

TÍTULO: Análisis de la Jurisprudencia Social en materia discapacidad

Autora: Sara Blanco Menéndez

Tutor: Juan Carlos Iturri Garate

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN	2
II.- OBJETO DE ESTUDIO	2
III.- MARCO NORMATIVO	3
IV.- PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES.....	4
a) De la sucesión de contratas y del convenio colectivo aplicable	4
b) Temporalidad del contrato de fomento del empleo para personas con discapacidad	10
c) De los límites entre la discapacidad y la enfermedad.....	11
d) Los ajustes razonables	12
e) Sentencia del Tribunal Constitucional nº 51/2021	17
f) De la extinción del contrato por causas justificadas	20
g) De los criterios para determinar los afectados por despido por causas económicas, técnicas organizativas o de producción	23
h) Declaración ultra vires del artículo 4.2 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad	25
i) Prevención de riesgos laborales	27
j) Seguridad Social	28
V.- CONCLUSIONES	29

I.- INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo he intentado conocer cuál era la realidad de la discapacidad en el ámbito de la jurisdicción social tanto desde el punto de vista de la reclamaciones efectuadas como de las soluciones otorgadas por los tribunales.

Mi interés en esta perspectiva surge porque mi actividad profesional como abogada se enmarca en dicha jurisdicción y sin embargo, mi experiencia y contacto con reclamaciones en las que se hicieran valer los derechos de las personas con discapacidad en el seno de la relación laboral era escasa.

Por ello, he querido adentrarme en esta materia para subsanar, de alguna manera, mi desconocimiento y quizá, en algún momento, poder defender estos derechos con mayor rigor.

II.- OBJETO DE ESTUDIO

El presente trabajo tiene por objeto el acercamiento a la Jurisprudencia del orden social en materia de discapacidad, y, más en particular, en todas aquellas cuestiones que se refieren al empleo.

Se trata con ello de conocer en qué medida está siendo ejercitado el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, así como, en su caso, aquellas cuestiones que suscitan mayor litigiosidad.

Es decir, se pretende comprobar cuáles son las reclamaciones más habituales formuladas ante los tribunales de justicia en materia de empleo o, al contrario, cuáles son aquellas otras que resultan pacíficas bien por estar plenamente asumidas en las relaciones laborales bien por inacción de las personas afectadas.

De manera paralela, en función de los resultados obtenidos de la búsqueda jurisprudencial se estudiarán cuáles son los criterios aplicados por los tribunales para la resolución de las controversias que les son planteadas y en qué medida la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad condiciona los fallos judiciales.

La metodología utilizada ha consistido en la realización de diversas búsquedas a través de las bases de datos jurídicas, en concreto, a través de aranzadi, en las que el nexo común de todos los pronunciamientos analizados ha sido el término “discapacidad” y su pertenencia a la jurisdicción social.

He considerado que debía realizar este estudio mediante el examen directo de las resoluciones judiciales para lo cual he revisado y estudiado múltiples sentencias.

Toda vez que la intención es comprobar cómo la Convención ha influido en los pronunciamientos judiciales, se ha limitado el análisis a los pronunciamientos dictados a partir del año 2008.

Principalmente, han sido centrado el estudio en las resoluciones del Tribunal Supremo si bien también han sido analizadas diversas sentencias de otros órganos jurisdiccionales, en concreto, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Social.

Los resultados obtenidos se han sistematizado en función de la materia analizada, sobre la cual han sido introducidos varios comentarios sobre los criterios utilizados por los órganos judiciales a la luz de lo recogido en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

III.- MARCO NORMATIVO

Como punto de partida, hemos de hacer referencia a la regulación contenida en la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, la cual se refiere al trabajo y empleo en su artículo 27 en el que se recoge “*el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás*”.

Los Estados partes que ratificaron la Convención se comprometieron a desarrollar la legislación precisa para evitar cualquier tipo de discriminación por motivos de discapacidad en materia de empleo, así como a la adopción de las medidas necesarias que garanticen el derecho de las personas con discapacidad “*a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido y aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad*”. Entre las distintas obligaciones que se imponen a los Estados hemos de destacar, por lo motivos que más adelante se expondrán, lo previsto en el apartado b) del artículo antes mencionado en el que se impone

el deber de “*proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor.*”

Por lo que se refiere a la normativa interna española hemos de remitirnos a la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, cuyo Capítulo VI está dedicado específicamente al Derecho al trabajo. No obstante, las referencias al empleo se encuentran en otros apartados de la norma, destacando su mención en el artículo 1 de la Ley en el que se fija como objetivo básico de la misma garantizar el acceso al empleo de las personas con discapacidad.

