

**COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE 18/1/2018 DEL TJUE (ASUNTO C-270/16): DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL CASO DE DESPIDO DE UN TRABAJADOR POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO, AUN JUSTIFICADAS PERO INTERMITENTES**

La Sentencia resuelve la petición de decisión prejudicial formulada por un Juez de lo Social español. Este preguntó si 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, se opone a la normativa española, que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de este al trabajo, aun justificadas pero intermitentes por encima de un umbral, incluso cuando esas ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de dicho trabajador. Este despido se basa en el artículo 52, letra d) del Estatuto de los Trabajadores.

La respuesta del TJUE es ambigua. Si bien, en principio, considera que la Directiva se opone a dicha normativa, pues supone una discriminación indirecta contra las personas con discapacidad, al mismo tiempo indica que dicha discriminación podría estar justificada si, como sostiene el Gobierno español, realmente persigue la finalidad legítima de combatir el absentismo y no va más allá de lo necesario para alcanzarla, extremo cuya evaluación el TJUE remite al juez español, el cual ahora tendrá que pronunciarse sobre la existencia o no de discriminación.

En este caso, el trabajador, limpiador de un hospital, tenía reconocido un grado de discapacidad del 37 %, fundamentalmente debido a su obesidad y a una limitación funcional de la columna vertebral. El trabajador se encontró en situación de incapacidad temporal durante una serie de períodos, como consecuencia de problemas de salud cuyo origen, según los servicios médicos, radicaba en las patologías que habían dado lugar al reconocimiento de su discapacidad. El trabajador comunicó a la empresa las situaciones de baja y entregó los partes médicos correspondientes. A pesar de ello fue despedido, con base en el referido art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores pues había acumulado ausencias, aun justificadas, que superaron los límites legales.

El Juez había estimado que, en este caso, existe una diferencia de trato que implica una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, diferencia que no puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, pues considera que los trabajadores con discapacidad se encuentran más expuestos que los demás trabajadores al riesgo de que se les aplique el umbral de faltas establecido en el Estatuto de los Trabajadores, con independencia de que el empleador tenga o no conocimiento de la situación de discapacidad.

Al margen del fondo enjuiciado, en la Sentencia, el TJUE sienta un criterio que puede ser perjudicial para la defensa de las personas con discapacidad. Sostiene que la condición de persona con discapacidad a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva, debiendo el Juez español comprobar si la incapacidad que padece se corresponde con «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» Es decir, el reconocimiento del grado de discapacidad no es suficiente; se precisa probar que es real.

Sin embargo, hay que recordar que el TJUE ya declaró que la obesidad está considerada incapacidad en ese sentido si impide la participación plena y efectiva del trabajador «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».

En cuanto al fondo del asunto, el TJUE excluye la discriminación directa porque la norma se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo. En realidad, esto ya lo había excluido el Juez y demás parece una decisión razonable pues efectivamente es así.

Sin embargo, considera que, en este punto (despido basado en el 52 d), el Estatuto de los Trabajadores puede incurrir en una discriminación indirecta por motivos de discapacidad.

Ahora bien, al analizar si esta diferencia de trato puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de esta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista, el TJUE estima, dando la razón al Gobierno español, que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos de la Directiva.

En este punto, traslada al Juez español la tarea de evaluar si concurre o no esa finalidad de luchar contra el absentismo.

En conclusión, esta Sentencia del TJUE sienta un criterio de cierta importancia, pero no es generalizable y ni siquiera obliga o estimula al legislador español a modificar la norma sobre el despido, al hacer recaer en la Justicia española la decisión final.

23 de febrero de 2018.

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna.

Director de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos de Fundación ONCE

Consejero del Comité Económico y Social Europeo (CESE) en representación de CEPES

Director de los Servicios Jurídicos del CERMI

**CERMI**

[**www.cermi.es**](http://www.cermi.es)