

**NULIDAD DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR POR AUSENCIAS AL
TRABAJO DERIVADAS DE ENFERMEDAD ATRIBUIBLE A DISCAPACIDAD.
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NUM. 1
DE CUENCA DE 7 DE MARZO DE 2018¹**

Por

JOSEP MORENO GENÉ²
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida

jmoreno@dpub.udl.cat

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 51 (2018)

RESUMEN: En este comentario se aborda la respuesta dispensada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 a la cuestión de cómo debe aplicarse la causa de extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET cuando nos encontramos ante supuestos en que dichas ausencias derivan de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador, incluidas las derivadas de enfermedades de larga duración que se puedan considerar asimilables a la misma. A tal efecto, el magistrado de instancia concluye que los trabajadores discapacitados se encuentran más expuestos al riesgo de ser despedidos por esta causa al ser más proclives a acumular ausencias atribuibles a su discapacidad, desfavoreciéndose de este modo a este colectivo de trabajadores respecto de los que no lo son, lo cual supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, sin que, además, dicha diferencia de trato pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima.

PALABRAS CLAVE: absentismo laboral; discapacidad; obesidad; despido; discriminación; Directiva 2000/78/CE.

SUMARIO: I. La discutible adecuación de la extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador ex art. 52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE.- II. El diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el juez nacional: de la STJUE de 18 de enero de 2018 a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018.- III. El difícil recorrido de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018. IV. Bibliografía.

**NULLITY OF EMPLOYEE DISMISSAL DUE TO WORK ABSENCES ARISING
FROM ILLNESS ATTRIBUTABLE TO DISABILITY. ON THE JUDGEMENT OF
LABOUR COURT NO. 1 OF CUENCA OF 7 MARCH 2018**

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2013-47917-C2-1-R, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad que lleva por título "Edad, empleo y vulnerabilidad social".

² El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya "Social and Business Research Laboratory" (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

ABSTRACT: This comment addresses the response provided by the Judgement of Labour Court no. 1 of Cuenca of 7 March 2018 to the issue of how the cause of termination of contract of employment due to employee absences, foreseen in Art. 52 d) ET, should be applied when we encounter cases in which these absences arise from illnesses attributable to employee disability, including those arising from long-term illnesses which can be considered as similar to the same. To this end, the judge of first instance concludes that disabled employees are more exposed to the risk of being dismissed for this reason on being more likely to accumulate absences attributable to their disability, this group of workers thus being subject to a detriment in relation to those who are not disabled, entailing an indirect difference in treatment for reasons of disability, without it being possible for this difference of treatment to be objectively justified by a legitimate aim.

KEYWORDS: work absenteeism; disability; obesity; dismissal; discrimination; Directive 2000/78/EC.

SUMMARY: I. The questionable adaptation of the termination of the contract of employment due to employee absences ex Art. 52 d) ET to Directive 2000/78/EC. II. The dialogue between the Court of Justice of the European Union and the national judge: from the ECJ judgement of 18 January 2018 to the Judgement of Labour Court no. 1 of Cuenca of 7 March 2018.- III. The difficult path of the Judgement of Labour Court no. 1 of Cuenca of 7 March 2018.- IV. Bibliography.

I. LA DISCUTIBLE ADECUACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR AUSENCIAS DEL TRABAJADOR ES ART. 52 D) ET A LA DIRECTIVA 2000/78/CE

Desde el mismo momento en que la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012) procedió a reformar la extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET, los tribunales laborales han planteado serias dudas sobre la adecuación de dicha causa de extinción con la normativa comunitaria y, en particular, con la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE), en particular, en aquellos supuestos en que las ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador entendida en un sentido amplio.

El punto de partida al que han acudido los órganos judiciales para llevar a cabo una interpretación del art. 52 d) ET que permita su inaplicación en aquellos supuestos en que las ausencias al trabajo se deban a enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador se encuentra en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que parece haber llevado a cabo una ampliación del concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2. b) de la Directiva 2000/78/CE, al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que -curables o no- generen limitación en el trabajo. En este contexto, se considera que el redactado actual del art. 52 d) ET, en algunos supuestos podría integrar o comportar un factor de

discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el art. 2.2 b) de la Directiva 2000/78/CE, cuando establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas”.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 11 de abril de 2013, asunto Ring³, al conocer del caso de dos trabajadoras danesas despedidas por reiteradas inasistencias al trabajo derivadas de dolencias lumbares y cervicales, mantiene que “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”⁴.

Esta interpretación de lo que deba entenderse por “discapacidad” a los efectos de la Directiva 2000/78/CE y que ahora pasa a comprender también la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional, constituye una evolución de la anterior doctrina del TJUE sobre esta materia, recogida en su Sentencia de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas⁵, que diferenciaba más nítidamente el concepto de “enfermedad” y el de “discapacidad”, lo cual permitía concluir que el despido de un trabajador exclusivamente por causa de enfermedad no podía considerarse una discriminación por causa de discapacidad, no en vano, los motivos de discriminación recogidos en el art. 1 de la citada directiva constituyen una lista cerrada y exhaustiva, que no puede ampliarse a otros motivos de discriminación⁶.

³TJCE\2013\122.

⁴Un comentario de esta resolución en CUBA VILA, B.: "Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: medidas de ajuste razonable", *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2014.

⁵TJCE\2006\192. Un comentario de esta sentencia en DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: “El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 719, 2006.

⁶A tal efecto, en esta sentencia, el TJUE distingue entre “discapacidad” y “enfermedad” y define “discapacidad” como una “limitación derivada de las dolencias físicas, mentales o psíquicas” y que supone “un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. El Tribunal considera que el legislador comunitario deliberadamente escogió el término “discapacidad” para excluir la enfermedad del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Asimismo, afirma que la Directiva no contiene ninguna indicación que sugiera que los trabajadores se encuentren protegidos tan pronto aparezca cualquier enfermedad, al contrario, considera que ésta tiene por objeto proteger a las limitaciones de larga duración.

A partir de este concepto ampliado de discapacidad, la STJUE de 11 de abril de 2013 concluye que “la directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”. A tal efecto, la resolución pone de manifiesto que “un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de que se le aplique el plazo de preaviso abreviado (...) que un trabajador sin discapacidad. En efecto (...) un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer 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 el límite de 120 días (...). Por tanto, queda de manifiesto que la regla de los 120 días prevista en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del art. 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78”.

La doctrina del TJUE que se acaba de exponer obliga a efectuar una interpretación del art. 52 d) ET que se adapte a este nuevo concepto ampliado de discapacidad y, por tanto, al mayor ámbito de protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78 y, muy especialmente, a la prohibición de despedir por causa de discapacidad que se deriva del art. 2.2.b) de la misma, cuando dispone que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad (...) respecto de otras personas”.

En este contexto ha irrumpido la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero, la cual, al resolver una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca (en adelante, JS núm. 1 de Cuenca), aborda específicamente esta cuestión, concluyendo al respecto que “el art. 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”.

A partir de estas premisas, en los próximos apartados se procederá a analizar la solución dispensada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 (en adelante, SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018) a la cuestión suscitada de cómo debe aplicarse la causa de extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET, cuando nos encontramos ante supuestos en que las ausencias del trabajador derivan de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador, incluidas las derivadas de enfermedades de larga duración que se puedan considerar asimilables a la misma.

II. EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL JUEZ NACIONAL: DE LA STJUE DE 18 DE ENERO DE 2018 A LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚM. 1 DE CUENCA DE 7 DE MARZO DE 2018

1. El supuesto enjuiciado

El supuesto enjuiciado por la SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 se origina en el marco de un procedimiento por despido en el que concurren los siguientes hechos:

- El trabajador ha prestado sus servicios como limpiador desde el 2 de julio de 1993. En el momento del despido, los presta para la empresa demandada, dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales y actual adjudicataria del servicio de limpieza donde presta sus servicios el trabajador.

- El trabajador ha venido realizando con normalidad su actividad profesional tanto para la actual contratista del servicio de limpieza del Hospital “Virgen de la Luz” de Cuenca como para las anteriores empresas adjudicatarias de la contrata de limpieza, sin que hasta el momento de la fecha del despido haya tenido problema laboral alguno, y sin que hubiera sido sancionado con anterioridad.

