal condición, sino que lo que niega es que se conociese por la misma esa circunstancia antes del despido.

Un primer matiz: En toda esta sucesión de actos procesales, quien primero conjetura sobre la posibilidad de que no haya discapacidad es la Abogada General.

Un segundo matiz: esa conjetura lo hace para una concreta finalidad: para valorar si procede considerar aplicable la Directiva 2000/78.

Recordar que no lo hace para discutir sobre el derecho español, en lo que no entra, porque tampoco ha de entrar, sino sólo y a los exclusivos efectos valorar si procede o no aplicar la Directiva 2000/78.

Y es también sobre esta cuestión ha de donde se ha de constreñir la decisión del Tribunal de remitir al Juzgador esa previa ponderación sobre si se dan los presupuestos que integran el concepto de discapacidad conforme el artículo 1, párrafo 2 de la CRPD en el caso concreto, siguiendo así lo expuesto por la Abogada General.

Y aquí surge una llamativa cuestión.

De lo dicho, pudiera deducirse que tanto el Tribunal como la Abogada General consideran dos variables: que o bien el concepto discapacidad de la legalidad española no tiene porqué coincidir con la legalidad europea o bien que, considerándose que el concepto es similar en estas dos legislaciones, se haya llegado a decisión cuestionable, lo que, a su vez, nos sitúa en una doble posibilidad lógica: que la concesión de aquella condición en España no se ajustó en ese caso concreto a aquel concepto legal similar en ambos ordenamientos por exceso reglamentario de aquel Real Decreto 1971/1999 o que, ajustándose el reglamento a la Ley española y europea, se aplicase mal el mismo en el particularismo del caso del demandante.

Como se verá más adelante, rechazo estas dos últimas variables al explicar la tercera razón. Y seguidamente explico por qué rechazo también la primera posibilidad, pues entiendo que existe un único y mismo concepto de discapacidad en Europa y en España.

Sobre si hay o no igualdad conceptual en Europa y en España profundiza Gutiérrez Corominas²⁶.

Sintéticamente sostiene que, mientras que en el concepto de producción legislativa interna español, se ha de distinguir y así, si bien el artículo 4, punto 1 de la LGPDFIS responde casi miméticamente a la definición de la CRPD, el punto 2 parece estar lastrado todavía del primado médico en el tratamiento de la discapacidad, para finalmente resaltar el carácter innovador y similar al derecho anglosajón del punto 4 de ese artículo, que permite equiparar a discapacidad el simple diagnóstico o los pródomos de concretas enfermedades que se sabe van a producir en el tiempo la discapacidad (caracterizadamente, la esclerosis múltiple y la lateral amiotrófica).

Por eso, concluye que nuestro concepto está a caballo entre el modelo médico y el social de tratamiento de la discapacidad y pone en duda el ajuste al modelo social del punto 2 de tal artículo 4.

Por mi parte, creo que se ha de destacar que en la sentencia europea objeto de comentario, ciertamente el Tribunal persiste en mantener el llamado paradigma social en el tratamiento de la discapacidad, ya que este principio es cabalmente el que inspira la definición contenida en la CRPD, que es sobre el que considera se ha de ponderar los contenidos de aquella Directiva 2000/78.

Se considera que este postulado acarrea que el moderno concepto de persona con diversidad funcional del que deriva alcance una importante fuerza expansiva en relación con el que pudiese derivar del derivado resultante de aplicar el primado tradicional o médico. Muestra de esa fuerza expansiva son las sentencias HK Danmark y FOA o Kaltoft, sentencias que han merecido la atención de los medios de comunicación social precisamente por tal razón.

²⁶ "La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas: ¿una cuestión europea de determinación nacional?. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU: C: 2018:17". Gutiérrez Corominas, David. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, número 206, de próxima publicación.

Tal concepto, que ciertamente es más acorde al tiempo en que vivimos y se reitera, además es expansivo del que se considera tradicional, es debidamente explicado, en sus detalles, en el párrafo 28 de la propia sentencia europea del año 2018, cuando dice: *“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse referido a 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15, EU:C:2017:198, apartado 36 y jurisprudencia citada)”*.