Tomando como referencia estos preceptos, han sido analizados los pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional así como de los Tribunales Superiores de Justicia y algún juzgado de lo Social. El marco temporal que ha sido teniendo en cuenta se remonta al año 2008, fecha en la que entró en vigor en España la Convención de derechos de las personas con discapacidad.

IV.- PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

Entre los diversos pronunciamientos judiciales que han sido analizados, se han destacado aquellos que se consideran más relevantes, los cuales se han sistematizado en función de la similitud de la materia analizada.

a) De la sucesión de contratistas y del convenio colectivo aplicable

La obligación de subrogación empresarial en caso de sucesión de contratistas suele venir impuesta en las cláusulas de determinados convenios colectivos de sector como garantía de mantenimiento del empleo, especialmente en aquellas actividades que por su propia naturaleza son más proclives a la externalización y, por tanto, a la inestabilidad laboral del personal que en ellas presta servicios. En concreto, se trata de sectores como el de la limpieza, seguridad, mantenimiento, etc., en los que resulta frecuente que surjan litigios cuando la nueva adjudicataria de la contrata no se subroga en todas o alguna de las relaciones laborales que venían prestando el servicios para la empresa saliente.

De este modo, una de las materias que han sido analizadas por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones se refiere a la obligación de subrogación del personal cuando en la sucesión de contratistas interviene un centro especial de empleo, ya sea como empresa saliente o como nueva adjudicataria.

Así, la Sentencia de 21 de octubre de 2010, recurso núm. 806/2010, confirmó la Sentencia del TSJ de Cataluña que obligó a un centro especial de empleo, nueva entidad adjudicataria de la contrata, a subrogar a las dos trabajadoras que venían realizando el servicio de limpieza para la anterior empresa contratista aun cuando aquél no venía aplicando el convenio colectivo de limpieza en el que se establecía la obligación de subrogación, sino un convenio colectivo en el que no se preveía tal obligación. A pesar de ello, el tribunal impone al centro especial de empleo la obligación de subrogarse en la relación laboral de dos trabajadoras sin discapacidad bajo el argumento de que el centro especial de empleo debía actuar en el mercado en igualdad de condiciones que el resto de empresas, y por lo tanto, debía asumir la normativa que rigiera en aquellos sectores de actividad en los que operara.

Dicha resolución resulta sorprendente ya que la aplicación de una norma convencional no puede extralimitarse de su propio ámbito funcional, personal o geográfico, lo que implica que únicamente podría imponer la subrogación a aquellas entidades que se encuentren vinculadas por la misma pero no a aquellas otras que se rigen por convenios colectivos estatutarios diferentes.

En la Sentencia dictada el 10 de octubre de 2012, recuso núm. 4016/2011, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resolvió el supuesto contrario, esto es, un caso en el que la empresa saliente tenía condición de centro especial de empleo y la nueva adjudicataria del servicio de limpieza era una empresa ordinaria. Asumiendo la aplicación del convenio colectivo sectorial de limpieza, e invocando el previo pronunciamiento de 21 de octubre de 2010, se declaró la obligación de subrogación. No obstante, hemos de señalar que dicho fallo cuenta con un voto particular suscrito por dos Magistrados quienes rechazaron la aplicación del mecanismo de la subrogación al considerar que éste implicaba una modificación de la naturaleza del contrato de trabajo que excedía de la puramente subjetiva que le es propia al mecanismo de la subrogación ya que la relación laboral especial que se vincula al centro especial de empleo se convertiría en una relación ordinaria tras el cambio en la posición del empleador.

En la Sentencia de 22 de abril de 2013, recurso núm. 748/2012, el Tribunal Supremo confirma la obligación de la empresa entrante de asumir a un trabajador con discapacidad de un centro especial de empleo alegando para ello un argumento adicional, esto es, la prohibición de discriminación así como el texto de la exposición de motivos del Real Decreto 1451/1983, en que se fijaba como finalidad de la propia norma la integración en el empleo ordinario de las personas con discapacidad. Ha de destacarse que en esta resolución el tribunal también tiene en cuenta a la hora de determinar el sentido del fallo el hecho de que la prestación de servicios se desarrollaba fuera del centro especial de empleo, en concreto en las instalaciones de la empresa principal la cual tiene condición de empresa ordinaria, cuestión que hasta entonces había sido obviada.