- El trabajador tiene reconocida la condición de discapacitado al padecer un grado de discapacidad del 37% del que un 32% lo es por limitaciones físicas (24% por enfermedad del sistema endocrino-metabólico (obesidad) y 10% por limitación funcional de la columna vertebral) y un 5% por factores sociales complementarios.

- El trabajador durante los años 2014 y 2015 ha causado baja por enfermedad común durante los siguientes períodos: Del 1 al 17 de marzo de 2014 por “dolor agudo”, que precisó hospitalización (del 26 de febrero al 1 de marzo de 2014); del 26 al 31 de marzo de 2014 por “vértigo/mareo”; del 26 de junio al 11 de julio de 2014 por “lumbago”; del 9 al

12 de marzo de 2015 por “lumbago”; del 24 de marzo al 7 de abril de 2015 por “lumbago”; y, finalmente, del 20 al 23 de abril de 2015 por “vértigo/mareo”.

- Tanto el “vértigo/mareo” como el “lumbago” son causados por una artropatía degenerativa y por una poliartritis, agravadas por la obesidad que sufre el trabajador, concluyéndose que dichas limitaciones tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad reconocida al trabajador.

- El trabajador ha comunicado a la empresa, en tiempo y forma, todas las situaciones de baja, entregando los correspondientes partes médicos acreditativos de su motivo y duración.

- El trabajador no ha comunicado a la empresa su condición de discapacitado en momento anterior alguno al planteamiento de la demanda, renunciando voluntariamente a los exámenes médicos periódicos que se realizaban por la mutua empresarial, por lo que la empresa no tenía conocimiento de la condición de discapacitado del trabajador en el momento de proceder a su despido.

- Mediante carta de fecha de 7 de julio de 2015, la empresa comunica al trabajador su despido por causas objetivas, en virtud de lo dispuesto en el art. 52 d) ET, por el motivo de superar los límites tasados en dicha norma legal de ausencias laborales aún justificadas, al superarse en los meses de marzo y abril de 2015 el 20% de las jornadas laborales, superando, asimismo, en los doce meses anteriores el 5% de las jornadas hábiles.

El trabajador no cuestiona la veracidad y exactitud de las ausencias laborales invocadas por la empresa ni su implicación porcentual, alegando únicamente que las mismas han venido exclusivamente motivadas por la enfermedad causante de su discapacidad, no por otros motivos, por lo que existe una vinculación directa entre ausencias al trabajo y estado de discapacitado, solicitándose por ello la nulidad del despido efectuado por discriminación.

2. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social y doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018

Antes de entrar a resolver el supuesto enjuiciado, el magistrado de instancia procedió a suspender el procedimiento y plantear la siguiente cuestión prejudicial al TJUE: ¿Se opone la Directiva 2000/78 a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que el empresario está facultado para despedir a un trabajador por causas objetivas, por falta de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25%

en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, en el caso de un trabajador al que se deba considerar discapacitado en el sentido de la Directiva cuando la baja laboral fue causada por la discapacidad?.

El Auto del JS núm. 1 de Cuenca de 5 de mayo de 2016, mediante el que se presenta esta cuestión prejudicial, viene a justificar la presentación de la misma en base a la interpretación que la STJUE de 11 de abril de 2013 hace de la Directiva 2000/78. La doctrina contenida en esta sentencia lleva al magistrado de instancia a considerar que los trabajadores discapacitados se encuentran más expuestos que los demás trabajadores al riesgo de que se les aplique el art. 52 d) ET, con independencia de que el empleador tenga o no conocimiento de la situación de discapacidad. Esta constatación le lleva, a su vez, a considerar que existe una diferencia de trato que implica una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78/CE, sin que dicha diferencia de trato pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, tal como se requiere en el inciso i) de dicha disposición. Por todo ello, considera que el art. 52 d) ET no es conforme a la Directiva 2000/78/CE y que, en consecuencia, dicho precepto ha de modificarse para tener en cuenta la situación de discapacidad.

Como ya se ha anticipado, la cuestión prejudicial planteada por el JS núm. 1 de Cuenca ha sido más o menos resuelta mediante la STJUE de 18 de enero de 2018.

Como no podía ser de otro modo, el punto de partida del razonamiento del TJUE se encuentra en la proclamación de que, tal y como indica el art. 1 de la Directiva 2000/78/CE, la misma tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y de la ocupación, contra las discriminaciones basadas en cualquiera de los motivos mencionados en dicho precepto, entre los que se incluye la discapacidad.

Centrándose en la lucha contra las discriminaciones basadas en la discapacidad del trabajador y acudiendo a su propia jurisprudencia, el TJUE recuerda que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE 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 trabajadores⁷.

Aplicando este concepto genérico de discapacidad al supuesto litigioso, el TJUE constata que, en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador acarree una limitación de la capacidad en los términos expuestos, es decir, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con

⁷ A tal efecto, se acude a la STJUE de 9 de marzo de 2017 y jurisprudencia citada en la misma.

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 misma estaría incluida en el referido concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, como ya se puso de manifiesto de forma expresa en la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto FOA⁸. A tal efecto, la indicada sentencia considera que ello sucede cuando 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 alcanzar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional.

Este será el criterio que deberá tomarse en consideración para determinar si en el supuesto enjuiciado debe considerarse que el trabajador en cuestión se encuentra en situación de discapacidad o no. A tal efecto, resulta irrelevante para el TJUE que con anterioridad al despido se hubiera reconocido al trabajador su condición de discapacitado de conformidad con el derecho nacional, en concreto, por padecer una enfermedad del sistema endocrino-metabólico, a saber, obesidad, y una limitación funcional de la columna vertebral, además de concurrir factores sociales complementarios. A mayor abundamiento, se indica que esta circunstancia no implica necesariamente que tenga una discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE.

Por el contrario, de conformidad con la doctrina del TJUE, para determinar si la situación en la que se encuentra el trabajador en cuestión está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar en el supuesto enjuiciado si la limitación de la capacidad ha de calificarse de discapacidad a efectos de la Directiva, es decir, si nos encontramos ante una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencia 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 trabajadores⁹.

Para el supuesto en que el juez nacional constate la existencia de una situación de discapacidad en los términos indicados, la STJUE de 18 de enero de 2018 recuerda que la Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por el de discapacidad, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. A tal efecto, el art. 2.1 de

⁸TJCE\2014\367.

⁹En la misma dirección, la STJUE de 18 de diciembre de 2014 indica que corresponde al tribunal remitente comprobar si, pese a que el trabajador desempeñó su trabajo durante unos quince años, su obesidad le acarreó una limitación que responda a los requisitos exigidos por la doctrina del TJUE.

la Directiva prevé que a los efectos de la misma se entenderá por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos citados en la Directiva, entre los que se incluye la discapacidad.

A partir de estas premisas, el Tribunal pasa a analizar si la extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET, que permite la extinción del contrato cuando se acreditan unos determinados porcentajes de faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, en unos determinados arcos temporales, puede constituir o no una discriminación directa o indirecta contra las personas discapacitadas en los términos expuestos en el art. 2.1 de la citada Directiva, no en vano, como se acaba de indicar, el trabajador discapacitado debe ser protegido contra cualquier forma de discriminación.

En primer lugar, por lo que respecta a la posibilidad de que el art. 52 d) ET pueda constituir una discriminación directa contra las personas discapacitadas, cabe recordar que el art. 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE establece que “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 art. 1”, entre los cuales, como ya se ha indicado, se encuentra la discapacidad. Pues bien, a partir de esta descripción de lo que deba entenderse por discriminación directa, el TJUE constata que el art. 52 d) ET se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo y, por tanto, no cabe considerar que esta disposición normativa establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad, dado que se trata de un criterio que no está indisolublemente ligado a la discapacidad¹⁰.

En segundo lugar, por lo que respecta a la posibilidad de que el art. 52 d) ET pueda constituir una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, cabe recordar que el art. 2.2 b) de la Directiva establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad (...) respecto de otras personas”. En este punto, el TJUE parte de la constatación de 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 una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad, lo cual choca con lo declarado en la STJUE de 11 de junio de

¹⁰ El TJUE refuerza esta argumentación con cita de sus sentencias de 11 de abril de 2013 y de 9 de marzo de 2017. A tal efecto, en la primera de estas resoluciones se indicaba que la disposición controvertida “se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan estado de baja más de 120 días por esta razón. En estas circunstancias, no cabe estimar que esta disposición establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad”.