En otro punto de la sentencia (38) se vuelve a reiterar el postulado de que no cabe la plena equiparación y sin más entre el concepto de enfermedad y el de discapacidad, igualdad negada muy claramente en la sentencia Chacón Navas que expresamente se menciona.

Como es bien sabido, la taxativamente negada igualdad inicial fue luego parcialmente asumida de forma condicionada esencialmente desde la sentencia HK Danmark .

De hecho, el Tribunal insiste en que sólo cabe esa equiparación entre ambos conceptos cuando la enfermedad genera una limitación de larga duración que tenga las condiciones señaladas en el párrafo anterior.

Para el caso de la concreta enfermedad de obesidad, si se dan esas circunstancias, el propio Tribunal asume que se ha admitido esa posibilidad en la sentencia Kaltoft o FOA (párrafo 29).

Por otro lado, como ya se ha expuesto, la definición que de discapacidad encontramos en nuestro ordenamiento jurídico de producción interna se ubica en el artículo 4 de la LGCDIS.

Y siguiendo al autor últimamente y asumiendo lo dicho por el mismo en cuanto a los puntos 2 y 4 de tal artículo, lo cierto es que el punto 1 del mismo es muy similar a la definición contenida en el artículo 1, párrafo 2 de la CRPD. Pero no igual.

La CRPD dice: *“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”* .

Como se aprecia, la LGPCDIS sustituye *“a largo plazo”* por *“previsiblemente definitivas”*, lo que entiendo que es un matiz que puede tener repercusiones en otro caso, pero no en éste.

Pero es que, aunque se considerase que se trata de una diferencia léxica relevante, no podemos obviar que prevalecerá siempre la definición CRPD sobre la hipotéticamente distinta de la LGPCDIS, pues así lo impone el ordenamiento interno jurídico vigente y también el europeo.

Por tanto, la misma definición que aplica el Tribunal es la que ha de presidir la aplicación del derecho interno que haya de hacer el Magistrado conquense. Surge así la segunda razón de las tres que pretendo expresar.

B.- El concepto que ha de aplicar el Magistrado español de discapacidad es el mismo que considera el Tribunal para aplicar o no la Directiva 2000/78 y ello con independencia de que se haya de aplicar o no tal Directiva.

Aunque el Tribunal condiciona el uso del concepto previsto en la CRPD a los efectos de aplicar la Directiva 2000/78, el Juez español ha de aplicar ese concepto incluso fuera de ese ámbito constreñido igualmente, según entiendo.

Conforme ya he explicado en las últimas líneas, mi opinión es ésta: aparte de que la diferencia de conceptos es nimia y entiendo que intrascendente en este concreto caso, incluso esa diferencia entre el concepto que surge del ámbito de producción de normas interno cedería ante la fuerza normativa del concepto CRPD conforme nuestro propio sistema jurídico y el propio sistema jurídico europeo.

Ordenamiento jurídico interno: ello no sólo por el juego de los artículo 96, punto 1 y 10, punto 2 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, pues tal tratado fue suscrito por el Reino de España mediante el adecuado instrumento de ratificación, siendo además promulgado y publicado en el Boletín Oficial del Estado²⁷, sino también por el juego de la normativa legal ordinaria española, la cuál prevé la prevalencia de lo dispuesto en los tratados internacionales sobre cualquier norma del ordenamiento jurídico interno en caso de conflicto con ellas, salvo que sea de rango constitucional (artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales). Tal precepto es otra norma de producción interna con rango formal de ley ordinaria y que está vigente.

²⁷ En el de fecha 21 de abril de 2008.