Las distintas Sentencias dictadas a partir de entonces han mantenido el criterio expuesto si bien he de resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2013, recurso 304/2012, en la que se hizo más explícita la sujeción a la cláusula subrogatoria del convenio colectivo sectorial de limpieza de un centro especial de empleo que se regía por otra norma convencional.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que actualmente el convenio colectivo por el que se rigen los centros especiales de empleo, esto es el Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad actualmente en vigor (BOE 4/7/2019), prevé en su artículo 27 la obligación de subrogación en supuestos de sucesión de contratadas *“aun cuando ello implicara la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral de carácter especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía”*, por lo que podemos entender que la controversia señalada ha de considerarse superada al ser la norma colectiva que le es propia la que le impone tal obligación.

Se han enmarcado bajo un mismo epígrafe las Sentencias dictadas en materia sucesión de contratadas y subrogación de personal con aquellas otras en las que se analizaba el convenio colectivo de aplicación a los centros especiales de empleo al entender que unas y otras se encuentran vinculadas en razón de los argumentos que ha utilizado el tribunal.

Esta relación entre ambas materias se pone de manifiesto en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 2015, recurso núm. 135/2014, en la que se resolvió un conflicto colectivo en el que se solicitaba la aplicación a un centro especial de empleo de las tablas salariales previstas en el convenio colectivo del sector de limpieza. En dicho pronunciamiento el tribunal rechaza que pueda entenderse aplicable el convenio sectorial, apartándose del criterio sostenido respecto de la sucesión de contratadas, al existir una norma convencional específica aplicable y justifica tal conclusión en la especialidad de dicha norma y en el carácter especialmente tuitivo de sus previsiones respecto de las personas trabajadoras con discapacidad.

Es decir, en este caso, a diferencia de lo resuelto respecto de la sucesión de contratadas prima la especialidad de la norma colectiva no por su propia naturaleza paccionada y ámbito de aplicación sino fundamentalmente por los derechos que la misma contempla los cuales están configurados para adaptarse a las peculiaridades que podrían plantearse en una relación laboral con una persona con discapacidad. Se aplica el principio de especialidad no respecto de una norma con rango legal sino de un convenio colectivo, el cual no viene sino a reproducir, y en cierta medida desarrollar, las previsiones que ya se contienen en el Real Decreto 1368/1985 por el que se regula la relación laboral especial de los centros especiales de empleo con las personas con discapacidad.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017, recurso núm. 2012/2015 se revoca una Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha que había declarado discriminatoria la inferior retribución abonada al trabajador en aplicación de las tablas salariales del Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad y que, en consecuencia, había condenado a la entidad empleadora a abonar las diferencias resultantes de su comparación con las tablas salariales del Convenio Colectivo del sector de limpieza. En su argumentación, el tribunal se refiere a previos pronunciamientos sobre dicha cuestión y argumenta la inexistencia de discriminación al considerar que no existe homogeneidad entre los supuestos comparados, un trabajador de un centro especial de empleo y un trabajador de una empresa ordinaria. Se considera en la sentencia que la existencia de una relación laboral especial justifica esa diferencia retributiva, por lo que existiendo un dato objetivo que justifica la desigualdad se rechaza la existencia de discriminación. En idéntico sentido se pronunció la Sala en la reciente Sentencia de 6 de febrero de 2020, recurso núm. 646/2017.

En relación con estos pronunciamientos y con pleno respeto a las consideraciones que en los mismos se realizan, cabe preguntarse si este criterio de la falta de homogeneidad entre los supuestos comparados puede aplicarse de manera genérica y haciendo total abstracción de la actividad concreta desempeñada por cada uno de los demandantes. Es decir, se cuestiona el hecho de que en las resoluciones dictadas no se haya entrado a analizar la naturaleza de las tareas realizadas ni a realizar comparación alguna sobre el desempeño de los actores en relación con la productividad de una persona sin discapacidad en el mismo puesto de trabajo, lo que efectivamente hubiera permitido determinar si existía o no homogeneidad entre los mismos.

Igualmente, sorprende que en estos pronunciamientos no se contenga mención alguna a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cuyo artículo 27, apartado b), como antes ha sido anticipado, se establece el derecho de las personas con discapacidad a acceder al empleo en igualdad de condiciones, lo que implica el respeto a *“la igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor”*.

