



Roj: **AJSO 5/2016 - ECLI:ES:JSO:2016:5A**

Id Cendoj: **16078440012016200001**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Cuenca**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2016**

Nº de Recurso: **861/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAMON GONZALEZ DE LA ALEJA GONZALEZ DE LA ALEJA**

Tipo de Resolución: **Auto**

JDO. DE LO SOCIAL N CUENCA

C/ GERARDO DIEGO, S/N CUENCA

Tfno; 969241000 Fax: 959247061

Equipe /usuario: MDA

NIG: 16078 44 4 2015 000D90Í

Modele: N19750

DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000861 /2015

Procedimiento origen: Scte DESPIDO

DEMANDANTE/S D/ña: Emilio

ABOGADO/A: JAVIER MARTÍNEZ GUIJARRO

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: Ferroser Servicios Auxiliares S.A.

ABOGADO/A: PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

AUTO PLANTEANDO CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Magistrado-Juez

Sr. D. RAMÓN GONZÁLEZ DE LA ALEJA GONZÁLEZ DE LA ALEJA

En CUENCA, a cinco de Mayo de dos mil dieciséis.

1.- OBJETO DEL LITIGIO

ÚNICO.- La redacción actual del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores , y su aplicación sin excepciones a los trabajadores discapacitados, ocasiona una discriminación indirecta respecto a este colectivo cuando éstos se ven obligados a causar bajas por incapacidad temporal derivadas de la enfermedad causante de su discapacidad, con la consiguiente ausencia de su puesto de trabajo, por lo que un trato idéntico con respecto al resto de trabajadores sin tener en cuenta dicha condición personal implica su salida inmediata del mercado de trabajo, así como que deban asumir una carga laboral negativa adicional o desventaja particular respecto de otras personas que no tienen dicha condición; siendo un colectivo especialmente vulnerable a ausentarse involuntariamente de su puesto de trabajo por consecuencia de la/s enfermedad/es crónicas que han motivado, precisamente, la declaración de su discapacidad.

2.- HECHOS



I. El trabajador D. Emilio , ha venido prestando sus servicios profesionales como "Limpiador", desde el 2 de julio de 1.993, y en la actualidad para la empresa "FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A.", dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, siendo la actual adjudicataria del servicio de limpieza donde presta sus servicios el trabajador discapacitado.

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 (dependiente del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha) como para las anteriores empresas adjudicatarias de la contrata de limpieza, sin que hasta la fecha haya tenido problema laboral alguno, y sin que hubiera sido sancionado con anterioridad.

El trabajador tiene reconocida la condición de discapacitado mediante Resolución, de fecha 15 de septiembre de 2.014, emitida por la Delegación en Cuenca de la Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 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.

4. El trabajador durante los años 2.014 y 2.015 ha causado baja por enfermedad común durante los siguientes períodos:

- Del 1 al 17 de marzo de 2.014 por "dolor agudo", que precisó hospitalización (del 26 de febrero al 1 de marzo de 2.014).
- Del 26 al 31 de marzo de 2.014 por "vértigo/mareo".
- Del 26 de junio al 11 de julio de 2.014 por "lumbago".
- Del 9 al 12 de marzo de 2.015 por "lumbago".
- Del 24 de marzo al 7 de abril de 2.015 por "lumbago".
- Del 20 al 23 de abril de 2.015 por "vértigo/mareo".

Según han diagnosticado los Servicios Médicos de la Sanidad Pública (SESCAM), tanto el "vértigo/mareo" como el "lumbago" son causados por una artropatía degenerativa y por una poliartrosis, agravadas por la obesidad que sufre el trabajador, concluyendo que dichas limitaciones tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad reconocida al trabajador.

5. El trabajador fue comunicando a su empleadora, en tiempo y forma, todas las situaciones de baja, entregando los correspondientes partes médicos acreditativos de su motivo y duración. No obstante, el trabajador no comunicó 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.