Ordenamiento jurídico europeo: esta prevalencia también está asumida por el propio Tribunal de Justicia de la Unión expresamente y en relación a ese concepto de discapacidad CRPD²⁸ estudiando la propia normativa de la Unión. Así, si leemos la sentencia HK Danmark, fundamentándose ello en antecedentes previos del propio Tribunal, los cuales explican la primacía de los Tratados y acuerdos internacionales suscritos por la Unión, por así disponerlo el artículo 216, apartado 2 del Tratado Fundacional de la Unión Europeo, principio que supone que todas las disposiciones de Derecho derivado de la propia Unión han de ser interpretados conforme tales Tratados en la medida de lo posible²⁹. En tal sentido y si se parte de este igual concepto, por ejemplo, no cabría considerar sólo lo que sean limitaciones presumiblemente definitivas como constitutivas de discapacidad ex artículo 4, punto 1 de la Ley sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, sino también todas las que lo sean “a largo plazo”, aunque no sean “presumiblemente definitivas”, pues a las de largo plazo alude la CRPD.

Por otra parte hay un argumento añadido. De sostenerse ese “bifrontismo” en el concepto, se produciría un efecto paradójico en este particular supuesto: resultaría que, aplicando un modelo que se considera es el expansivo del concepto de discapacidad -el europeo- en el supuesto concreto podría no haber discapacidad y mientras que en un modelo más restrictivo, el presumidamente distinto en el ordenamiento jurídico de origen interno, con certeza hay discapacidad. Una aporía?

El dios Jano tendría dos caras según el perfil del que se le mirase, pero yo creo que los mortales y entre ellos las personas con discapacidad españolas, tenemos sólo una, por lo menos en cuanto al concepto que nos define.

C. Y hay una tercera razón, cual es que, incluso asumiendo la hipótesis de que haya dos conceptos diversos de discapacidad y también el presupuesto de que, para aplicar la Directiva 2000/78, se haya estar sólo al concepto de discapacidad de la CRPD y no un supuesto concepto de discapacidad español interno diverso, se ha de sostener que la discapacidad “europea” se da en este concreto caso, puesto que la mayoría de las incapacidades temporales que la empresa asumió en el caso para despedir tienen su relación, cuando menos parcial, con el mayor de los factores discapacitantes, cual es la obesidad. En efecto, todos los procesos de incapacidad temporal tenidos en cuenta en el despido, menos uno de ellos, derivan de “vértigo/mareo” o “lumbago”.

El Magistrado conculca ya indica en el auto de planteamiento que ambas diagnósticos están causadas por las patologías de artropatía degenerativa y poliartritis, patologías que asume son agravadas por la obesidad del trabajador y expresamente dice: “concluyendo que dichas limitaciones tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad reconocida al trabajador” (sic).

Esto lo dice ya al plantear la cuestión, pero es que es muy claro el hecho probado quinto de la reciente sentencia, basada en prueba de informe de la medicina pública.

Es decir, que en el auto de planteamiento de la cuestión el Juez ya da por sentado que todas las bajas menos una son debidas a enfermedad derivada de la discapacidad y de hecho, por ello plantea la cuestión. También lo da por cierto en la ulterior sentencia.

Al igual que en el caso HK Danmark se asumió que las patologías que habían provocado la baja laboral derivaban de limitaciones de larga duración y que, por ello, debieran equipararse a discapacidad, entiendo que debiera haber acontecido en este concreto caso.

Por tanto, ello conlleva el que, siempre en mi modesto parecer y con el mayor de los respetos, discrepo del criterio que se ha impuesto por el Tribunal sobre esta primera devolución del asunto al Juzgado, puesto que, con los datos que se exponían en la cuestión por el Magistrado, no debiera haberse reenviado la decisión sobre este extremo al Magistrado, sino que el Tribunal, con la propia cuestión, ya tenía datos para fijar si se daba o no esa condición de persona con discapacidad, incluso asumiendo que no valga para otorgar la protección de la Directiva el simple reconocimiento de tal situación en España, se ajustase o no la norma española o a la comunitaria, si fuesen distintas. Por tanto, no cabía considerar duda existente sobre el particular.

Por otra parte y como ya he expuesto en el anterior punto A, el Magistrado español está vinculado por tal acto administrativo firme y que expande sus efectos también en este proceso.

²⁸ La validación de la suscripción de tal Tratado en nombre de la Unión y la orden de publicación tuvo lugar por Decisión 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 27 de enero de 2010).

²⁹ Párrafos 28 a 32 de aquella sentencia HK Danmark.