En lugar de ello, el tribunal simplifica la respuesta por la mera existencia de una relación laboral especial. Es evidente que la naturaleza especial de la relación laboral es un dato objetivo que ha de ser tenido en cuenta pero dicha particularidad se estableció para dotar de mayor flexibilidad a la relación laboral de las personas con discapacidad y, fundamentalmente, con la intención de lograr su inserción, recogiendo la exposición de motivos del Real Decreto 1368/1985, que regula la relación laboral especial de las personas con discapacidad que prestan servicios en un centro especial de empleo, que esta norma *“se ha elaborado con el criterio básico de recoger un esquema de derechos y deberes laborales, lo más aproximado posible al de las relaciones laborales comunes junto a las cuales se ha establecido una serie de peculiaridades derivadas de las específicas condiciones de los minusválidos, de*

forma que se cumpla el objetivo de integración laboral de los trabajadores minusválidos, propio de estos Centros Especiales”.

Podemos entender de ello que las condiciones especiales de empleo estarían justificadas en la medida que responden a cubrir una necesidad específica de este colectivo careciendo de sentido en caso contrario.

Esta interpretación de la norma se vería apoyada por lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1368/1985, el cual regula el salario de esta relación laboral especial remitiéndose con carácter general a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, salvo determinadas especialidades que específicamente se mencionan y entre las que destaca la prevista en su apartado c):

“Cuando las circunstancias personales del minusválido lo requieran podrá celebrarse el contrato a bajo rendimiento, entendiéndose como tal aquel en que el trabajador minusválido, aun prestando sus servicios durante una jornada de trabajo normal, lo hace con un rendimiento inferior al normal en un 25 por 100, siempre que tal circunstancia la haya constatado el equipo multiprofesional correspondiente. La disminución del salario no podrá exceder del porcentaje citado.”

Del texto transcrito parece desprenderse que la reducción salarial constituye una excepción a la regla general y como tal solamente cabrá ante una previa constatación de que existe un inferior rendimiento, lo que a sensu contrario nos lleva a invocar el concepto de *“trabajo de igual valor”* como criterio determinante de la valoración de la existencia de una discriminación retributiva por razón de la discapacidad.

Es decir, al igual que para determinar la existencia de una discriminación salarial por motivo de sexo se realiza una comparativa entre la naturaleza del trabajo realizado, quizá el tribunal se podría haber servido de dicho parámetro al resolver el asunto.

En lugar de ello, los pronunciamientos del Tribunal Supremo rechazan que exista una práctica discriminatoria al justificar la diferencia en la propia especialidad de la relación laboral, lo que, con todo el respeto, no deja de ser un reconocimiento expreso de que la retribución difiere únicamente por motivo de discapacidad, lo que afirmado con carácter general y en abstracto podría suponer una contravención de los derechos recogidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la que como se ha expuesto, se prohíbe expresamente la discriminación retributiva haciendo mención al concepto de *“trabajo de igual valor”*.

A mayores de lo expuesto, y enlazando con la inclusión bajo un mismo epígrafe de la Jurisprudencia dictada en materia de sucesión de contratistas y convenio colectivo aplicable, podríamos invocar algunos de los argumentos que el tribunal ha utilizado en otros pronunciamientos, los cuales han sido mencionados con anterioridad. Me refiero en concreto al hecho de que la prestación de servicios no se desarrollaba en el centro especial de empleo, sino en las instalaciones de un tercero, dato que entiendo relevante pues sitúa la relación laboral en un marco más amplio. Igualmente, hemos de considerar que el tribunal fundamentó la obligación de subrogación en caso de sucesión de contratistas en la consideración de que los centros especiales de empleo debían operar en el mercado en igualdad de condiciones que el resto de empresas, lo que aplicado a este supuesto nos llevaría a afirmar que deberían asumir los mismos costes salariales.

No considero estos últimos argumentos fundamentales para resolver la existencia o no de discriminación retributiva pero he de mencionarlos porque han sido determinantes para el tribunal en asuntos similares y sin embargo no se han tenido en cuenta en esta ocasión.

b) Temporalidad del contrato de fomento del empleo para personas con discapacidad

En la Sentencia de 14 de mayo de 2020, recurso núm. 1606/2018, el Tribunal Supremo, resolvió un recurso de casación en unificación de doctrina en el que se cuestionaba la legalidad de la extinción de un contrato temporal celebrado al amparo de la Disposición Adicional Primera de la Ley 43/2006, en la que se regula el contrato temporal para fomento del empleo de las personas con discapacidad.