2006 que abogaba por excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de discapacidad y de enfermedad.

A partir de esta consideración, la STJUE de 18 de enero de 2018 llega a una de sus principales conclusiones, al poner de manifiesto que un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique el art. 52 d) ET que un trabajador sin discapacidad. A tal efecto, constata que 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. En consecuencia, a criterio del Tribunal, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el art. 52 d) ET.

Todas estas valoraciones llevan al TJUE a concluir que la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, de las prohibidas por la Directiva¹¹.

Ahora bien, llegados a este punto, el art. 2.2 b) de la Directiva 2000/78/CE aún contempla la posibilidad de que la diferencia de trato entre los trabajadores con discapacidad y otros trabajadores pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, siempre que los medios para la consecución de esta finalidad sean, a su vez, adecuados y necesarios. De conformidad con este precepto, el TJUE procede a analizar si la diferencia de trato para las personas con discapacidad que se deriva del art. 52 d) ET se encuentra objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de la misma son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista por el legislador español.

Por lo que respecta a la finalidad legítima que pueda justificar la diferencia de trato para las personas con discapacidad que se deriva del art. 52 d) ET, el Gobierno español en sus observaciones pone de manifiesto que “con el fin de aumentar la productividad y la eficiencia en el trabajo, el legislador español considera desde antiguo que el absentismo laboral debido a bajas de enfermedad intermitentes de corta duración constituye una causa de extinción de la relación laboral, para evitar un incremento indebido de los costes laborales empresariales”. A tal efecto, se indica que “esta excesiva morbilidad intermitente implica para las empresas no sólo la asunción de los costes directos de la ausencia laboral, dado que han de pagar la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal durante los primeros quince días de inactividad sin posibilidad de reclamar su devolución a la Tesorería General de la

¹¹Nuevamente, el TJUE se apoya en este punto en la STJUE de 11 de abril de 2013. En dicha resolución se indica de forma expresa que “(...) queda de manifiesto que la regla de los 120 días prevista en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad”.

Seguridad Social, además de los costes de la sustitución, sino también la asunción del coste indirecto que supone la singular dificultad de suplir las ausencias cortas”.

A partir de estas consideraciones y teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, no sólo para primar un determinado objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que permitan lograrlo¹², el TJUE da por buenas las consideraciones del Gobierno español y considera que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del art. 2.2 b), inciso i, de la Directiva 2000/78/CE, dado que nos encontramos ante una medida de política de empleo¹³.

Habiéndose admitido por el TJUE que la diferencia de trato para las personas con discapacidad que se deriva del art. 52 d) ET puede encontrarse objetivamente justificada por una finalidad legítima, aún cabe analizar si los medios aplicados para la consecución de la misma son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad.

Pues bien, es en este punto donde el TJUE se muestra más ambiguo, no en vano, se limita a exponer diferentes criterios orientativos, que deberán ser oportunamente valorados por el juez nacional, sin perjuicio de alguna reflexión que sobre algunos de ellos ya realiza el propio TJUE. A tal efecto, pueden identificarse los siguientes criterios que deben permitir al juez nacional determinar si los medios aplicados para la consecución de la finalidad de combatir el absentismo laboral son adecuados:

- En primer lugar, debe verificar si los datos numéricos recogidos en el art. 52 d) ET han sido concebidos efectivamente para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas.

- En segundo lugar, debe tomar en consideración todos los aspectos relevantes para verificar si la causa de extinción del contrato prevista en el art. 52 d) ET persigue efectivamente la lucha contra el absentismo laboral, en particular, los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral.

- En tercer lugar, debe verificar si la posibilidad contemplada en el art. 52 d) ET de despedir a los trabajadores en caso de faltas de asistencia intermitentes por causa de enfermedad durante un determinado número de días, tiene respecto de los empresarios

¹²Vid. al respecto, STJUE de 11 de abril 2013 y jurisprudencia citada por la misma.

¹³Vid., en este sentido, la STJUE de 11 de abril de 2013. A tal efecto, en dicha sentencia se declara que constituye un objetivo legítimo de la política social o de empleo “la promoción de la contratación” y que, “asimismo, una medida adoptada con objeto de favorecer la flexibilidad del mercado de trabajo puede considerarse como una medida comprendida dentro de la política de empleo”.

el efecto de un incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo¹⁴.

Junto al establecimiento de los criterios que deben permitir al juez nacional determinar si los medios aplicados para la consecución de la finalidad de combatir el absentismo laboral son adecuados, el TJUE también considera necesario analizar si los medios aplicados para la consecución de la finalidad de combatir el absentismo laboral no van más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad. A tal efecto, procede a situar el art. 52 d) ET en el contexto en el que se inscribe y toma en consideración el perjuicio que el mismo puede ocasionar a las personas a que se refiere¹⁵.

En este punto, el TJUE indica que corresponde al juez nacional examinar si el legislador español en el referido objetivo de combatir el absentismo laboral no ha tenido en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad. En concreto, a la hora de evaluar la proporcionalidad de los medios previstos en el art. 52 d) ET, a criterio del TJUE, debe tomarse en consideración el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, las cuales encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo, al tiempo que tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado¹⁶.

Pues bien, para la realización de este análisis, el TJUE recuerda que en el art. 52 d) ET no se computan como faltas de asistencia intermitentes al trabajo a tener en cuenta para la extinción del contrato de trabajo, entre otras, las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga más de veinte días consecutivos y las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

A criterio del Gobierno español, con la exclusión de estos supuestos del cómputo de faltas de asistencia que justifican la extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET, se ha pretendido mantener un equilibrio entre los intereses de la empresa y la protección y seguridad de los trabajadores, evitando que con dicha medida se produzcan situaciones injustas o efectos perversos. Con este fin, precisamente, se alega que en el año 2012, el legislador español añadió al listado de ausencias que no justifican el despido las que obedezcan a un tratamiento médico de

¹⁴Vid. STJUE de 11 de abril de 2013. En esta dirección, la referida sentencia indica que cabe admitir que “dicha regla, al establecer el derecho a recurrir a un preaviso abreviado para despedir a trabajadores que hayan estado de baja por enfermedad durante más de 120 días, tenga respecto a los empleadores, el efecto de un incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo”.

¹⁵Vid. STJUE de 11 de abril de 2013.

¹⁶Vid., en los mismos términos, la STJUE de 11 de abril de 2013.

cáncer o enfermedad grave. Ello comporta que, en la medida que los trabajadores con discapacidad pueden encontrarse habitualmente en alguno de estos supuestos, las ausencias atribuibles a la discapacidad no se computen a los efectos de un despido por faltas de asistencia intermitentes al trabajo.

El TJUE, sin embargo, no parece compartir plenamente este criterio, al considerar que, aunque el art. 52 d) ET establece que determinadas ausencias no pueden considerarse faltas de asistencia intermitentes al trabajo que justifiquen la extinción del contrato, las ausencias por motivo de enfermedad del trabajador no cubren la totalidad de las situaciones de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

Finalmente, a la hora de evaluar si los medios previstos en el art. 52 d) ET no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida, de acuerdo con la necesidad de tomar en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas a las que se refiere, en nuestro caso, a las personas con discapacidad, el TJUE considera que deben tomarse en consideración otras disposiciones del ordenamiento jurídico español destinadas a la protección específica de las personas con discapacidad, concretamente, el art. 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, Real Decreto Legislativo 1/2013). A tal efecto, dicha disposición normativa, relativa a la adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo, tras establecer que “para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad”, indica que “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para la empresa”. A tal efecto, “para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”. Pues bien, a la vista de las consideraciones del Gobierno español esta previsión puede prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad, incluida la posible aparición de enfermedades vinculadas a la discapacidad.

A partir de todos estos criterios indicados por el TJUE, corresponderá al juez nacional evaluar si, respecto de las personas con discapacidad, los medios previstos en el art. 52 d) ET, no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad de combatir el absentismo laboral.

Todos estos razonamientos quedan reflejados, en mayor o menor medida, en la respuesta dada por el TJUE a la cuestión prejudicial planteada, la cual, como ya hemos avanzado es del siguiente tenor: “el art. 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”.

3. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018

Como no podía ser de otro modo, el magistrado de instancia fija el objeto del litigio en la necesidad de determinar si el empresario se encuentra facultado para despedir a un trabajador por la causa prevista en el art. 52 d) ET, siempre claro está, que se cumplan todos los requisitos formales y materiales previstos en dicho precepto, o si, por el contrario, al venir provocadas dichas ausencias laborales en exclusiva por enfermedades atribuibles a discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, dicha extinción de la relación laboral, unilateralmente decidida por el empresario, debe ser calificada como un despido nulo por venir motivado, directa o indirectamente, por causa discriminatoria.

Para resolver esta cuestión, el magistrado de instancia procede a abordar y resolver cada una de las siguientes cuestiones: en primer lugar, cuando nos encontramos ante ausencias al trabajo derivadas de una enfermedad atribuible a discapacidad; en segundo lugar, si la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET desfavorece a los trabajadores con discapacidad y, en consecuencia, supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, de las prohibidas por la Directiva; en tercer lugar, si en caso de que se aprecie esta diferencia de trato entre los trabajadores con discapacidad y otros trabajadores, la misma puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima; y, finalmente, si los medios empleados para la consecución de esta finalidad resultarían adecuados y necesarios.

Como se acaba de exponer, para la resolución de estas cuestiones, el magistrado de instancia cuenta con la inestimable ayuda de la STJUE de 18 de enero de 2018, si bien, como sucede con un gran número de resoluciones del TJUE, ésta sentencia, al mismo tiempo que ha procedido a clarificar de un modo, más o menos claro, algunas de las cuestiones planteadas, ha dejado en el aire otros aspectos cuya resolución se remite al juez nacional, sin perjuicio de que el TJUE le pueda facilitar algunos criterios orientativos al respecto.

Ente las cuestiones que la STJUE de 18 de enero de 2018 sí contribuye a clarificar encontramos la propia delimitación de los supuestos en que se considera que un trabajador se encuentra en situación de discapacidad. A tal efecto, para el TJUE resulta irrelevante que se haya reconocido o no al trabajador su condición de discapacitado de conformidad con el derecho nacional. Por el contrario, de conformidad con la reciente doctrina del TJUE, para determinar si la situación en la que se encuentra el trabajador en cuestión está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, el juez nacional debe verificar si la limitación de la capacidad ha de calificarse de discapacidad a efectos de la misma, es decir, debe verificar si nos encontramos ante 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.

Correspondiendo al juez nacional examinar si se cumplen los requisitos para que el trabajador tenga la condición de discapacidad con arreglo a la Directiva, todo hacía presagiar que para el supuesto enjuiciado la respuesta a esta cuestión sería afirmativa, no en vano, el magistrado de instancia al formular la cuestión prejudicial ya había partido de la base de que ésta era efectivamente la situación en la que se encontraba el trabajador que había visto extinguido su contrato de trabajo.

Pues bien, como cabía esperar, el JS núm. 1 de Cuenca concluye que las faltas de asistencia al trabajo del trabajador que se han tomado en consideración para proceder a la extinción de su contrato de trabajo ex art. 52 d) ET son atribuibles a la discapacidad que padece el trabajador. A tal efecto, el magistrado de instancia acoge las alegaciones de la parte actora, que acude a la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto FOA, en la que, si bien se indica que la obesidad no figura, específicamente, como un elemento de posible discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, a los efectos de la Directiva 2000/78, sí puede considerarse discapacidad cuando acarree una limitación que, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, al interactuar con diversas barreras, pueda 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. Pero es que además, en el supuesto enjuiciado, nos encontramos con que la obesidad que padece el actor ha sido reconocida administrativamente como una discapacidad, y que deriva de enfermedades o dolencias físicas crónicas, lo que comportaría que, a criterio del magistrado de instancia, 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 trabajador por razón, precisamente, de su condición de discapacitado.

Además, a criterio del magistrado de instancia, resulta totalmente irrelevante al respecto que el empresario, en el momento de tomar la decisión de despedir al trabajador, desconociera su condición de discapacitado, puesto que esta circunstancia únicamente tendría relevancia a efectos de la carga de la prueba en supuestos de discriminación directa, al atañer, específicamente, a casos en los que indiciariamente se evidenciaría que la actuación extintiva empresarial ha venido íntimamente motivada por causa de discriminación, consciente y volitivamente realizada por el empresario, pero no en los supuestos que faltando dicho elemento de la voluntad intencional, el mismo utiliza una disposición legal, aparentemente neutra, que pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo o por razón de su discapacidad, esto es, en los supuestos de discriminación indirecta (art. 2 d) del Real Decreto Legislativo 1/2003), cuando así es -aun involuntariamente- provocada. En esta variante de violación de derechos fundamentales, ya no sería dable enjuiciar tanto una voluntad intencional discriminatoria inexistente del empleador como las consecuencias -ahora sí-discriminatorias, por segregacionistas, derivadas de la aplicación de una norma aparentemente inocua.

Respecto a la segunda cuestión abordada por el JS núm. 1 de Cuenca, es decir, si la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET desfavorece a los trabajadores con discapacidad y, en consecuencia, supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, de las prohibidas por la Directiva, la misma ya ha sido resuelta por la STJUE de 18 de enero de 2018, no en vano, la misma consideraba que no cabe duda que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad y, por tanto, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los umbrales previstos en el art. 52 d) ET.

La STJUE de 18 de enero de 2018 hacía suya de este modo la doctrina ya contenida en la STJUE de 11 de abril de 2013, según la cual, cabe interpretar que la Directiva “se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad cuando estas bajas por enfermedad son “atribuibles total o parcialmente a

su discapacidad”, ya que “un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad” y, por tanto, una normativa nacional “puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b, de la Directiva 2000/78”.

A partir de esta premisa, la SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 no puede más que acudir a la doctrina del TJUE dictada como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada. Para ello, el magistrado de instancia pone de manifiesto que en el art. 52 d) ET no se ofrece ninguna excepción, matización, condicionante o trato diferenciado a los trabajadores discapacitados en mérito de dicha condición, lo que implica que nos encontramos ante una norma de carácter neutro y, asimismo, tampoco contiene una cláusula final abierta impeditiva de su aplicabilidad a los supuestos de bajas laborales motivadas por las enfermedades causantes de la discapacidad del trabajador afectado, puesto que el mismo se ha construido como un catálogo expreso y cerrado en el que sólo se pueden dejar de computar las faltas de asistencia al trabajo, a efectos del despido objetivo, en los concretos y tasados casos identificados en dicho precepto.

A partir de estas consideraciones, el magistrado concluye que “debe señalarse a este respecto que un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique el art. 52 d) ET, letra d), del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, queda de manifiesto que la regla establecida en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del art. 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78”.

En relación con la tercera cuestión formulada por el magistrado de instancia, a saber, si en caso de que se aprecie una diferencia de trato entre los trabajadores con discapacidad y otros trabajadores, la misma puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, la STJUE de 18 de enero de 2018 también contenía las indicaciones oportunas para dar respuesta a esta cuestión. A tal efecto, teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, no sólo para primar un determinado objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo, el TJUE había dado por buenas las consideraciones del Gobierno español y había considerado que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del art. 2.2 b), inciso i, de la Directiva 2000/78/CE, dado que nos encontramos ante una medida de política de empleo.

A partir de estas directrices, el JS núm. 1 de Cuenca se limita a reproducir, pero sin valorarlas, las alegaciones invocadas por el representante del Gobierno español, según las cuales, “con el fin de aumentar la productividad y eficacia en el trabajo, el legislador español considera desde antiguo que el absentismo laboral debido a bajas por enfermedad intermitentes de corta duración constituye una causa de extinción de la relación laboral, para evitar un incremento indebido de los costes laborales empresariales”. A lo que se añade, que “esta excesiva “morbilidad intermitente” implica para las empresas no sólo la asunción de los costes directos de la ausencia laboral, dado que han de pagar la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal durante los quince días de inactividad sin posibilidades de reclamar su devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social, además de los costes de sustitución, sino también la asunción del coste indirecto que supone la singular dificultad de suplir ausencias cortas”. En definitiva, se acude una vez más a la finalidad tradicionalmente perseguida con el art. 52 d) ET de reducir los costes que para las empresas se derivan del absentismo laboral, tanto los directos como los de Seguridad Social.

