

Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por faltas de asistencia justificadas: cese que constituye despido nulo: discriminación indirecta por motivos de discapacidad.

STSJ de Castilla-La Mancha/SOC núm. 553/2019, de 10 de abril

María José Romero Ródenas

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: *La STSJ de Castilla-La Mancha que se estudia, ratifica la nulidad de un despido objetivo basado en faltas de asistencia justificadas e intercurrentes de un trabajador con discapacidad reconocida (obesidad mórbida causante de una discapacidad del 37%) y sus procesos de IT estaban vinculados a dicha enfermedad. La Sala aplica el criterio contenido en la STSJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C 270/16) al resolver la cuestión prejudicial planteada por la Sentencia del Juzgado de lo social de Cuenca (de procedencia) de 7 de marzo de 2018.*

Palabras clave: *Despido objetivo, nulidad discapacidad, discriminación directa.*

Abstract: *Le STSJ à l'étude ratifie l'annulation d'un licenciement objectif fondé sur des absences justifiées et intercurrentes du fait de l'incapacité 37% du travailleur (obésité morbide causant un handicap reconnu administrativement) et des processus informatiques liés à cette maladie. La Chambre applique le STSJUE du 18 janvier 2018, qui résout la question préjudicielle posée par le jugement de la juridiction d'origine sociale.*

Keywords: *Licenciement objectif, nullité invalidité, discrimination indirecte*

I. Introducción

La STSJ Castilla-la Mancha que se comenta se ajusta a la doctrina del TJUE en Sentencia de 18 de enero de 2018^[1], (que resuelve o mejor dicho, emplaza a su concreción) sobre la cuestión prejudicial planteada^[2] en el presente caso por la sentencia de procedencia del Juzgado de lo Social de Cuenca de 7 de marzo de 2018 que declarada la nulidad de un despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo justificadas en base al art. 52.d) ET.

La STSJ CLM confirma la SJS que entendió que el despido del trabajador es nulo por vulnerar el derecho fundamental del trabajador (con discapacidad reconocida administrativamente) a no ser discriminado por razón de discapacidad. Creemos en la máxima, la discapacidad no es equiparable a enfermedad.

El art. 52 d) ET norma de carácter neutro al no establecer ninguna especificidad para los trabajadores discapacitados, habilita al empresario a extinguir el contrato de los trabajadores ante supuestos de absentismo suficientemente relevantes. Si bien,

tradicionalmente el absentismo individual se había vinculado al cumplimiento simultáneo de una doble exigencia cuantitativa (que el número de faltas del trabajo individualmente consideradas que superara un tasado porcentaje, y, simultáneamente, que el resto de la plantilla del centro de trabajo también sobrepasara en el mismo período una determinada barrera porcentual de absentismo global). Tras la Ley 3/2012, para que las ausencias al trabajo del trabajador sean relevantes a los efectos de esta causa de extinción del contrato será suficiente con que el número de faltas de asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje, habiéndose suprimido, cualquier exigencia vinculante con un determinado nivel de absentismo global^[3] y, además, que el artículo 52 d) ET permite el despido del trabajador por enfermedad -aún justificada por los servicios médicos-, salvo que esa enfermedad sea de más de 20 días consecutivos y obedezca a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Es rico el debate jurídico, determinar si el empresario está facultado para despedir a un trabajador por la causa objetiva establecida en el apartado d) del artículo 52 ET cumpliéndose todos los requisitos formales y materiales legalmente establecidos para su aplicación, o si, por el contrario, al producirse dichas ausencias laborales, en exclusiva y precisamente, por enfermedades atribuibles a su discapacidad, (en el sentido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000), , dicha extinción, unilateralmente decidida por la empresa, ha de calificarse como un despido nulo por venir motivado, directa o indirectamente, por causa discriminatoria. En definitiva, se determina que la discapacidad no es equiparable a enfermedad y por tanto el despido por la vía del art. 52.d ET del trabajador discapacitado es nulo por vulnerar su derecho fundamental a no ser discriminado por razón de su discapacidad administrativamente reconocida.