En su fundamentación se señala que dicha modalidad contractual queda al margen de lo previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, sin sujeción a la causalidad que con carácter general se establece para los contratos temporales.

Esta exclusión se encuentra amparada en lo previsto en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores y se justifica como medida de fomento del empleo para paliar las especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo que afectan a las personas con discapacidad.

En consecuencia, la extinción contractual se producirá válidamente una vez expire el plazo pactado en el contrato de trabajo y sin que haya de mediar causa alguna que la justifique.

c) De los límites entre la discapacidad y la enfermedad

En la búsqueda de resoluciones judiciales que hicieran referencia a la “discapacidad” he obtenido un gran número de Sentencias en las que se estudiaba la posibilidad de asimilar la situación de enfermedad a la discapacidad a los efectos de determinar si una conducta empresarial tenía carácter discriminatorio.

Dichos pronunciamientos parten del concepto de discapacidad establecido por la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad pero no se refieren a personas con discapacidad previamente reconocida sino a otras que habiendo sido, en la mayor parte de los casos, objeto de despido durante su situación de enfermedad intentan ampararse en la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad para solicitar la nulidad de la extinción de su contrato de trabajo.

Se trata de una cuestión profusamente tratada por los tribunales de todos los grados, la cual ha venido evolucionando a la luz de la Jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Toda vez que esta Jurisprudencia se refiere al concepto de discapacidad he creído conveniente introducirla en el presente estudio si bien ha de subrayarse que quienes iniciaron dichos procedimientos no eran personas que tuvieran reconocida formalmente tal situación con anterioridad a la interposición de sus demandas.

En una primera etapa, por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2008, recurso núm. 3591/2006, se negó categóricamente que la enfermedad pudiera constituir un factor de discriminación al no estar incluida en el marco general establecido por 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, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

Dicha postura es matizada con posterioridad, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016, recurso núm. 3348/2014, en la que se acoge el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del cual la enfermedad se podrá equiparar a la discapacidad si aquélla conlleva *“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 e igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”*. Es decir, no toda enfermedad puede equipararse a la discapacidad

pero sí podrá incluirse en su concepto cuando en atención a su larga duración provoque una limitación en la participación en igualdad de condiciones en la vida profesional que se derive de las dolencias sufridas. En el caso concreto analizado por esta sentencia se desestimó la pretensión de la trabajadora al haber sido despedida cuando llevaba diez días en situación de incapacidad temporal al entender el tribunal que dicho período no puede considerarse de larga duración.

A partir de entonces, se mantendrá el criterio del Alto tribunal europeo, tal y como se refleja en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, recurso núm. 2766/2016, y en las más recientes de 22 de mayo y 15 de septiembre de 2020, recursos núm. 2684/2017 y 3387/2017, respectivamente.

En el resumen de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia, hemos de significar la evolución producida desde la Sentencia de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas, pasando por la Sentencia de 13 de abril de 2013, asunto Ring, y la Sentencia de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi, reconociéndose actualmente que el carácter duradero de la limitación habrá de analizarse en relación al momento en que se produce el hecho presuntamente discriminatorio, pudiendo considerarse de tal naturaleza si la enfermedad no presenta una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

Igualmente, hemos de destacar que la utilización de este argumento jurisprudencial se ha generalizado en todos aquellos supuestos en los que existe una connotación de patología o enfermedad siendo muy numerosas las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en esta materia. Tal y como ha sido expuesto la casuística es muy abundante pues dependerá de las circunstancias del caso concreto que la situación de enfermedad pueda encajar en el concepto de discapacidad previsto en la Convención, valoración que dependerá en última instancia de los tribunales.

d) Los ajustes razonables

Con la finalidad de comprobar la interpretación que los tribunales del orden social están realizando del concepto de “ajuste razonable” y, en particular, de su aplicación dentro de la relación laboral, he realizado la búsqueda en la base de datos jurisprudencial introduciendo como criterio de búsqueda en el resumen la expresión “ajustes razonables” sin más límite que el de la pertenencia a la jurisdicción social.

De los 36 resultado obtenidos, todos ellos recientes en el tiempo, finalmente únicamente tenían relación con la materia estudiada 26 resoluciones judiciales las cuales se corresponden a pronunciamientos de los juzgados de lo social, Tribunales Superiores de Justicia y, en un caso, del Tribunal Constitucional.