Finalmente, el magistrado de instancia aborda la cuestión de si los medios empleados para la consecución de la finalidad legítima de lucha contra el absentismo resultan adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad. En este punto, como ya se ha expuesto, el TJUE, dada su ambigüedad, resulta de menor utilidad, no en vano, no entra a valorar estos aspectos, sino que, por el contrario, remite esta ardua tarea al juez nacional. Ello no impide, sin embargo, que el TJUE haya facilitado al juez nacional, a modo de guía, los criterios orientativos que deben permitirle determinar si la medida de permitir la extinción del contrato por ausencias del trabajador ex art. 52 ET, resulta adecuada para alcanzar la finalidad de combatir el absentismo laboral y no va más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad. A tal efecto, se debe verificar si los porcentajes fijados en el art. 52 d) ET responden a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas; los costes directos o indirectos que soportan las empresas como consecuencia del absentismo laboral; y, finalmente, si el despido por ausencias del trabajador incentiva al empresario para la contratación y el mantenimiento del puesto de trabajo.

Dando cumplimiento al encargo que le ha efectuado el TJUE, el magistrado de instancia aborda la cuestión de si los medios empleados para la consecución de la finalidad legítima de lucha contra el absentismo resultan adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad. Para llevar a cabo este juicio de proporcionalidad, el magistrado de instancia se apoya en lo que denomina “factores jurídicos y jurisprudenciales (europeos y nacionales) moduladores”:

- En primer lugar, se remite a la STS de 25 de noviembre de 2014, que tras considerar que “las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en personas afectadas por enfermedades o dolencias simples” y que “los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen, en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades”, concluye afirmando que “a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 hay que matizar nuestra doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación”.

- En segundo lugar, acude al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo (en adelante, Convenio 158 OIT) en virtud del cual “la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir causa justificada de terminación de la relación de trabajo” (art. 6.1).

- Finalmente, recoge la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de otras circunstancias, o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo”, que ocurriría “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato” (STC 62/2008, de 26 de mayo).

A partir de estas premisas, el magistrado de instancia considera que “cuando la decisión extintiva empresarial viene amparada bajo el estricto lenguaje jurídico expuesto en el art. 52 d) ET, en los casos en los que las faltas de asistencia al trabajo vengan motivadas por consecuencias derivadas de enfermedades precisamente constitutivas de su discapacidad, constituyen una diferencia de trato (discriminación) indirecta por motivos de discapacidad, pues entender únicamente ponderables los procesos patológicos derivados de la enfermedad incapacitante a efectos de incurrir en la causa extintiva prevista en la norma puede encubrir una conducta censurable desde la óptica constitucional, toda vez que el transcrito concepto de discapacidad (deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes) trasciende de la previsión del citado extremo de la norma estatutaria en cuanto el mismo se encuentra

limitado a trabajadores cuya enfermedad grave o cancerígena está siendo tratada médicamente, lo que excede con mucho cualquier justificación para la consecución de los objetivos antiabsentistas que intenta conseguir la norma, no siendo los mismos, en estos casos, “los medios idóneos, adecuados y necesarios” para alcanzarlos”.

El magistrado de instancia desarrolla más ampliamente este criterio cuando indica que a pesar de que, como ha invocado el Gobierno español para exculpar al art. 52 d) ET de cualquier atisbo de discriminación a las personas afectadas por una discapacidad, dicho precepto ha expulsado del cómputo de faltas de asistencia intermitentes en el trabajo justificativas de la extinción de la relación laboral, entre otras, las ausencias debidas a “enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos” y, posteriormente, en el año 2012, cuando las “ausencias obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”, dichas excepciones no cubren la totalidad de las situaciones de discapacidad y consecuencias patológicas incidentales derivadas de la misma, pues aún quedarían desamparados unos amplísimos campos de discapacidad no incluíbles en dichas excepciones al poder carecer las enfermedades motivadoras de la misma -por su cronificación, estabilización o definitiva irreversibilidad- de la adjetivación de “gravedad” o de la etiología “cancerígena” legalmente exigidas por la norma para obtener el placet de excepcionalidad exigido.

A mayor abundamiento, el magistrado de instancia se remite al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, donde se contiene, cataloga y barema una enorme multiplicidad de enfermedades, que de forma individual o de consuno con otras, implicarían el reconocimiento de una discapacidad al sujeto afectado por alguna o varias de ellas, pero que, en multitud de casos, no meritaban tan “grave” consideración, máxime cuando el propia texto normativo, para su no contabilización como “morbilidad intermitente”, no sólo exige que se padezca la enfermedad de forma “grave”, adjetivación que el magistrado califica de ambigua en términos clínicos, sino que, además, como requisito condicionante adicional, se exige que las ausencias “obedezcan a un tratamiento médico”, de modo que quedarían también fuera de dicha protección las enfermedades graves que motiva la discapacidad si no precisan que las ausencias laborales (aun justificadas) obedezcan a un “tratamiento médico” sino a la intensificación de sus síntomas. A tal efecto, el magistrado de instancia menciona, a título de ejemplo, “las enfermedades físicas o psíquicas, con recidivas periódicas en su incidencia incapacitante laboral, que sólo precisan para la superación de los períodos álgidos de descanso, reposo, o ausencia de ruidos, sin terapia médica; o enfermedades alérgicas no filíadas; o aquellas que no tienen pautado un tratamiento médico curativo ni, en

ocasiones, siquiera paliativo, sino tan sólo mitigador de sus consecuencias cronificadas (enfermedad de Crohn, artritis reumatoide, psoriasis, cirrosis hepática, etc.); o finalmente las denominadas “enfermedades raras” que cursan por brotes incapacitantes, que se caracterizan por ataques impredecibles, repetitivos e inflamatorios que se resuelven los brotes sin tratamiento y/o que la ciencia médica en la actualidad no tiene pautado procedimiento terapéutico -síndrome MEFC2, enfermedad de Reiter, mielofibrosis idiopática, trombocitopenia inmune primaria...”.

La constatación de que el art. 52 d) ET no excluye del cómputo de las faltas de asistencia al trabajo que se toman en consideración para justificar la extinción del contrato de trabajo a la totalidad de las ausencias causadas por las enfermedades motivadoras de la discapacidad del trabajador, motiva, a criterio del magistrado de instancia, que el colectivo de “los trabajadores discapacitados son más vulnerables a ser despedidos al encontrarse más expuestos al riesgo de que se les aplique la citada norma legal y, por tanto, puedan ser despedidos por la exclusiva causa de acumular días de baja por consecuencias médicas derivadas de las enfermedades causantes de su discapacidad, desfavoreciéndose de este modo a los trabajadores con discapacidad con respecto a los que no lo son, lo cual supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78; sin que además, dicha diferencia de trato pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, tal y como se requiere en el inciso i) de dicha disposición comunitaria”.

Por todo ello, el magistrado de instancia considera que concurre una colisión evidente entre la norma española y la comunitaria, y que a diferencia de lo que sucedía en la STJUE de 11 de abril de 2013, no existe elemento u objetivo legislativo de integración. Por ello, el magistrado realiza una propuesta de *lege ferenda*, en virtud de la cual, se propone que el legislador español incorpore en nuestro Derecho nacional y, en concreto, en el art. 52 d) ET, dentro de los procesos de incapacidad temporal inferiores a veinte días, la excepción de su aplicación, a efectos del cómputo de los días de faltas de asistencia al trabajo, a los trabajadores que tengan reconocida la condición de discapacitado, cuando dichos procesos de incapacidad temporal deriven o estén vinculados a las enfermedades causantes del reconocimiento de su discapacidad.

En todo caso, mientras no se produzca una intervención del legislador en la dirección propuesta, en relación con el supuesto enjuiciado, el magistrado de instancia acaba dictaminando que el despido del trabajador llevado a cabo por la empresa debe ser calificado como nulo por discriminatorio, por concurrir una discriminación indirecta en la persona del trabajador, por cuanto concurre una decisión empresarial aparentemente neutra -como es la utilización de un apartado normativo que posibilita el despido de un trabajador por faltas de asistencia al trabajo motivadas por enfermedades derivadas de

su discapacidad reconocida- que ocasiona una situación de desventaja particular a una persona con dicha discapacidad respecto de otros trabajadores. A tal efecto, el magistrado de instancia recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, el despido del trabajador debe calificarse como nulo y sin efecto (ex art. 35.5 de dicha norma), al ser calificado el citado despido como vulnerador de su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), pues debe considerarse que vulnera este derecho fundamental al ser discriminatorio cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca a un trabajador como consecuencia o a causa de su condición de persona con discapacidad.