Nuestro comentario, por tanto, tiene por objeto el examen de las especificidades contempladas en el art. 52 d) ET que no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida como señala la STSJ Castilla-La Mancha analizando la interpretación que se realiza de dicho precepto, situando el mismo en el contexto en que se inscribe (discapacidad/enfermedad) y tomar en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas con discapacidad reconocidas administrativamente. Vaya por delante nuestra valoración y afinidad doctrinal en los pronunciamientos del magistrado ponente y de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha en el tratamiento, interpretación y aplicación de la doctrina comunitaria al caso, especialmente C-270/16, Ruiz Conejero, pero también C-13/05, Chacón Navas; C-335-11 y C-337-11, Ring; C-335/15, y en la línea de otros pronunciamientos de TSJ^[4], que vienen a calificar el despido de nulo cuando la finalidad de evitar o amortiguar el absentismo laboral, excede la propia legalidad, sin considerar que se trata de trabajadores con discapacidad por lo que la finalidad de la norma no justifica ni excluye la aplicación del principio de igualdad de trato de los trabajadores con discapacidad proclamado por la Directiva 78/2000/CEE.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: 553/2019, de 10 de abril.

Número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 664/2018.

ECLI: ES:TSJCLM 2019.808.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Solís García del Pozo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Dos son las cuestiones jurídicas suscitadas atendiendo a los hechos y antecedentes que permitirían un marco de juego relativamente más amplio para desarrollar las cuestiones fácticas, pero entendemos que en la introducción han quedado recogidas lo que nos permite una mayor dedicación a la concreción de las cuestiones jurídicas.

La primera cuestión que suscita la empresa recurrente es que *la Sentencia recurrida no había seguido los criterios marcados por la Sentencia del TJUE de fecha 18/1/2018 que resolvía la cuestión prejudicial que le planteó el Juzgado de lo Social de Cuenca, extralimitándose de sus facultades jurisdiccionales al dictar una resolución basada en su concreta opinión sobre una norma que el TJUE ha considerado válida y acorde al derecho comunitario*. Recordemos que la STJUE que no es objeto de este comentario, emplaza al Juez de lo Social en la concreción del caso^[5].

La segunda cuestión que se suscita se centra en el hecho declarado probado, que el trabajador *no comunicó a la empresa su condición de discapacitado antes del despido lo que, a juicio de la empresa recurrente determinaría que el despido no esté basado en la discapacidad del actor, así como que la decisión empresarial carezca de todo ánimo o intención discriminatoria, habiendo actuado la empresa en todo momento con pleno sometimiento a la legalidad y con respecto del marco normativo vigente*. Vaya por delante, que ambas cuestiones planteadas por la empresa recurrente son desestimadas.

IV. Posiciones de las partes

La empresa recurrente pretende la nulidad de las actuaciones solicitando la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la Sentencia al entender que se han vulnerado los arts. 9.3 ,24.1 y 117.1 de la Constitución Española y el art. 267 del TFUE en relación con la doctrina y jurisprudencia que los interpretaba, que además, no cita. También pretende que se declare la procedencia del despido del trabajador al no tener constancia de su reconocimiento administrativo de discapacitado, circunstancia que determinaría (a su juicio) *que el despido no está basado en la discapacidad del trabajador y por tanto no existe un trato o intención discriminatoria , así como que la decisión empresarial carezca de todo ánimo o intención discriminatoria, habiendo actuado la empresa en todo momento con pleno sometimiento a la legalidad y con respecto del marco normativo vigente*.

La representación letrada del trabajador mantiene idéntica la posición, impugnado de contrario el recurso de suplicación.

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho internacional y comunitario

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 enuncia en su considerando e), Arts 1 y 2.4, Arts 1 y 2 a) b) inciso i) y 5 de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación: Art. 1, la Directiva 2000/78 «tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

2. Derecho constitucional e interno

Art. 14 CE (principio de igualdad y no discriminación).