6.- 2.- Se ajusta la literalidad legal ordinaria vigente de la causa de despido examinada a la Directiva 2000/78?

Yo creo que no y que el Tribunal de Justicia da pistas claras al efecto, pistas recogidas debidamente por el Magistrado conculca en su ulterior sentencia, que, como se ha dicho, no es la última palabra sobre el tema, pues es presumible que la misma sea recurrida.

Y considero que la respuesta a tal pregunta es negativa porque el Tribunal si entendió que la actual redacción del artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores va más allá de lo necesario para justificar el trato diverso en base lo previsto en el artículo 2, párrafo 2, letra b, punto i de la Directiva 2000/78.

Para ello me baso en la propia literalidad de la respuesta que contiene la declaración final de la sentencia europea, que se redacta como afirmación positiva, en cuanto que afirma que *“se opone una normativa nacional...”*

Pero, además de ello, creo que es lo que racionalmente cabe deducir de su argumentación de fondo, lo que viene a corroborar la anterior razón.

En concreto y en cuanto a la argumentación, pese a que es claro que existe una remisión al Juzgador para que haga una ponderación en función del cúmulo de factores que expresa el Tribunal -que desde luego son más que los dos que parece al principio de su argumentación enjuiciar dada la fórmula abierta y genérica con que se enuncia la segunda- lo cierto es que del conjunto de la argumentación de fondo infiero asume que, en orden a la excepción legitimadora del trato desigual que se contiene en aquel extremo de la Directiva, el Tribunal considera:

la finalidad perseguida es legítima –luchar contra el abstencionismo laboral-

es adecuado el medio adecuado –despedir si se superan concretos umbrales de abstencionismo justificado- en cuanto es medida de equilibrio adecuado entre los intereses a ponderar.

pero que considera que la regulación en concreto del precepto estatutario y que proviene de la reforma laboral interna del año 2012, supone un exceso en lo necesario al efecto, pues el actual texto no protege debidamente a las personas con discapacidad frente a ese riesgo especial y exclusivo que tienen de alcanzar el número de días a ponderar como de incapacidad temporal que justifican ese despido.

Esta última conclusión creo que tiene su apoyo en que, luego de exponer el argumento del Gobierno español de que la mayoría de las bajas que tuviesen su razón en la discapacidad de la persona trabajadora pudieren considerarse como enfermedades graves o cáncer y por tanto, no computables a estos efectos, indicando que se trata de una alegación, para seguidamente decir en el párrafo siguiente que esas excepciones no puede considerarse que cubran la totalidad de las situaciones de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78³⁰.

6.- 3.- Es necesario el conocimiento empresarial de la circunstancia de discapacidad del trabajador al tiempo del despido para ponderar la adecuación a la Directiva del artículo 52, letra d?. Tiene alguna otra relevancia ese desconocimiento?.

El Magistrado español cree que no, al tratarse de un caso de discriminación indirecta, la Abogada General, a su vez, no había hecho esa generalización, sino que había distinguido dentro de las discriminaciones indirectas, entendiendo que si que era relevante en el supuesto legitimador de la desigualdad vinculado a la falta de adopción de “medidas de ajuste razonable”, no pronunciándose expresamente en cuanto al otro caso, aunque se infiere que no lo considera relevante y el Tribunal guarda silencio sobre este punto, aunque cabe obtener la misma inferencia. Me explico.

La Abogada General distingue. Dentro del ámbito de las excepciones al trato igual autorizadas por el artículo 2, número 2, letra b, considera claramente que es necesario que el empresario conozca que el trabajador es persona con diversidad funcional o cuando menos deba ser razonablemente consciente de que se encuentra en tal situación cuando se trata de aplicar el inciso ii, tal y como resume en el párrafo 45 de su informe, pero guarda silencio con respecto del caso del inciso i, aunque del razonamiento expuesto en relación con el mismo, cabe inferir que se considera indiferente en el caso tal consentimiento, pues si se trata de ponderar si la norma objeto de estudio –el citado artículo 52, letra d- se ajusta o no a los cánones establecidos en tal inciso, que para nada se relacionan con ese conocimiento, pues se permite la excepción de desigualdad de trato cuando se justifique por finalidad legítima, adecuación del medio empleado y que éste no vaya mas allá de lo que impone la finalidad. A los efectos que se tratan, sólo estos tres extremos son los relevantes.

