

Trabajadores «especialmente sensibles» y despido objetivo: ¿discriminación por discapacidad o potestad de la empresa?

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Los criterios de medición del rendimiento y de la productividad suelen estar presentes en las condiciones evaluadas al ejercer un despido objetivo. En el caso de los trabajadores con incapacidad temporal existe una consecuencia directa entre su falta al trabajo y su falta de rendimiento. ¿Puede la incapacidad ser considerada discapacidad para evitar despidos discriminatorios en estos casos?

1. La norma laboral no prohíbe despedir a un trabajador en situación de incapacidad temporal si la razón esgrimida por la empresa es distinta de la de enfermedad o accidente del trabajador y siempre que no se encuentre en situaciones protegidas de forma especial por la norma (maternidad, por ejemplo, ex artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores —LET—). El problema surge cuando los criterios adoptados por el empresario para despedir pueden estar vinculados directa o indirectamente con los efectos que la situación de incapacidad del trabajador provoca en su prestación del servicio (en términos de rendimiento, productividad, absentismo, etcétera).

Ha sido la regulación europea —y más recientemente la jurisprudencia comunitaria— la que progresivamente ha ido ampliando el círculo garante de protección al trabajador en estas situaciones, sin olvidar el equilibrio con los intereses empresariales. De esta forma, el artículo 5 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre (DOCE de 2 de diciembre), relativa al

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, impone al empresario que lleve a cabo los ajustes razonables, esto es, que adopte las «medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario» (art. 5). Una transposición de esta obligación se encuentra, entre otras normas, en el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), destinado a proteger a los trabajadores «especialmente sensibles» a determinados riesgos. En tal caso, el empresario deberá garantizar de manera específica su protección, evitando que éstos sean empleados «en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo».

¿Tiene relación la incapacidad con la discapacidad? En los últimos tiempos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se ha pronunciado sobre esta vinculación y sus efectos en el contrato de trabajo (STJUE de 18 de enero del 2018, as. C 270/16, *Ruiz Conejero*, entre otras). Pero, ahora, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre del 2019, asunto C-397/18, *Nobel Plastiques*, vuelve a reorientar el análisis con algunos matices de sumo interés. En el conflicto, planteado en España, la trabajadora —adscrita a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico de la empresa— padecía una epicondilitis diagnosticada, operada y calificada de enfermedad profesional. La situación de incapacidad temporal se reprodujo durante varios periodos a lo largo de tres años, acompañada, en los últimos tiempos, de un diagnóstico de trastorno de ansiedad. Desde la primera operación, la empresa reconoce a la trabajadora la condición de «especialmente sensible» y, en todas las revisiones médicas que se producían como consecuencia del alta de la trabajadora, se indicaba que era «apta con limitaciones», por lo que la empresa, durante los periodos en los que trabajaba, la destinaba preferentemente a puestos que requerían la manipulación de tubo pequeño, en los cuales no había tanto riesgo para su salud como en los puestos en los que se manipulaba tubo grueso.

Cuando la empresa decide abordar un despido por causas objetivas adopta cuatro criterios, tres de los cuales resultan aparentemente cuestionables (productividad inferior al 95 %, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo). La empresa considera que la trabajadora está dentro de los parámetros indicados para despedir a un trabajador (en especial, presenta una productividad media ponderada del 59,82 %, una polivalencia muy reducida en las tareas fundamentales de su puesto de trabajo y un índice de absentismo del 69,55 %), por lo que la despide junto con otras nueve personas. Lo hace cuando se halla en situación de incapacidad temporal, si bien justificando el despido como objetivo por causas económicas, técnicas, productivas y organizativas. Bien es cierto que, con posterioridad al despido, la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social propone sancionar

a la empresa, entre otras razones, por adscribir a la trabajadora a puestos de trabajo cuyas condiciones eran incompatibles con las particularidades de su estado de salud. Reconoce en su informe la Inspección que la trabajadora había rotado por diversos puestos, pero en todos existían operaciones que suponían la presencia de riesgos ergonómicos, que afectaban al sistema músculo-esquelético, para las extremidades superiores.

2. En una cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente —Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona— se pregunta si el concepto de ‘trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos’ contenido en el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales es equiparable al concepto de ‘discapacidad’ que aborda la Directiva 2000/78, en cuyo caso le resultará de aplicación toda la doctrina hasta ahora dictada por el Tribunal de Justicia Europeo. Se cuestiona, así, si la obligación de llevar a cabo los ajustes razonables que establece el artículo 5 de dicha directiva exige que, a la hora de despedir a un trabajador, no se tomen en consideración criterios para los que su discapacidad sea relevante. En el supuesto analizado, y en opinión del órgano remitente, si se trata de valorar la productividad —inferior al 95 % durante un año—, parece que la dolencia física de la trabajadora tuvo innegablemente una relación directa con el nivel de productividad media ponderada del 59,82 % de la trabajadora; por lo que se refiere a la polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa, resulta acreditada la calificación de «apta con limitaciones» de la trabajadora, por lo que no podía efectuar todas las tareas que requerían los diferentes puestos, y de ahí que su evaluación fuera desfavorable según este criterio; y, finalmente, el índice de absentismo deriva de los periodos de baja por enfermedad de la trabajadora durante el año en cuestión, entre los cuales se encuentran todos los que tuvieron origen en su dolencia física.