Art. 4.2.c) ET (derecho a la no discriminación, directa o indirecta, por razón de discapacidad).

Art. 52.d) ET (extinción del contrato por causas objetivas, faltas aún justificadas de asistencia al trabajo).

Art. 1, 2, 4 y 40 RDL 1/2013 (conceptos de discapacidad y de discriminación y medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de, o por razón de, discapacidad).

VI. Doctrina básica

1. El desconocimiento empresarial de la discapacidad reconocida del trabajador

Cuestión (in)trascendental porque la discriminación sufrida “no es una discriminación directa en el sentido en el que se describe esta figura por la Directiva 2000/78/CE o el art. 35.4 del RDLeg. 1/2013 de 29 de noviembre de 2013 que la traspone en relación a las personas con discapacidad, sino una discriminación negativa ajena a cualquier intencionalidad y que deriva de la propia norma, a la que sin duda se ajusta la decisión empresarial, pero cuya aplicación causa una desventaja al trabajador discapacitado. En estos casos la exclusión de la existencia de discriminación deriva, no de la existencia de una justificación objetiva y razonable en la decisión empresarial de extinguir el contrato ajena a cualquier propósito discriminatorio, sino de que la norma que causa los efectos discriminatorios pueda justificarse con una finalidad legítima cuando además los medios dispuestos por la norma para conseguir dicha finalidad sean los adecuados y necesarios o se imponga al empresario la obligación de adoptar las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta para eliminar las desventajas que supone esta disposición (art. 35.4 RDLeg 1/2013)” Fdo Jco Segundo.

2. Justificación objetiva por una finalidad legítima en el art. 52.d) del ET: discriminación indirecta

La comparación entre un trabajador sin discapacidad, con un trabajador discapacitado es para el ordenamiento jurídico laboral fundamental. El trabajador está expuesto al riesgo adicional de padecer y sufrir periodos de incapacidad temporal motivados por una enfermedad relacionada con su discapacidad. Así entendido, claramente hay que (re)dibujar la justificación legítima planteada en el precepto de referencia, el art. 52.d) ET, cuyo objetivo es luchar contra el absentismo laboral en la empresa, comportando claramente una discriminación a las personas trabajadoras que tienen reconocido legalmente una discapacidad.

Obviamente, este colectivo de personas trabajadoras, corren un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos de faltas de asistencia en el artículo 52, letra d) ET. Por tanto, es lógico entender que la regla establecida en el mencionado artículo puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, supone obviamente una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido señalado en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78. Es decir, no estamos ante un precepto (art. 52 d) ET) neutral, nos encontramos ante una discriminación indirecta por motivos de discapacidad. Y ello es así, como acertadamente señala la Sala de lo Social del TSJ CLM pues “no incluye ninguna exención en el cómputo de los días de ausencia motivados por la discapacidad del trabajador», causando “un perjuicio mayor que al resto de los trabajadores porque aquellos por razón de su capacidad soportan un riesgo mayor de sufrir bajas o ausencias en el trabajo como consecuencia de enfermedades derivadas de su discapacidad”. Por tanto, la aplicación del art. 52.d) ET en su redacción actual al estar desprovista de la necesaria neutralidad en los supuestos de personas trabajadoras que tengan reconocida administrativamente una discapacidad, sus “ausencias en el trabajo... constituye una discriminación prohibida que conforme a lo establecido en los artículos 17 del ET y 35.4 del RDL 1/2013, siendo su consecuencia la nulidad de la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo (...) como consecuencia de faltas de asistencia al trabajo aún justificadas conforme a lo establecido en el art. 52.d del ET”.

VII. Parte dispositiva

La parte dispositiva de la Sentencia procede desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Cuenca el 7 de marzo de 2018 de Cuenca, confirmando la misma.

De este modo, la Sala de lo Social del TSJ CLM confirma la SJS de Cuenca.