³⁰ Párrafos 53 y 54 de la sentencia.

Como quiera que el razonamiento del Tribunal pivota exclusivamente en relación a esta segunda excepción a la hora de dar la respuesta que da a la cuestión planteada y que guarda silencio sobre este punto, entiendo que no es relevante el que se tenga tal conocimiento, se deba tener o no se tenga, por las mismas razones que en el caso anterior.

El Magistrado conculca considera que esa relevancia que debe tener en la discriminación directa, no la tiene cuando estamos en el ámbito de la indirecta.

En tal caso, se trata de valorar la relevancia del previo conocimiento de la discapacidad al examinar una norma de la que se presupone que, en su literalidad, es aséptica en materia discriminatoria, es de valor “neutro”. Lo que pasa es que se constata que su aplicación lleva en realidad a una segregación que se repudia por inasumible, pues existe en un concreto colectivo, el de las personas con discapacidad, un riesgo adicional que no tienen el resto de personas trabajadores y ese adicional y exclusivo riesgo tiene su razón de ser en las enfermedades que la propia discapacidad genera. El efecto se produce en todo caso, con independencia de que el empresario conozca o no la situación de discapacidad del despedido y por ello es indiferente que el empresario conozca o no tal situación, pues la norma expresamente rechaza la admisión de que se produzca ese efecto segregador con sanción de anulación del acto que lleve a tal efecto.

Si ello es así, como lo creo, pues comparto esas ideas, es evidente que hay unas consecuencias cuando puede resultar que el empresario que se apoya en la dicción de una Ley, finalmente puede ver truncada la adecuación a Derecho de un despido por consecuencia de esa doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se produciría ciertamente un chocante efecto: ampararse en una causa para producir un despido que se ajusta a la legalidad interna y sin embargo, obtener una declaración jurisdiccional de ilegalidad de ese acto por causa distinta a la voluntad o conducta de quien lo produce. Es decir, sin dolo o culpa por su parte, sino ajustándose a lo que dice su ordenamiento jurídico de producción interna. La responsabilidad, desde luego no sería ni del empresario, ni del trabajador, sino que estaría residenciada en el ámbito del poder legislativo interno. No sería el primer caso de exigencia de responsabilidad patrimonial del mismo³¹.

En todo caso y como se ha dicho, el Magistrado español si que valora la falta de conocimiento empresarial de la situación de discapacidad pero no en éste ámbito, sino en otra sede: por tal razón pondera la indemnización por vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado en un simbólico euro.

Y en esta consideración no estoy de acuerdo. Aporto mis razones seguidamente.

En este caso, en la sentencia conculca se parte de que sólo existe un tipo de daño a reparar: el daño moral.

Recordar que la finalidad de esa indemnización es doble: por un lado, reparar íntegramente los perjuicios irrogados y por otro, contribuir a la finalidad de prevenir el daño. Así se deduce de leer el artículo 183, punto 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social y así lo asume la jurisprudencia (por todas, reciente sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018 (recurso 274/2016).

Y en tal sentido, si bien la falta de conocimiento empresarial de la situación de discapacidad pudiera incidir en el segundo objetivo – el disuasorio-, pudiendo considerarse incluso legítimo nada fijar por esta segunda finalidad, personalmente creo que en nada incide esa falta de conocimiento en la valoración del daño moral irrogado al demandante, pues éste se le produce ya por el hecho de que opere ese ilegítimo despido, con independencia de esa falta de conocimiento empresarial y que lo que se ha cuantificar es ese perjuicio por daño moral causado, que no está conectado en forma alguna con consideraciones subjetivas sobre el conocimiento de la situación por parte del empleador.