Llama en primer lugar la atención el hecho de que de las 26 resoluciones judiciales indicadas, 22 han sido dictadas a partir de la interposición de una demanda de despido, es decir, la reclamación surge en la mayoría de los casos cuando se produce la extinción del contrato de trabajo siendo muy residual la reclamación de ajustes razonables durante la vigencia del contrato de trabajo.

Igualmente, he de resaltar el hecho de que de esas 22 sentencias que resuelven la conformidad a Derecho de la extinción contractual, solo cuatro se corresponden con demandantes que tenían reconocida formalmente la condición de persona con discapacidad. El resto de procedimientos fueron instados por personas que, ante una situación de baja médica más o menos prolongada, invocaron la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea a la que se ha hecho referencia para reivindicar la equiparación de su enfermedad al concepto de discapacidad y con ello solicitar la declaración de nulidad de su despido por discriminación.

Es importante resaltar el hecho de que se trata de pronunciamientos muy recientes, correspondiendo 1 al año 2017; 6 al año 2018; 6 al año 2019; 9 al año 2020; 4 al año 2021.

En cuanto a la aplicación material del derecho se refiere, se ha comprobado que todos y cada uno de los pronunciamientos en los que la extinción se justificaba en la ineptitud sobrevenida del trabajador, esto es, como en una causa objetiva prevista en el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores, la fundamentación jurídica utilizada por los tribunales se basa en el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del cual la nulidad del despido dependerá de la previa consideración como persona con discapacidad de la persona trabajadora y de la realización de ajustes razonables por parte del empleador.

Es decir, se declarará que la extinción es conforme a Derecho siempre y cuando el empleador acredite la previa realización de ajustes razonables o, en su caso, la imposibilidad de su adopción o su carácter excesivamente gravoso.

Tal y como recoge la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de mayo de 2021, recurso núm. 559/2021:

“lo que tenía que haber hecho la empresa era, como le obliga el art. 5 de la Directiva 2000/78, realizar los correspondientes ajustes razonables en el puesto de trabajo de la demandante para que la misma pudiera continuar con su prestación de servicios, y solo cuando tales ajustes fueran imposibles o muy gravosos podría haberse acudido al despido objetivo”.

Es importante tener en cuenta que una vez son aportados al procedimiento indicios de la existencia de discriminación, entre los cuales frecuentemente se hace referencia a la acreditación de la condición de persona con discapacidad, se revertirá la carga de la prueba, debiendo ser el empleador quien acredite que se llevaron a cabo ajustes razonables que desvirtúen la existencia de discriminación.

La falta de determinación del concepto de “ajuste razonable” determina que su valoración recaiga en el juzgador, siendo una materia puramente casuística que dificulta su generalización.

No obstante, podemos aproximarnos al criterio de los tribunales a partir de lo resuelto en los siguientes procedimientos:

- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de mayo de 2021, recurso núm. 559/2021, en la que se determinó que la empresa no había acreditado la imposibilidad o el carácter en exceso gravoso de los ajustes que serían necesarios para el desempeño de la actividad laboral, considerando como indicio de discriminación el breve lapso temporal transcurrido entre la fecha en la que la trabajadora fue declarada apta con restricciones por el servicio de prevención y la comunicación de su despido.
- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de mayo de 2020, recurso núm. 6272/2019, que declaró que la empresa *“tan solo aparentemente intentó una adaptación de la actora a funciones que pudiera afrontar sin que acreditara que no pudiera ser reubicada en otro departamento o que ello le supusiera una carga excesiva”.*
- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de marzo de 2018, recurso núm. 359/2018, confirmó la nulidad del despido declarada en la instancia al haber acudido la empresa directamente al despido objetivo tras la declaración de su no aptitud por el servicio de prevención sin haber intentado la adaptación del puesto de trabajo.

- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla de 27 de febrero de 2019, recurso núm. 344/2018, en la que se declara la nulidad del despido toda vez que la empresa pudo haber destinado al trabajador provisionalmente a otro puesto de trabajo compatible con su dolencia dado que no se habían agotado las posibilidades de tratamiento.
- La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara declaró la nulidad del despido llevado a cabo por un centro especial de empleo al no haber acreditado que éste había “*activado las garantías antidiscriminatorias de nuestro ordenamiento jurídico, ni haber llevado a cabo algún ajuste de las condiciones de la trabajadora en cuestión*”, pronunciamiento que resulta llamativo dada la naturaleza de la entidad empleadora.