En último lugar, se ha de señalar que el fallo de la Sentencia efectúa pronunciamiento sobre costas, en cuantía de 600 euros, así como a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir. En estos momentos, estando en plazo, conocemos que se ha anunciado recurso de casación para la unificación de doctrina, pero no sabemos si está admitido a trámite.

VIII. Pasajes decisivos

Nos resulta obligado delimitar los pasajes decisivos de forma sistemática, en función de las argumentaciones y decisiones jurídicas vertidas en razón de los dos motivos del recurso de suplicación interpuestos.

Así, en primer lugar, en base a la desestimación de la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia:

- “No existe pues vulneración del art. 267 del TFUE que regula la competencia del TJUE para los pronunciamientos prejudiciales, precepto del que deriva el efecto vinculante del pronunciamiento prejudicial conforme a la jurisprudencia del mencionado Tribunal recogida ya en las Sentencias del TJUE de 24/6/1969, Milch, Fettund Eierkontor 29/68 y 3/2/1977, Benedetti 52/77”

Y en segundo lugar, la infracción del art. 52.d) y 55 ET en relación con lo establecido en la Directiva 200/78/CEE de 27 de noviembre, y demás normativa señalada:

- *“La falta de conocimiento por parte del empresario de la discapacidad del trabajador... es intrascendente en el pronunciamiento de la sentencia de instancia y por lo tanto este argumento del recurso, que constituye, como dijimos quizá el fundamental de los que en el mismo se esgrimen no puede ser tomado en consideración, ni de dicho hecho puede derivarse la infracción de los preceptos que se invocan como vulnerados”.*

- *“La obligación del empresario de adoptar “Las medidas adecuadas y los ajustes razonables, conforme a la legislación nacional y según las previsiones de la Directiva 78/2000/CE tienen por finalidad garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades y eliminar las desventajas que supone para la persona con discapacidad determinadas normas, disposiciones o decisiones empresariales aparentemente neutras. Su efecto sobre la discriminación por causa de la discapacidad de la persona se produce por su efectiva adopción, por su ejecución práctica”.*

- *“En el caso de que, por la razón que fuera, las medidas adecuadas y los ajustes razonables a los que está obligado el empresario no lograran garantizar completamente el principio de igualdad de trato o no consiguieran eliminar en todo caso la discriminación indirecta, bien porque dichas medidas no se adoptaron, bien porque no se hubiera previsto que la aplicación de una determinada decisión empresarial o norma pudiera producir efectos de desigualdad de trato a las personas con discapacidad, bien porque las adoptadas no fueran por su naturaleza las adecuadas o las suficientes para eliminar en un concreto caso la discriminación por razón de discapacidad, ello no eliminaría la protección del trabajador que haya sido objeto de discriminación”.*

IX. Comentario

La jurisprudencia comunitaria^[6] ha reiterado que la "discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ", y siguiendo la pauta establecida en la Convención ONU, citada " el concepto de "discapacidad" debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o 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 ".

La STSJ CLM ratifica la nulidad de un despido objetivo basado en faltas de asistencia justificadas e intercurrentes en un trabajador con discapacidad reconocida (obesidad mórbida causante de una discapacidad del 37% reconocida administrativamente), estando los periodos de incapacidad temporal vinculados a su discapacidad. La Sala muy acertadamente interpreta el caso en aplicación del art. 52.d) ET como discriminación prohibida conforme a lo establecido en los artículos 17 del ET y 35.4 del RDLeg 1/2013.

Señala que tal comportamiento empresarial es nulo. Compartimos en su totalidad los argumentos de la Sala que inciden en la carencia de legalidad al señalar la empresa su falta de conocimiento sobre la discapacidad del trabajador. Es obvio para la Sala que una persona con discapacidad corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar fácilmente los límites previstos en el artículo 52.d) ET. Por tanto, no resulta legal que dicho precepto perjudique a los trabajadores discapacitados, por lo que, la redacción actual de dicho precepto supone una clara diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 ^[7], citada.