Como expone el tribunal en su sentencia, desde la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la Decisión 2010/48, el Tribunal de Justicia viene considerando que el concepto de ‘discapacidad’, en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (STJUE de 11 de abril del 2013, ass. C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark*). En este sentido, la sentencia analizada señala que el «concepto de ‘discapacidad’ debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no como la imposibilidad de ejercer tal actividad. El estado de salud de una persona con discapacidad que pueda trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de ‘discapacidad’» (apdo. 43). El carácter «duradero» de dicha limitación debe examinarse con indicios tales como que la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona (STJUE de 1 de diciembre del 2016, as. C-395/15, *Daouidi*). Por lo demás, la constatación de que el interesado tiene una

«discapacidad» precederá necesariamente a las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78 (STJUE de 18 de diciembre del 2014, as. C 354/13, FOA).

Pues bien, en relación con el supuesto sobre el que se pronuncia el tribunal, «el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, no significa, de por sí, que esa persona tenga una “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78» (apdo. 49). Por eso deberá ser el órgano jurisdiccional remitente el que deba comprobar si el estado de salud del trabajador considerado especialmente sensible conforme a la legislación nacional implica, en el sentido del concepto de ‘discapacidad’ protegido por la Directiva 2000/78, una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo.

3. La cuestión prejudicial aborda, además, la posible discriminación para el empleo de la trabajadora con la pretensión de que el Tribunal de Justicia examine el artículo 2.2b de la Directiva 2000/78 en este caso. Señálese que dicho precepto declara la existencia de discriminación indirecta cuando «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda[n] ocasionar una desventaja particular», entre otras, en personas con una discapacidad, salvo que pueda justificarse objetivamente o que, en caso de personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que le resulte aplicable la norma adopte las medidas adecuadas a las que se refiere el ya citado artículo 5 de la directiva a fin de eliminar las desventajas que supone esa disposición.

Teniendo en cuenta que el artículo 2.2a de la Directiva 2000/78 establece que existirá esta forma de discriminación cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, el tribunal parte de una primera premisa, y es que los criterios utilizados por la empresa para despedir a la trabajadora se aplicaron por igual a personas con discapacidad y a personas sin discapacidad en la empresa. En consecuencia, no existe una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad, dado que no se trata de criterios indisolublemente ligados a la discapacidad (STJUE de 19 de septiembre del 2018, as. C 312/17, *Bedi*).

En cuanto a la discriminación indirecta, en principio los tres criterios indicados (productividad, polivalencia y absentismo) resultan aparentemente neutros. Sin embargo, los tres pueden ser considerados desfavorables para la trabajadora; en el caso del absentismo, porque, *a priori*, un trabajador con discapacidad se halla más expuesto al riesgo de tener un elevado índice de absentismo que un trabajador sin discapacidad, dado que incurre en el riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad; del mismo modo, un trabajador con discapacidad tiene en principio, como consecuencia de la limitación de su capacidad, menos posibilidades de obtener buenos resultados que un trabajador sin discapacidad, lo que repercutirá tanto en su productividad como en su adaptación polivalente a los distintos puestos. Mas, como recuerda la sentencia, un trato desfavorable que resulte indirectamente de una discapacidad únicamente es contrario a la protección que

pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2.1 de ésta (STJUE de 11 de julio del 2006, as. C 13/05, *Chacón Navas*).

Si se tiene en cuenta el planteamiento confesado por la Directiva 2000/78 (cdos. 20 y 21, respectivamente), el empresario deberá adoptar medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre, sin que tales medidas impongan al empresario una carga desproporcionada, teniendo en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen total de negocios de la empresa, así como la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Y eso es lo que hizo el empresario en el supuesto en cuestión, por lo que corresponde al órgano judicial remitente verificar si estas adaptaciones fueron suficientes para ser consideradas «ajustes razonables» en los términos descritos. De no ser así, si no se adoptaron las medidas adecuadas, procedería calificar el despido de la trabajadora de discriminatorio, pues prevalece la advertencia —según el tribunal— de lo indicado por la Directiva 2000/78 (cdo. 17), en virtud de la cual el empresario no está obligado «a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad».

4. Se trata de una nueva decisión del Tribunal de Justicia que mide las consecuencias en la relación laboral del binomio discapacidad/incapacidad, no siempre bien entendido ni convenientemente tratado. En este caso, el despido objetivo de la trabajadora por la deriva que tiene su enfermedad en la medición de su rendimiento resultará no discriminatorio únicamente cuando el empresario demuestre que ha adaptado la prestación laboral a la condición de «especialmente sensible» de la trabajadora.