6. Mediante carta de despido dirigida al trabajador en fecha 7 de julio de 2.015, la empresa le comunica su despido por causas objetivas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores , 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 2.015 el 20% de las jornadas laborales, superando, asimismo, en los doce meses anteriores el 5% de las jornadas hábiles.

7. El trabajador no cuestiona la veracidad y exactitud de dichas ausencias laborales ni su implicación porcentual, sino 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, planteando la representación letrada del trabajador la nulidad de dicho despido por discriminación.

8. Este Juzgado, mediante Providencia de fecha 20 de noviembre de 2.015, requirió a las partes, por plazo de diez días, al objeto de evacuar alegaciones sobre la nulidad del despido y sobre la cuestión prejudicial planteada, siendo presentado escrito de alegaciones por parte de la representación letrada del demandante, pero no así por parte de la demandada, ni por parte del Ministerio Fiscal.

3.- DERECHO NACIONAL

I. El artículo 52.d) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, E.T.), establece:

"Extinción del contrato por causas objetivas.

El contrato podrá extinguirse:



(...)

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, 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, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave".

2. El artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores establece:

"2. En la relación laboral, los trabajadores tienen derecho:

c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate".

3. El artículo 2.d) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, determina que:

"Definiciones.

A efectos de esta ley se entiende por:

Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios".

4. El artículo 14 de la Constitución Española establece que:

"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

5. El asunto objeto de la presente cuestión prejudicial no se plantea por la cuestión de la enfermedad (común) del trabajador, por cuanto dicho tema está resuelto de forma reiterada por el Tribunal Supremo español (Sentencias de 29-2-01 (Rec 1566/2000); de 23-9-03 (Rec 449/2002); de 12-7-04; de 3-5-05; y de 27-1-09 (Rec 602/2008)), e incluso por la Sentencia del T.J.U.E. de 11 de julio de 2006 (C-13/2005), asunto Chacón Navas (en contestación a una cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Social 33 de Madrid), sino por razón de discapacidad del trabajador o por motivo derivado de las específicas enfermedades constitutivas de dicha discapacidad; sin que se constate la existencia de jurisprudencia específica sobre este tema, y así lo expresaba la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 27-1-09, al afirmar que "ni en el lenguaje ordinario ni en el técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables".

4.- DISPOSICIONES COMUNITARIAS

1. Recomendación 86/379/CEE, del Consejo, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (DO L 225 de 12 de agosto de 1986).

2. Resolución de 17 de junio de 1999, el Consejo, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías (DOC 186 de 2 de julio de 1999).



3. 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, Considerandos sexto, octavo, undécimo, duodécimo y trigésimo; y artículos 2.2.b) y 5 .

4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante T.J.U.E.), de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11). En ella el T.J.U.E. se pronuncia sobre diferentes cuestiones prejudiciales formuladas por un Juzgado de Dinamarca, el cual cuestionaba la norma laboral interna que autorizaba el cese de un trabajador tras un total de 120 días de baja médica a lo largo de cualquier período de 12 meses consecutivos.

De las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial danés, la cuarta planteaba la siguiente cuestión:

"¿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 con un preaviso abreviado si el trabajador ha percibido su salario durante periodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de un periodo de 12 meses consecutivos, en el caso de un trabajador al que se deba considerar discapacitado en el sentido de la Directiva cuando

a) La baja laboral fue causada por la discapacidad?

La respuesta del T.J.U.E. fue que la Directiva 2000/78 se opone a dicha disposición nacional.

5. La Sentencia del T.J.U.E., de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13). En ella se concluye que la obesidad puede considerarse como "discapacidad" a efectos de la Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo. Si bien ningún principio general del Derecho de la Unión prohíbe las discriminaciones por motivo de obesidad en cuanto a tal, ésta se incluye en el concepto de "discapacidad" cuando, en determinadas condiciones, impide a la persona de que se trate participar plena y efectivamente en la vida profesional en pie de igualdad con los demás trabajadores.