Por agotar la cuestión relativa al conocimiento de la situación, una última opinión. La Abogada General aludía a la relevancia de ese conocimiento en cuanto a la operatividad de una de las dos causas de permisión de trato diferente, como excepciones justificativas del trato desigual y advertía que ese conocimiento de la condición de discapacidad provenía de que así se hubiese comunicado a la empresa o que ésta debiera ser consciente de la misma, pues hay discapacidades que se aprecian inmediatamente - ejemplifica con la amputación- y otras no.

Pues bien, qué pasa con la obesidad, se aprecia o no de inmediato?. Pues depende, porque además, mas que a la obesidad se ha de atender a si se conoce esa limitación de larga duración que en lo profesional

³¹ Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 20 de febrero de 2017 y 5 de febrero de 2015 (recursos 184/2015 y 48/2013).

genere la misma y obviamente hay que estar al caso concreto. En el supuesto de autos, no me atrevo a opinar, pues sólo consta que se le ponderó con un 24 por ciento de discapacidad la misma considerando el capítulo del Reglamento del año 1999 relativo a las enfermedades de endocrino, lo que me parece que son datos insuficientes para hacer una ponderación adecuada, a la vista del capítulo 9 del Real Decreto 1971/1999, que es reglamento que regula tal valoración en relación con el sistema endocrino.

6.- 4.- Qué pasa con la prohibición de discriminación por obesidad o sobrepeso que se contiene en la normativa española?

Si acudimos a la vigente Ley de Seguridad Alimentaria y Nutrición (ley 17/2011, de 5 de julio), su artículo 37 literalmente dice: *Prohibición de discriminación.*

1. *Está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad.*
2. *Se considera discriminación directa por esta razón, la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable.*
3. *Se considera discriminación indirecta, por esta razón, la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente, neutros pone a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.*
4. *En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sobrepeso u obesidad.*
5. *Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto.*
6. *Los poderes públicos adoptarán medidas específicas, a favor de las personas con sobrepeso u obesidad, para corregir situaciones patentes de desigualdad, así como medidas de intervención y fomento para la prevención y tratamiento de la obesidad, especialmente, de la obesidad infantil y de otros trastornos alimentarios."*

Vemos, pues, que es una norma ínsita en una disposición con rango jerárquico de ley ordinaria y vigente que expresamente prevé la discriminación, no sólo por obesidad, sino incluso por sobrepeso.

Además, define al discriminación directa e indirecta por tal causa y en su punto 5 se declaran nulos y sin efectos los actos y cláusulas que causen discriminación por esa causa y el 6 impone a los poderes públicos medidas de acción positiva para corregir las medidas patentes de desigualdad por esta causa. Pues bien, con este panorama normativo, con independencia de que se pudiese o no hablar de discriminación por discapacidad, pudiera considerarse que el despido enjuiciado llevaría a la nulidad del despido enjuiciado en el caso por ser contraria a norma imperativa y prohibitiva?

A favor del no, opera la idea de recordar que en la sentencia FOA o Kaltoft, el Tribunal ya indicó que no existía proscripción de la discriminación por obesidad en el ámbito del empleo y de la ocupación y ello luego de examinar tanto el derecho originario como el derivado de la Unión, no pudiéndose el ámbito de las discriminaciones aludidas en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 con otras causas de discriminación, a los efectos de aplicar el abrigo protector de tal Directiva³².

A propósito de lo anterior, la profesora Pérez Anaya³³ en su día explicó cómo el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada 2010) se estructura fijando primero un principio general de no discriminación y luego indica múltiples causas de discriminación, incluyendo si la discapacidad y no la obesidad. Puntualiza que el Tribunal de Justicia de la Unión no suele asumir más causas de discriminación que las expresamente nominadas allí, citando como ejemplo el caso Aklerberg Fransson (sentencia de 16 de junio de 2011, asunto C 617/10), por lo que nada novedoso hay en esta vertiente del asunto en los contenidos de esta sentencia.

Sobre esta materia concreta de la normativa interna en materia de discriminación por obesidad y despido también han escrito otros autores. Permítaseme citar a dos de ellos, pues un análisis circunspecto impone, cuando menos, valorar las opiniones de quienes ya han escrito sobre esto.

³² Parágrafos 31 a 40 de tal sentencia.