La clave de la solución en estos supuestos de computo de las faltas de asistencia al trabajo de trabajadores discapacitados, enfermos, estaría no solo en la necesaria reforma legal del art. 52d) ET sino en la formulación de factores jurídicos y jurisprudenciales moduladores que han sido correctamente analizados, entre otras, en la SJS de Cuenca de 7 de marzo de 2018 y STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015, rec. 3689/2015, con las particularidades siguientes:

En primer lugar, y de suma importancia, la jurisprudencia cuando tras declarar que "las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. "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", indica que "a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 hay que matizar o precisar la doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación"^[8].

En segundo lugar, el art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT , afirma que "la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo" o que "Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada" (art. 10).

Y en tercer lugar, la doctrina del TC emanada de la Sentencia 62/2008 que, ante un despido motivado por las dolencias físicas del trabajador entendió que "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 las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo", lo cual ocurriría "cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí 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".

La interpretación que la Sala realiza del art. 52.d) ET al supuesto de autos (tomada de la STJUE que resuelve la cuestión prejudicial) al 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. Ahora bien, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 44 de la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456), es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de «discapacidad» y de «enfermedad».

En efecto, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52d) ET. 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 artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78. De ahí la confirmación del despido nulo del trabajador discapacitado.

A lo anterior ha de añadirse que dado el amplio margen del que disponen los Estados miembros a la hora de determinar los objetivos en materia de política social y empleo y para definir las medidas para lograrlo considera la sentencia comentada y la sentencia prejudicial que la finalidad de combatir el absentismo y reducir los costes empresariales constituye una finalidad legítima a los efectos del artículo 2, apartado 2, letra b) inciso i) de la Directiva 2000/78.

X. Apunte final

El art. 52.d) ET obedece a una justificación de política social y empleo pero es obvio que no puede desconocer y excluir por las razones expuestas los efectos de la discriminación indirecta por causa de su discapacidad provocados por su aplicación, pues como hemos visto los medios para la consecución de dicha finalidad en el presente caso no son los adecuados al no tomar en consideración la desventaja que su aplicación produce en las personas con discapacidad, factor de discriminación prohibido. La Sala de lo Social del TSJ CLM lo ha evidenciado en su congruente y acertada resolución judicial.

Por todo lo expuesto, y sumándome a las voces más autorizadas en la materia (ROJO, BELTRAN HEREDIA RUIZ, ITURRI GARANTE) que se han adelantado a proponer propuesta de *lege ferenda* en el art. 52.d) ET, tomando como base la propia literalidad del precepto señalado para otros supuestos de procesos de incapacidad temporal fuera del cómputo de ausencias justificadas que permite el despido por dichas faltas, añadir otro supuesto acorde con la normativa internacional y con la jurisprudencia del TJUE en el que se excluyan así mismo las faltas de asistencia derivada de procesos de incapacidad temporal vinculados a las enfermedades o padecimientos vinculados con el grado de discapacidad reconocido administrativamente. Esta propuesta de *lege ferenda* iría en la línea del legislador de dar un trato diferente ^[9] al colectivo de personas trabajadoras discapacitadas, pues en la actualidad el art. 52.d) ET no establece una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad, y su aparente neutralidad constituye una discriminación prohibida

que conforme a lo establecido en los artículos 17 del ET y 35.4 del RDL 1/2013 su consecuencia, en el presente caso, es la nulidad de la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo como consecuencia de faltas de asistencia al trabajo aún justificadas conforme a lo establecido en el tan citado art. 52.d del ET.