5.- ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. El trabajador argumenta que en la Sentencia del T.J.U.E., de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13), se determina que la obesidad no figura como elemento de posible discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, y que a los efectos de la Directiva 2000/78/CE, la obesidad de un trabajador puede considerarse discapacidad cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que 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. Partiendo de la base de que la obesidad que padece el actor es considerada como una discapacidad, oficialmente reconocida, y que deviene de enfermedades o dolencias físicas crónicas, las ausencias laborales por la misma exclusivamente consideradas no podrían ser utilizadas por la empresa como causa del despido objetivo, pues ello supondría una discriminación del actor por razón, precisamente, de su condición de discapacitado.

En el artículo 52.d) del E.T . no se ofrece ninguna excepción, matización, condicionante o trato diferenciado que afecte a los trabajadores discapacitados, lo que implica que es una norma de carácter neutro, y es precisamente esa neutralidad la que produce en este caso en concreto -pero extensible a otros en los que, por causa de las enfermedades causantes de la discapacidad, las bajas laborales provocadas por las mismas fueran utilizadas por las empresas para motivar sus despidos objetivos- una clara situación de DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.

2. La empresa considera que ha cumplido todas las premisas fácticas y jurídicas condicionantes que legalmente le son exigidas para proceder válidamente al despido del trabajador por causas objetivas (artículo 52.d) del E.T .), por cuanto se ha acreditado la realidad y duración de las ausencias laborales del trabajador (extremo fáctico no combatido por la parte demandante) ; que dichas faltas al trabajo, aún justificadas, sobrepasaban los límites porcentuales establecidos en la norma de referencia para proceder legalmente a su despido; observando, además, la cabal realización de todos y cada uno de los requisitos formales legalmente establecidos para ello (artículo 53 del E.T .I ; y que carecía de todo ánimo discriminatorio contra el trabajador, por cuanto en el momento de proceder a su despido desconocía su condición de discapacitado.

Por otra parte, el citado extremo normativo no contiene excepción o cláusula final abierta alguna, impeditiva de su aplicabilidad, referida a los supuestos de bajas laborales motivadas por las enfermedades causantes de la discapacidad del trabajador afectado, pues el mismo se ha construido como un catálogo expreso (y cerrado: numerus clausus) 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 él: "(1º) huelga legal por el tiempo de



duración de la misma, (2º) el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, (3º) accidente de trabajo, (4º) maternidad, (5º) riesgo durante el embarazo y (6º) la lactancia, (7º) enfermedades causadas por embarazo, (8º) parto o (9º) lactancia, (10º) paternidad, (11º) licencias y (12º) vacaciones, (13º) enfermedad o (14º) accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, (15º) ni las motivadas por la situación física o (16º) psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a (17º) un tratamiento médico de cáncer o (18º) enfermedad grave".

3. El Ministerio Fiscal entendió que en el concreto supuesto de autos no se había producido violación del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, así como a la protección de la dignidad de la persona y a impedir el trato inhumano y degradante, contemplados en los artículos 10 , 14 y 15 de la Constitución Española , invocados por el demandante, por cuanto la empresa se ha limitado a aplicar una norma legal vigente (el artículo 52.d) del E.T .), de la que no se ha realizado tacha alguna de inconstitucionalidad, y sin que el despido del trabajador por causa de la enfermedad que padece sea discriminatorio, tal y como el Tribunal Supremo lo ha entendido en reiteradas Sentencias.

6.- FUNDAMENTOS

1. Las razones que han llevado a este órgano judicial a preguntarse sobre la interpretación o la validez de la Directiva 2000/78 aplicable al litigio planteado ha sido la respuesta interpretativa que de dicha norma comunitaria realizó el propio T.J.U.E. en su Sentencia de 11 de abril de 2.013, en contestación a diferentes cuestiones prejudiciales formuladas por un órgano judicial danés a un supuesto similar (no idéntico) al que aquí es objeto litigioso (oposición a la Directiva 2000/78 de la norma legal danesa que faculta al empresario para despedir a un trabajador con un preaviso abreviado si el trabajador ha percibido su salario durante periodos de baja por enfermedad de un total de 120 días de trabajo a lo largo de un período de doce meses consecutivos, sin diferenciación en cuanto a su condición de discapacitado), por cuanto la respuesta del T.J.U.E. en ese caso fue que "71 (...) un trato desfavorable por motivos de discapacidad so Jo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1 , de la misma Directiva. En efecto, el trabajador discapacitado al que se le aplica esta Directiva debe ser protegido contra cualquier discriminación respecto a un trabajador que no lo es.