De conformidad con esta declaración de nulidad del despido acaecido, el magistrado de instancia condena al empresario a la readmisión inmediata del trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones de trabajo que tenía con anterioridad al despido. Asimismo, al haberse producido daños morales al trabajador como consecuencia de la violación ilegítima de su derecho subjetivo fundamental de no discriminación, atentatorio a su dignidad profesional y personal, corresponde al magistrado de instancia fijar la cantidad que corresponde abonar al empresario para satisfacer los daños morales efectivamente causados, la cual finalmente se fija en la cuantía simbólica de 1 €, debido a que no se aprecia intencionalidad del empleador, no en vano, el mismo desconocida incluso la condición de discapacitado del trabajador despedido.

III. EL DIFÍCIL RECORRIDO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚM. 1 DE CUENCA DE 7 DE MARZO DE 2018

La SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 no es la primera en plantear dudas sobre la adecuación del art. 52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE cuando las ausencias son consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador entendida en un sentido amplio. En esta dirección, fue pionera la SJS núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013, según la cual, a los efectos de la causa extintiva prevista en el art. 52 d) ET, “no podrán ser computadas entre las ausencias justificadas las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades que, por su larga duración y la limitación que comportan, hayan de ser incluidas en este concepto ampliado de “discapacidad”. A mayor abundamiento, a criterio del magistrado de instancia, la extinción del contrato de trabajo en estos supuestos no se puede encontrar justificada por la finalidad de facilitar la extinción del contrato del “absentista profesional” y de los “trabajadores que no sean suficientemente productivos”, puesto que aunque se admitiera la legitimidad de estas finalidades, en ningún caso los medios adoptados para la consecución de las mismas serían adecuados y necesarios, en tanto que dichas

finalidades difícilmente podrían justificar una norma que habilite, indiscriminadamente, para despedir, entre otros, a los trabajadores en situación de baja y/o incapacidad, en el concepto amplio expuesto, los cuales en su inmensa mayoría no tienen intencionalidad absentista alguna¹⁷.

Esta sentencia, sin embargo, fue posteriormente revocada por la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014¹⁸, que tras analizar la anterior doctrina del TJUE en este punto y compararla con la contenida en la STJUE de 11 de abril de 2013, concluye que “podemos afirmar que no ha variado la doctrina respecto del concepto de discapacidad, (misma conclusión se recoge en la sentencia del TSJ de Galicia de fecha 11-2-2014) salvo la referencia a la exigencia recogida en la Convención de la ONU relativa a que la enfermedad sea curable o incurable, que en nada altera la definición de discapacidad ya señalada pues la antecedente sentencia no establecía limitación alguna y lo de que la limitación derivada de ella sea a largo plazo ya se contenía en el punto 45 de la sentencia de 2006”. A partir de esta premisa y analizado el supuesto enjuiciado por la SJS núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013, la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014 concluye que el despido de la trabajadora no se fundamentó en una única dolencia -las migrañas-, sino que las bajas tomadas en consideración derivaron de diferentes causas, lo que impide que se cumpla el requisito de que la baja lo sea por enfermedad ligada a discapacidad.

Además, a los meros efectos dialécticos, la Sala considera que tampoco el estudio de la dolencia de la trabajadora permitiría acoger la pretensión de la actora, puesto que en la “migraña con aura episódica pero incapacitante”, lo incapacitante no es la migraña, sino la exacerbación episódica o crisis que se produce con una frecuencia mensual y, por lo tanto, mal puede entenderse que la discapacidad que produce lo sea a largo plazo. Además, la trabajadora muestra una buena respuesta al tratamiento.

Finalmente, aun aceptándose que nos pudiéramos encontrar ante una dolencia limitadora, la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014, con cita de la sentencia de 9 de abril de 2013 de la misma Sala, señala la finalidad legítima de la causa extintiva del art. 52 d) ET, que no es otra que la de penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos o la de combatir el absentismo, sin que pueda entenderse

¹⁷ JUR 2013\311901. Un comentario a esta resolución judicial en MORENO GENÉ, J.: “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Aranzadi Social*, núms. 9-10, 2014, págs. 291 a 301 y MOLINA NAVARRETE, C.: “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 370, 2014, págs. 189 a 192.

¹⁸ JUR\2014\18119. Un comentario crítico de esta sentencia en MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “Caso Ring”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.

que los medios arbitrados por el legislador al conformar dicho precepto no sean adecuados y necesarios, pues los limita sólo a supuestos de bajas cortas, ya que las de más de 20 días no se computan a efectos de justificar el despido ni tampoco cuando, con independencia de su duración obedezcan a llevar a cabo un tratamiento médico de cáncer o cualquier otra enfermedad grave¹⁹.

Argumentos similares, igualmente restrictivos sobre la asimilación en algunos supuestos de la enfermedad a la discapacidad, se han recogido por otros Tribunales Superiores de Justicia. A título de ejemplo, la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014, al conocer de un despido por ausencias del trabajador en base al art. 52 d) ET motivadas por diferentes patologías, entre las que se encontraban “dolor de escápula, epicondilitis, problemas gástricos, fascitis plantar y prevención de la diabetes” concluye que “no encontramos conexión causal entre el caso presente y la STJUE 11-4-13 que se refiere a la “discapacidad” en el sentido de una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas de larga duración 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. Las dolencias y limitaciones de la actora no han supuesto bajas ni limitaciones para trabajar de larga duración, no superando los 20 días, y desde luego no merecen el calificativo de graves, en el sentido de que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o de otra dolencia que pueda comprometer la vida del paciente si no se trata adecuadamente, pues, en efecto, sus patologías consisten en dolor de escápulas, fascitis plantar y prevención de diabetes, epicondilitis y problemas gástricos”²⁰.

Frente a estos planteamientos más restrictivos sobre la asimilación en algunos supuestos de la enfermedad a la discapacidad y los efectos que se derivan de dicha asimilación, se alzó la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 que procedió a declarar como nulo el despido de una trabajadora por la causa prevista en el art. 52 d) ET en base, fundamentalmente, a la aplicación de la ya citada doctrina contenida en la STJUE de 11 de abril de 2013, que procede a asimilar o a integrar en el concepto de “discapacidad” a las enfermedades de larga duración que generen limitación. Esta doctrina permite afirmar al Tribunal que aunque el art. 52 d) ET no contiene una discriminación directa, sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta, toda vez que el trabajador que sufre una enfermedad equiparable o asimilable a la discapacidad se encuentra mucho más expuesto al riesgo de despido que un trabajador

¹⁹ Vid. también, STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017 (AS\2017\852).

²⁰ JUR\2014\242993.

que no la sufre, ya que es más probable que acumule días de baja por enfermedad y, por tanto, alcance el límite legal de absentismo previsto en el art. 52 d) ET²¹.

A partir de estas premisas, el TSJ de Galicia hace suya la doctrina contenida en la STJUE de 11 de abril de 2013, según la cual, como ya se ha indicado, “la Directiva (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo (...) si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad (...) cuando estas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”, y, bajo este parámetro, procede a analizar el objeto del litigio.

La constatación por parte del TSJ de Galicia de que “el precepto estatutario -art. 52 d) ET- pueda desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78”, obliga al Tribunal a analizar si esta diferencia de trato puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y si no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador.