La modificación legal del art. 52.d) ET a la que nos sumamos, es la reflexión final más acertada orientada a la deseable neutralidad del precepto y eliminación de la discriminación indirecta que hemos analizado y ello vinculado con la clara pretensión del precepto, que es evitar el absentismo laboral. En el presente caso, ha quedado claro que los efectos y sus consecuencias son mayores cuando las personas trabajadoras tienen una discapacidad, y dentro de este colectivo habría que diferenciar las bajas laborales derivadas de enfermedad grave o cáncer en cuyo caso se excluiría el computo de bajas. No creemos que fuera esta la finalidad y propósito del legislador, consideramos igualmente “que no era necesario el sacrificio del derecho a la igualdad de trato en este caso para alcanzar el objetivo aludido” estamos ante un supuesto de discriminación indirecta, pues los seis periodos de incapacidad temporal padecidos por el trabajador durante 2014 y 2015 computados a los efectos del art. 52.d) ET han sido patologías vinculadas con su discapacidad ^[10]. En este sentido, la justificación de política social y de empleo de la que dimana el precepto tan mencionado, “no puede excluir los efectos de la discriminación indirecta por causa de su discapacidad provocados por su aplicación, pues los medios para la consecución de dicha finalidad no son los adecuados al no tomar en consideración la desventaja que su aplicación produce en las personas con discapacidad”^[11] elemento de discriminación no permitido.

No faltan opiniones que anticipan que la cuestión volverá al TJUE, no sin antes esperar a la posibilidad de que el TS se pronuncia ante la admisión a trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto y en su caso, cuál pueda ser la decisión de la materia por el Tribunal Constitucional^[12].

Y desde luego, no me falta valentía para señalar que de adquirir tal fallo la condición de firmeza se impondría la necesidad de modificar el artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores, dado lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 2000/78. El tenor literal de la modificación legal futura, sería en el inciso final del apartado d): “Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, *ni por discapacidad reconocida legalmente de la persona trabajadora*”.

Referencias:

1. ^ *Aconsejamos las lecturas de los comentarios realizados por ROJO TORRECILLA E.: “Sobre discapacidad, enfermedad y absentismo. el juez nacional, sólo ante el peligro (perdón, ante el caso). a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto c-270/16) en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/sobre-discapacidad-enfermedad-y.html> ; IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ: “discapacidad y despido por faltas de asistencia ex art. 52.d ET: posible discriminación pendiente de concreción (caso TJUE RUIZ CONEJERO) <https://ignasibeltran.com/2018/01/18/discapacidad-y-despido-por-faltas-de-asistencia-ex-art-52-d-et-posible-discriminacion-pendiente-de-concrecion-caso-tjue-ruiz-conejero/>*
2. ^ *La cuestión prejudicial planteada es: “¿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[s] de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que*

alcance[n] 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?”.

3. ^ Fdo Jco segundo SJS Cuenca de 7 de marzo de 2018, núm. 171/2018. 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, doctrina científica citada, además, por el Juez de lo Social de Cuenca.
4. ^ SSTSJ Galicia de 22 de diciembre de 2015, rec. 3689/2015; Cantabria de 18 de enero, sent, núm. 45/2019.
5. ^ Cfr. Nota pie página núm. 1.
6. ^ Por todas STJUE 11 abril de 2013, C335-11 (Asunto Ring)
7. ^ Cfr. la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11,
8. ^ STS 25 de noviembre de 2014, rec. 2344/2013.
9. ^ Como lo hace para los trabajadores cuyas ausencias obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.
10. ^ ITURRI GARATE J.C. “Volverá la obesidad al Tribunal de Luxemburgo”. *Revista Jurisdicción Social*, revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia, marzo de 2018, número 187.
11. ^ Fdo Jco Tercero STJS Castilla-La Mancha comentada.
12. ^ ITURRI GARATE, JUAN CARLOS.” Caso Ruiz Conejero. Tercera parte. *Sentencia confirmatoria del TSJ*”. *Revista Jurisdicción Social*, revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia (en prensa). En el BOE del 27 de julio 2019 hemos conocido la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019 en relación con el art. 52.d) ET por posibles vulneraciones de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE, planteado por el JS núm. 26 de Barcelona.