En sentido contrario, considerando adecuada la actuación empresarial:

- Sentencia de la Sala de lo Social de la Comunidad Valenciana de 24 de abril de 2020, recurso núm. 3103/2019, validó la conducta empresarial al considerar que no había puesto de trabajo alguno en la empresa compatible con la capacidad residual de la trabajadora, habiendo tenido en consideración que durante los años previos a la extinción y ante la declaración de la aptitud con restricciones de la actora, la empleadora la había reubicado en otros puestos de trabajo.
- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 18 de junio de 2019, recurso núm. 992/2019, consideró conforme a Derecho la extinción contractual amparada en la ineptitud sobrevenida de la actora al haber acreditado la empresa que todos los puestos de producción existentes implicaban requerimientos incompatibles con sus limitaciones funcionales.
- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de noviembre de 2018, recurso núm. 2799/2018, rechazó la nulidad de la extinción afirmando que “*la actitud previa de la empresa con respecto a esta trabajadora elimina las sospechas de trato discriminatorio por razón de su enfermedad porque a pesar de no tener una declaración de no apta, o de apta con reservas del servicio de prevención o de los servicios médicos de empresa la demandada adoptó la prestación de sus servicios a sus particularidades médicas y atendiendo a razones de justicia social*”.

Se observa, en consecuencia, que la carga de la prueba recae en la empresa, a quien se atribuye el deber de acreditar la adopción de medidas de ajuste con

anterioridad al despido. De este modo, es frecuente que los tribunales tengan en consideración el comportamiento de la entidad empleadora no solo inmediatamente anterior a la extinción laboral sino el que se remonta a un período anterior más amplio.

Igualmente, en materia de ajustes razonables, y aun cuando dicha resolución no figura entre los 36 resultados obtenidos de la búsqueda, hemos de citar la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 22 de febrero de 2018, recurso núm. 160/2016, dada la relevancia de dicho órgano judicial. Esta resolución da respuesta al recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por una trabajadora frente a la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que rechazó la nulidad de su despido por discriminación por discapacidad declarando la improcedencia de su despido por ineptitud sobrevenida. Ratifica el Tribunal Supremo el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia al considerar que los padecimientos psiquiátricos de la trabajadora únicamente le limitaban para el desarrollo de aspectos muy particulares de su prestación de servicios así como el hecho fundamental de que la empresa con carácter previo había adaptado las condiciones en que debía prestar servicios, habiéndole eximido del desempeño de funciones de cajera y asignándole otras tareas así como ubicándola en distintas localizaciones. Se consagra de este modo por el Tribunal la exigencia de la realización de ajustes razonables como baremo que determinará la conformidad a Derecho de la extinción de un contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida en el caso de personas con discapacidad.

Igualmente, hemos de citar un pronunciamiento muy reciente del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión, el cual ha dado lugar a la Sentencia de 15 de julio de 2021, asunto C-795/19, en la que se analiza la conformidad a la Directiva 2000/78 de la normativa nacional de Estonia en la que se excluía del desempeño de las tareas de funcionarios de prisiones a aquellas personas que no superasen determinados reconocimientos médicos. En concreto, el conflicto surge a raíz de la demanda interpuesta por un funcionario de prisiones quien a pesar de llevar varios años ejerciendo dicha profesión no supera determinados niveles de percepción acústica en el reconocimiento médico que le fue practicado, lo que determinó que su empleadora procediera a su despido. Es interesante esta resolución ya que el tribunal reconoce que los Estados miembros *“podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el citado artículo 1 no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o del contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”*. En este caso concreto, se concluyó que si bien el objetivo de la legislación nacional era legítimo dadas la naturaleza de las funciones desempeñadas el requisito resultaba desproporcionado ya que la medición de la capacidad auditiva se realizaba sin la utilización de prótesis auditivas lo cual podría paliar el déficit de audición. En consecuencia, se concluyó que la exigencia prevista en la norma nacional respecto del requisito

de audición resultaba discriminatoria al no haber permitido que el empleador realizase ajustes razonables mediante la utilización de prótesis auditivas o de la asignación a tareas que no requiriesen esa capacidad de audición.