³³ "La obesidad como causa de despido desde la perspectiva comunitaria". Pérez Anaya, Rosa María. Revista electrónica Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Volumen 3, núm. 1. 2015. Adapt University Press.

Rivas Vallejo³⁴ recuerda que el Tribunal europeo ha dejado claro que el concepto de “*persona con discapacidad no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a la discapacidad*”, lo que entiende es una frase relevante a considerar en el futuro, pues esta idea se asocia con las llamadas “*discapacidades por el estilo de vida*”, y así, junto con la segregación por obesidad en este grupo podríamos incluir la derivada del hábito tabáquico, alcohólico u de otro tipo de drogas. También advierte que la obesidad admite diversos grados, que van desde el sobrepeso a la obesidad mórbida, planteándose la mayoría de los supuestos litigiosos en relación a esta última. Así mismo, hace ver que existe una normativa antidiscriminatoria por razón de obesidad en material laboral en Norteamérica (Estados Unidos y Canadá) desde hace años, estudiando diversos casos resueltos en sus Tribunales y remarcando cómo nuevamente esta legislación americana es pionera en la lucha antidiscriminatoria, siguiendo Europa su estela de forma ralentizada. Nos recuerda también el moderno uso de expresiones tales como el fenómeno “*globalobesity*” o la “*lipofobia*”, explicando la sociología la estrecha vinculación de lo obeso con lo considerado como “*freak*”, lo que nos pone ya cerca de la discriminación y también el efecto multiplicador que esa discriminación genera si además es mujer quien la sufre. Abordando la cuestión, considera el propio ámbito de la Ley hace muy cuestionable su aplicación directa e inmediata al ámbito laboral, pues el objetivo de aquella Ley se relaciona exclusivamente con la seguridad alimentaria y la política preventiva de los riesgos alimentarios para la salud pública, aunque conjetura con la posibilidad de que cabría algún tipo de relación por el cauce que permite su artículo 2, punto 1, letra c³⁵. En definitiva, considera que sólo la vía de relacionar la prevención laboral de la salud del trabajador con esas finalidades permitiría acudir a tal precepto, que entiende que, en todo caso, tiene un importante valor hermenéutico, exegético o interpretativo. También sobre esta artículo 37 ha escrito Molina Navarrete³⁶, criticando que la sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 9 de mayo de 2012 (recurso 823/2012) no hiciese siquiera alusión a aquel precepto en un caso en el que se alegaba la discriminación por sobrepeso u obesidad cuando ya hacía un tiempo desde su promulgación y publicación. Tal sentencia excluía que fuese factor discriminador prohibido pues es problema social que afecta a gran parte de la población. Abundando en lo dicho por la profesora Rivas Vallejo, el conspicuo catedrático jienense se centra en la idea de que lo que es hoy en día la seguridad alimentaria desborda los tradicionales ámbitos en los que se movía, para actualmente penetrar también en el ámbito de los derechos sociales de “*nueva generación*”, reflejando la actualidad un factor de segregación por tal causa, como ha puesto ya de manifiesto la jurisprudencia norteamericana. A la hora de valorar esta posición, me viene a la cabeza aquella jurisprudencia que el Tribunal Supremo elaboró en relación a la asimilación a la discapacidad que se contenía en el derogado artículo 1, punto 2 de la LIONDAU³⁷, que limitaba la misma a los efectos de esa Ley, para decir que no cabía la declaración de PCD a quien fuese pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran incapacidad, cuando esa Ley era pretendidamente transversal. Aunque estoy de acuerdo con la opinión últimamente expresada, mi pronóstico es que esta tesis no alcanzaría refrendo jurisprudente, dados los precedentes y la propia literalidad de la forma en que se definen los objetivos de aquella Ley de Seguridad Alimentaria y Nutrición. Si se considerase su aplicabilidad en el ámbito en que nos movemos, nos encontraríamos con una norma imperativa que impondría claramente la nulidad del despido, al modo y manera que el Tribunal Supremo asumió los casos de discriminación por discapacidad tras la Ley 63/2003 que traspuso aquella Directiva 2000/78, como ya se ha explicado al comentar la sentencia del Juzgado conquense³⁸.