76 Debe señalarse 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, de alcanzar el límite de 120 días previsto en el artículo 5, apartado 2, de la FL (lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionserer). 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 artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 ".

Por otra parte, concurren diferencias sensibles entre la norma danesa y la española que impedirían una aplicación (directa o modulada) de la citada doctrina comunitaria y de la Directiva por ella interpretada en este caso, por cuanto la normativa danesa -a diferencia de la española aplicable en este supuesto- se encuadraba en una política de integración de los trabajadores discapacitados, incentivando la contratación de trabajadores que tienen un riesgo particular de incurrir en bajas por enfermedad de manera repetida, permitiendo su despido más tarde, con p rea vi so, si la baja tiende a ser de muy larga duración (lo que motivó la matización del T.J.U.E. a la cuarta cuestión prejudicial planteada) ; norma que se inscribía plenamente en la línea de regulación general del mercado de trabajo danés, que se basa en una combinación entre la flexibilidad y la libertad contractual, por un lado, y la protección de los trabajadores, por otro.

2. En el caso de la norma española aplicable para la resolución jurídica a sometida a resolución ante este órgano jurisdiccional español (artículo 52.d) del E.T .), al hilo de la normativa y jurisprudencia comunitaria citada, en la misma no se incluyen las faltas de asistencia al trabajo causadas, precisamente, por la/s enfermedad/ es motivadora/s de la discapacidad del trabajador dentro del catálogo de su no computación a los efectos de su despido objetivo expuesto en el párrafo segundo de la citada norma, donde sí se catalogan hasta dieciocho supuestos distintos a los que no se les aplicaría la misma, la mayoría de los cuales (hasta trece) son de similar etiología justificativa y ontología jurídica a la aquí analizada. Ello motiva 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 española 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, con independencia de su conocimiento previo o no de dicha situación por el empleador, además



de las bajas médicas producidas por el padecimiento de cualquier otra enfermedad distinta de la causante de su discapacidad, desfavoreciendo así a los trabajadores con discapacidad con respecto a los que no lo son, y, de este modo, supondría 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.

3. Este órgano jurisdiccional considera que concurre una colisión evidente entre la norma española y la comunitaria, y que, a diferencia del caso danés, no existe elemento u objetivo legislativo de integración, por lo que procedería una respuesta del T.J.U.E. en el sentido de forzar la inclusión en nuestro Derecho nacional y, en concreto, en el artículo 52.d) del E.T., 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.

7.- PARTE DISPOSITIVA: CUESTIÓN QUE SE FORMULA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

CUESTIÓN ÚNICA

La única cuestión que se somete a la consideración del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es saber si la aplicación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores se opone a la Directiva 2000/78 en el caso de ser aplicada dicha norma a los trabajadores oficialmente reconocidos como "discapacitados" por causa de faltas de asistencia al trabajo cuando el motivo de dichas bajas sea el empeoramiento de su estado de salud que afecte a su aptitud laboral impeditiva de la prestación de servicios laborales causada por alguna de las enfermedades integrantes del cuadro patológico motivador de su condición de discapacitado.

En atención a todo lo expuesto,

DECIDO: Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 T.F.U.E., la siguiente cuestión prejudicial en interpretación sobre la validez del artículo 52.d) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

¿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 alcance 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 periodo 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?

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la "Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925 Luxemburgo" y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial (REDUE Red del CGPJ DE EXPERTOS EN Derecho de la Unión Europea).

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

EL/LA MAGISTRADO

Así, por este, EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.