Para resolver el juicio de proporcionalidad expuesto, el TSJ de Galicia recuerda los objetivos que *a priori* se perseguían con la reforma del art. 52 d) ET llevada a cabo mediante la Ley 3/2012, es decir, la finalidad de “favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral”. Pese a recordarse que el TJUE reconoce que “los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación no sólo en lo que atañe a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo, sino también en la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo”, también recuerda que ello será así sin perjuicio de que “hay que comprobar si los medios para la consecución de estos objetivos son adecuados y necesarios y si no exceden de lo requerido para alcanzarlos”, correspondiendo en cualquier caso al tribunal que conoce del asunto “examinar si el legislador (...) al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no tuvo en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad”. En el ejercicio de esta potestad y

²¹ AS\2016\381. Un comentario de esta resolución en MORENO GENÉ, J.: “La “enfermedad asimilada a discapacidad” como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, *Iuslabor*, núm. 2, 2016 y MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido por enfermedad crónica y productividad: sumando reveses comunitarios a la reforma laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 398, 2016.

apoyándose en la cita de normas internacionales y de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 se inclina por considerar que los medios para la consecución de los objetivos perseguidos por el art. 52 d) ET no resultan adecuados y necesarios y exceden de lo requerido para alcanzarlos.

De la doctrina contenida en la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 se derivaba, a los efectos de la causa extintiva prevista en el art. 52 d) ET, que no deberían ser computadas entre las ausencias justificadas las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades que, por su larga duración y la limitación que comportan, hayan de ser incluidas en este concepto ampliado de “discapacidad” y, en caso de computarse, ello supondría una discriminación indirecta por razón de discapacidad y, por tanto, desencadenaría la nulidad de la decisión extintiva empresarial. En otros términos, según la citada resolución judicial, tras la STJUE de 11 de abril de 2013, el supuesto de hecho descrito en el art. 52 d) ET debería limitarse a aquellas enfermedades que no son objeto de protección por la Directiva 2000/78/CE, es decir, que no generan una limitación de larga duración y, por tanto, impeditivas de la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Por el contrario, en caso de llevarse a cabo el despido del trabajador motivado en una enfermedad asimilada a la discapacidad, dicha extinción contractual debería ser declarada nula²².

Posteriormente, sin embargo, se ha dictado la STS de 21 de septiembre de 2017, que al resolver el recurso de casación interpuesto contra la citada STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015, concluye de forma lacónica que, en el supuesto enjuiciado, ni por referencia a las previsiones del art. 52 d) ET, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que sustentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante, lo que lleva al Alto Tribunal a revocar la referida sentencia del TSJ de Galicia²³.

Pese al inicial desencanto que esta resolución del Tribunal Supremo ha podido provocar a aquellos que defienden un tratamiento distinto de las extinciones contractuales por ausencias del trabajador que tengan como principal motivación la enfermedad del trabajador, cuando la misma puede ser asimilada a una discapacidad, sí

²²Esta conclusión ya había sido avanzada por SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013, que indica al respecto que “un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no será improcedente sino nulo; la extinción por causas objetivas (si las ausencias intermitentes traen su causa de la enfermedad asimilada) puede merecer esta misma consideración”.

²³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 22, 2017, pág. 12, ponen de manifiesto “esta línea más matizada a la hora de definir el alcance de la discapacidad” que se desprende de la STS de 21 de septiembre de 2017.

parece que el Alto Tribunal ha recepcionado de algún modo la doctrina del TJUE, no en vano, la citada STS de 21 de septiembre de 2017 se limita a establecer que en el supuesto enjuiciado no se acredita que el despido por ausencias del trabajador en base al art. 52 d) ET derive de una enfermedad grave ni de una enfermedad que pueda considerarse asimilable a una discapacidad en los términos previstos en la Directiva 2000/78/CE y jurisprudencia que la interpreta, de lo que cabe deducir que de haberse acreditado que la extinción contractual encontraba su causa en las ausencias derivadas de una enfermedad que pudiera asimilarse a una discapacidad en los términos expuestos, la decisión judicial hubiera podido ser otra. En otros términos, no es que se considere que la enfermedad asimilada a discapacidad no constituye un límite a la extinción por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET, sino que lo que se considera es que, en el supuesto enjuiciado, no nos encontramos ante una enfermedad asimilable a la discapacidad²⁴.

En este contexto, no muy favorable *a priori* para la declaración de nulidad de los despidos por ausencias del trabajador que deriven de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador, incluidas las derivadas de enfermedades de larga duración que se puedan considerar asimilables a la misma, se incardinan precisamente la STJUE de 18 de enero de 2018 y la SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 que, sin lugar a dudas, van a contribuir de una manera decisiva a aclarar la cuestión sobre la adecuación del art. 52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE cuando las ausencias que motivan el despido del trabajador son consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador entendida en un sentido amplio.

A partir de lo previsto en ambas resoluciones judiciales, no cabe duda que un trabajador discapacitado está expuesto a un riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad y, en consecuencia, las reglas del art. 52 d) ET pueden desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por esta causa.

Una vez constatada esta circunstancia, ambas resoluciones proceden a evaluar si esta diferencia de trato puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de la misma son adecuados y no van más allá de lo necesario. Por lo que respecta a la finalidad legítima perseguida por el art. 52 d) ET, ambas resoluciones indican que la lucha contra el absentismo laboral *a priori* puede serlo, dado que se trata de una medida de política de empleo.

²⁴ Un comentario de esta resolución en MORENO GENÉ, J.: “El difícil recurso a la “enfermedad asimilada a discapacidad” como límite al despido por absentismo del trabajador (STS de 21 de septiembre de 2017, rec. 782/2016)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017.

Por el contrario, en relación con la adecuación de los medios adoptados para la consecución de esta finalidad y que los mismos no vayan más allá de lo necesario, ya se plantean más interrogantes, no en vano, el TJUE se limita a fijar una amalgama de criterios que deberán ser analizados por el juez nacional -en concreto, si los porcentajes fijados en el art. 52 d) ET responden a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas; los costes directos o indirectos que soportan las empresas como consecuencia del absentismo laboral; si el despido por ausencias del trabajador incentiva al empresario para la contratación y el mantenimiento del puesto de trabajo; el perjuicio que se puede ocasionar a los trabajadores despedidos por esta causa; si se han tenido en cuenta datos relevantes relativos a los trabajadores con discapacidad; y, si se ha tenido en cuenta el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que tienen más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y mayores necesidades específicas de protección-.

De los diferentes criterios adoptados por el TJUE para determinar si los medios adoptados para la lucha contra el absentismo son adecuados y no van más allá de lo necesario, la SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 parece haberse centrado fundamentalmente en el análisis de si la causa extintiva del art. 52 d) ET tiene en cuenta datos relevantes relativos a los trabajadores con discapacidad y si se ha tenido en cuenta el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que tienen más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y mayores necesidades específicas de protección.

No olvidemos al respecto que cuando el TJUE encomienda al juez nacional la verificación de que la medida de permitir la extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 ET resulta adecuada para alcanzar la finalidad de combatir el absentismo laboral, le exige valorar precisamente si el legislador español ha tenido en cuenta datos relevantes que se refieran, en particular, a los trabajadores con discapacidad. A tal efecto, a la hora de evaluar la proporcionalidad de los medios previstos en el art. 52 d) ET, el TJUE exige que debe tomarse en consideración el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, las cuales encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo, al tiempo que tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado.

Pues bien, en este punto, el TJUE ya había avanzado que aunque el art. 52 d) ET establece que determinadas ausencias no pueden considerarse faltas de asistencia intermitentes al trabajo que justifiquen la extinción del contrato de trabajo -en particular, las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido

acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga más de veinte días consecutivos y las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave-, las mismas no cubren la totalidad de las situaciones de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

Siguiendo estas mismas pautas, la SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 constata que el art. 52 d) ET no excluye del cómputo de las faltas de asistencia al trabajo que se pueden tomar en consideración para justificar la extinción del contrato de trabajo a todas las ausencias causadas por las enfermedades motivadoras de la discapacidad del trabajador. Esta constatación lleva al magistrado de instancia a concluir que el colectivo de los trabajadores discapacitados son más vulnerables a ser despedidos al encontrarse más expuestos al riesgo de que se les aplique la citada norma legal y, por tanto, puedan ser despedidos por la exclusiva causa de acumular días de baja por consecuencias médicas derivadas de las enfermedades causantes de su discapacidad, desfavoreciéndose de este modo a los trabajadores con discapacidad con respecto a los que no lo son, lo cual supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78; sin que además, dicha diferencia de trato pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, tal y como se requiere en el inciso i) de dicha disposición comunitaria.