³⁴ “*Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?*.” Pilar Rivas Vallejo. Revista Electrónica de Dret de Treball i de de la Seguretat Social. Número 1/2015

³⁵ Dice que quedan incluidos en el ámbito de esa Ley, las siguientes actuaciones y actividades:...

“c) Las actividades de las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, en cuanto que tales actividades estén relacionadas directa o indirectamente con algunas de las finalidades de esa Ley.

³⁶ “*Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del caso Ring.*” Cristóbal Molina Navarrete. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social. Año 2015, número 130.

³⁷ Dos sentencias de Sala General, de fecha 21 de marzo de 2.007 (recursos 3872/2005 y 3902/2005). Hoy en día véase el artículo 4, punto 2 de LGDPCDIS que habla de “a todos los efectos”.

³⁸ Véase el párrafo 5.

6.- 5.- Soluciones.

Al hilo de todo lo anterior, una sugerencia personal: implementar el artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores y al igual que otros supuestos de procesos de incapacidad temporal excluidos del cómputo que permite el despido por ausencias justificadas en bajas laborales, añadir otro caso en el que se excluyan así mismo las bajas laborales que tengan origen en enfermedades causadas con la discapacidad del trabajador, pues la propia experiencia me permite afirmar que muchas de este tipo de bajas ni son derivadas del cáncer ni constituyen, en absoluto enfermedades graves (escaras, bultomas, degeneraciones articulares, tendinopatías y tantas otras). Sería la solución adecuada, la correcta desde el punto de vista antisegregador y asimilada a la que, por ejemplo, se fija en materia de percepciones durante incapacidad temporal que se fija para diversos colectivos y entre ellos, para el colectivo judicial³⁹.

Por otra parte y como ya se ha dicho, la sentencia del Juzgado conquense muy probablemente no será la última decisión en el caso Ruiz Conejero, pues presumo que contra la misma se formulará recurso. Volverá el tema a Luxemburgo?. Quien sabe.

IR A INICIO

ENLACES

<u>LEGISLACIÓN</u>
<u>JURISPRUDENCIA</u>
<u>CONVENIOS COLECTIVOS</u>
<u>SEGURIDAD SOCIAL</u>
<u>INSTITUCIONES PÚBLICAS</u>
<u>SALUD LABORAL</u>
<u>SISTEMAS DE AUTOCOMPOSICIÓN DE CONFLICTOS LABORALES</u>
<u>PORTALES JURÍDICOS</u>
<u>REVISTAS JURÍDICAS</u>
<u>BLOGS IUSLABORALISTAS</u>
<u>CONSEJOS ECONÓMICOS Y SOCIALES</u>
<u>RELACIONES LABORALES EN GENERAL</u>
<u>UTILIDADES</u>

• LEGISLACIÓN

➤ PUBLICACIONES OFICIALES

- DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (DOUE): <http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=es>
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (BOE): https://www.boe.es/diario_boe/
- BOLETÍN OFICIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (BOJA): <http://www.juntadeandalucia.es/boja>
- BOLETÍN OFICIAL DE ARAGÓN (BOA); <http://www.boa.aragon.es/#/>
- BOLETÍN OFICIAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (BOPA): <https://sede.asturias.es/portal/site/Asturias/menuitem.048b5a85ccf2cf40a9be6aff10000f7/?vgnextoid=c0c756a575acd010VgnVCM100000bb030a0aRCRD&i18n.http.lang=es&calendarioPqBopa=true>
- BUTLLETÍ OFICIAL DE LES ILLES BALEARS (BOIB): <http://www.caib.es/boib/>
- BOLETÍN OFICIAL DE CANARIAS (BOC): <http://www.gobiernodecanarias.org/boc/>
- BOLETÍN OFICIAL DE CANTABRIA (BOCAN): <https://boc.cantabria.es/boces/>

³⁹ Instrucción segunda, apartado i del Acuerdo del 12 de junio de 2013, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la Instrucción 1/2013 sobre retribuciones en supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros de la Carrera Judicial. (B.O.E. de 21 de junio de 2013).