La sólida argumentación contenida en la SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 permite albergar esperanzas de que la doctrina contenida en la misma se acabe consolidando, de modo que no deban ser computadas entre las ausencias que justifican la extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 52 d) ET aquellas que sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador entendida en sentido amplio. A tal efecto, se podría concluir que la extinción del contrato en estos supuestos no se encontraría justificada por la finalidad de facilitar la extinción del contrato del “absentista profesional” y de los “trabajadores que no sean suficientemente productivos”, puesto que aunque se admita la legitimidad de estas finalidades, como parece hacerlo el TJUE, los medios adoptados para la consecución de las mismas no serían adecuados y necesarios, en tanto que dichas finalidades difícilmente podrían justificar una norma que habilita, indiscriminadamente, para despedir, entre otros, a los trabajadores en situación de baja y/o incapacidad, en el concepto amplio de discapacidad expuesto, los cuales en su inmensa mayoría no tienen intencionalidad absentista alguna.

En apoyo de dicho razonamiento cabe destacar que la redacción actual del párrafo primero del art. 52 d) ET²⁵, que posibilita que el contrato de trabajo pueda extinguirse “por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses”, parece excesivamente favorable a los intereses empresariales. A título de ejemplo, se ha llamado la atención sobre el hecho de que “un trabajador podría ser despedido (...) si inasiste al puesto de trabajo por enfermedad común o accidente no laboral durante veintidós jornadas laborales en un período de cuatro meses no consecutivos o si la inasistencia es de nueve jornadas en dos meses consecutivos siempre que haya también inasistido el cinco por ciento de las jornadas anuales, lo que representa un total de doce jornadas en este ámbito. Tales datos son los que corresponden al supuesto más común en el que el trabajador con descanso semanal de dos días naturales, un descanso anual de treinta días y un disfrute de catorce días festivos, presta servicios durante doscientos veinticinco días laborales”²⁶.

Este excesivo rigor del diseño actual de esta causa de extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador queda recogido también en las conclusiones formuladas por la Abogada General con motivo de la STJUE de 18 de enero de 2018, que al comparar las previsiones del art. 52 d) ET con la normativa danesa, enjuiciada en la STJUE de 11 de abril de 2013, que permite al empresario despedir a un miembro de su plantilla cuando el período de ausencia ascendiese a un total de 120 días a lo largo de cualquier período de doce meses consecutivos, concluía que “la medida controvertida en el presente asunto es más compleja. No obstante, parece que, en todo caso, los períodos de ausencia permitidos con arreglo a esta última son menos generosos que los que preveía la medida danesa”.

A tal efecto, no cabe duda que todas estas consideraciones casan mal con el “equilibrio razonable entre los intereses opuestos (...) en lo que atañe a las bajas por enfermedad” exigido por el TJUE en su sentencia de 11 de abril de 2013.

Estas reflexiones permitirían cuestionar, cuanto menos, que la extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 ET, resulte plenamente adecuada para

²⁵ Para un estudio sobre la configuración de esta causa extintiva tras la reforma laboral de 2012 vid. MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013 y ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013.

²⁶ Vid. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: “Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas), en MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J.: *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor Navarra, 2012, pág. 221.

alcanzar la finalidad de combatir el absentismo laboral, puesto que mediante este mecanismo se estaría posibilitando también la extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia al trabajo meramente ocasionales y esporádicas de un trabajador, al margen de que la empresa sufra realmente un problema real de absentismo laboral²⁷. A tal efecto, con la actual configuración de la extinción del contrato por ausencias del trabajador, aunque los niveles globales de absentismo que soporta el empresario sean bajos y, por tanto, las ausencias del trabajador ausente no constituyan una carga excesiva para la empresa, podría procederse igualmente a su despido.

Esta línea argumentativa podría apoyarse, además, en las valoraciones más humanizadoras contenidas en la STSJ de las Islas Canarias de 25 de enero de 2011 que indica que la decisión empresarial extintiva de la relación laboral como causa única en las bajas del trabajador deja de lado, pues, la consideración del trabajador como persona, como ser humano; no en vano, el art. 41 CE consagra el derecho a la protección de la salud, como principio rector de la política social y económica que informa el sistema jurídico; así como también, que la enfermedad como factor discriminatorio concurre cuando se dan circunstancias “en las que resulte apreciable el elemento de segregación (...) y ello sucederá en los casos de enfermedades que supongan socialmente un estigma, pero puede suceder también en aquellos casos en que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo; es decir, se le discrimine por estar enfermo, con independencia del tipo de enfermedad. No parece coherente que la Constitución proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia -siendo expresión de ellos los derechos a la integridad física y la salud (art. 15), el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social (art. 40), el derecho a la protección de la salud (art. 43.1), el derecho al trabajo (art. 35 CE), el derecho a la Seguridad e Higiene en el trabajo (art. 40.2) - y que se pueda, con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo”.

Sin embargo, tampoco sorprendería que la doctrina contenida en la SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 sea revocada y se acabe admitiendo la plena adecuación del art. 52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE, por considerar que es legítima la finalidad de combatir el absentismo perseguida por dicho precepto y que los medios adoptados por dicho precepto para la consecución de dicha finalidad son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad.

²⁷A tal efecto, las Conclusiones de la Abogada General indican que si el alcance del art. 52 d) ET fuera tan amplio que pudiera abarcar las faltas de asistencia al trabajo meramente ocasionales y esporádicas, a su criterio sería claramente desproporcionado.

A tal efecto, no cabe duda que toda ausencia al trabajo comporta costes directos e indirectos que deben soportar las empresas. Así, por ejemplo, las mismas no sólo deben lidiar con los problemas organizativos que estas ausencias plantean, sino que, con carácter general, el empresario está obligado a sufragar una parte de las prestaciones derivadas de la incapacidad temporal que pueda corresponder a estos trabajadores. A mayor abundamiento, como constata la Abogada General en el asunto Ruiz Conejero, a diferencia de lo previsto por la normativa danesa, enjuiciada en la STJUE de 11 de abril de 2013, que preveía el reembolso, al menos parcial, al empresario de las prestaciones por enfermedad que éste hubiera pagado a sus trabajadores, la normativa española aplicable no contiene tal previsión.

Recuérdese al respecto que los importantes costes directos e indirectos que deben soportar las empresas ha sido uno de los argumentos esgrimidos por el Gobierno, que indicaba al respecto que “esta excesiva morbilidad intermitente implica para las empresas no sólo la asunción de los costes directos de la ausencia laboral, dado que han de pagar la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal durante los primeros quince días de inactividad sin posibilidad de reclamar su devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social, además de los costes de la sustitución, sino también la asunción del coste indirecto que supone la singular dificultad de suplir las ausencias cortas”.

En esta dirección, cabe recordar lo dispuesto por la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014 que, con cita de la sentencia de 9 de abril de 2013 de la misma Sala, señala la finalidad legítima de la causa extintiva del art. 52 d) ET, que no es otra que la de penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos o la de combatir el absentismo, sin que pueda entenderse que los medios arbitrados por el legislador al conformar dicho precepto no sean adecuados y necesarios, pues los limita sólo a supuestos de bajas cortas, ya que las de más de 20 días no se computan a efectos de justificar el despido, ni tampoco cuando con independencia de su duración obedezcan a llevar a cabo un tratamiento médico de cáncer o cualquier otra enfermedad grave.

En definitiva, habrá que estar a futuros pronunciamientos judiciales y, en particular, a los que pueda dictar en su momento el Tribunal Supremo, para acabar de conocer cómo se va a resolver la cuestión de la compatibilidad del art. 52 d) ET con la Directiva 2000/78/CE en aquellos supuestos en que las ausencias al trabajo son consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador entendida en un sentido amplio.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013.

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

DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: "El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 719, 2006.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: "Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad", *Revista de Información Laboral*, núm. 22, 2017.

MOLINA NAVARRETE, C.: "La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 370, 2014.

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

MOLINA NAVARRETE, C.: "Despido por enfermedad crónica y productividad: sumando reveses comunitarios a la reforma laboral", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 398, 2016.

MORENO GENÉ, J.: "Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador", *Aranzadi Social*, núms. 9-10, 2014.

MORENO GENÉ, J.: "La "enfermedad asimilada a discapacidad" como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo", *Iuslabor*, núm. 2, 2016.

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

MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Discriminación laboral por enfermedad", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013.

TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: "Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas), en MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J.: *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor Navarra, 2012, pág. 221.