Además de las anteriores, he de destacar las siguientes resoluciones en las que se analiza el concepto de “ajuste razonable” aunque el despido se justificaba en causas distintas a la ineptitud sobrevenida de la persona trabajadora:

- Sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de 22 de septiembre de 2020, recurso núm. 933/2020, por la que se declaró la nulidad del despido llevado a cabo por la empresa como finalización del contrato temporal de obra que posteriormente fue reconocido como improcedente en el acto de juicio al considerar el tribunal que la baja médica de la demandante era de larga duración a la fecha de su despido resultando incierta su recuperación y que no había existido causa alguna de extinción. Es decir, el tribunal parte de la previa equiparación de la enfermedad de la trabajadora con la discapacidad y al no existir causa de despido, se declara su nulidad por no haber acreditado la empresa la falta de relación entre la enfermedad y la extinción del contrato.
- Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Teruel de 5 de febrero de 2018, autos 271/2017, en la que rechazando la existencia de las causas económicas en las que se justificaba el despido se declaró su nulidad dada la larga duración de la incapacidad temporal de la trabajadora, condenando a la empresa a su readmisión y, a su vez, a realizar los ajustes razonables en su puesto de trabajo una vez causara el alta médica.
- Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón de 28 de enero de 2021, autos 521/2020, por la que se calificó como despido nulo el desistimiento de la relación laboral comunicado por la empresa por no superación del período de prueba de una trabajadora con discapacidad cuyo rendimiento había sido valorado bajo los mismos parámetros que se utilizaban para los trabajadores sin discapacidad y, por tanto, sin haber tenido en cuenta si su discapacidad le implicaba una dificultad para desarrollar el trabajo en condiciones de igualdad o le hacía estar más expuesta a la no superación del período de prueba. La falta, por tanto, de ajustes necesarios, determinó la nulidad de la extinción.

e) Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 51/2021 de 15 de marzo

La relevancia de esta resolución justifica su comentario de manera independiente aun cuando por la materia que trata pudiera ser incluida en el apartado precedente referido a los ajustes razonables.

Esta resolución responde al recurso de amparo interpuesto por un trabajador, en concreto, por un funcionario de la Administración de Justicia, al que le había sido impuesta una sanción disciplinaria por la comisión de una falta muy grave. Es importante resaltar el hecho de que la empleadora tenía la condición de Administración Pública toda vez que se cuestionaba la aplicabilidad del artículo 77.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

Dicho precepto regula los criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes en los siguientes términos:

“1. En aquellos procesos jurisdiccionales en que de la alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismo públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no es de aplicación a los procesos penales ni a los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras”.

Igualmente, como antecedente ha de tenerse en cuenta que con carácter previo a la apertura del expediente disciplinario, y ante la consideración de que los incumplimientos del trabajador pudieran deberse a su falta de capacidad para acometer la función que tenía asignada, la Administración empleadora instó la iniciación de un procedimiento de incapacidad permanente que finalmente fue denegado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al considerar el Equipo de Valoración de Incapacidades que el trabajador no estaba totalmente imposibilitado para el desarrollo de las funciones propias de su puesto de trabajo.

Resulta asimismo relevante el hecho de que la primera comunicación que el trabajador realiza a su empleadora de la patología que sufre, síndrome de Asperger, se produce con posterioridad al inicio del expediente disciplinario, en concreto, en su contestación al pliego de cargos, en el que alegó sufrir una discapacidad que dificultaba el desempeño de su trabajo y solicitó los ajustes razonables que compensaran dichos impedimentos.

A pesar de sus manifestaciones, y de que con posterioridad aportase la certificación de que le había sido reconocida una discapacidad del 10%, la Administración empleadora consideró que si el Equipo de Valoración de Incapacidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social había determinado

que estaba posibilitado para el desempeño de las funciones de su puesto de trabajo, debía ser responsable de las faltas que le eran imputadas, por lo que se le impuso una sanción muy grave sin dar respuesta alguna a su petición de ajustes razonables.

Recurrida la sanción ante el orden contencioso-administrativo, tanto el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo nº 6 como la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional rechazaron que hubiera existido discriminación por motivo de discapacidad.

Ello determinó la solicitud de amparo ante el Tribunal Constitucional, órgano que al resolver el presente procedimiento interpretó varios preceptos de vital importancia para garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

En primer lugar, determinó que el artículo 77.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad ha de ser objeto de una interpretación estricta de manera que no es aplicable en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario o sancionador en detrimento de las personas con discapacidad que acrediten la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de discriminación.

En consecuencia, siempre que se aporten indicios razonables de discriminación, corresponderá a la empleadora, incluida la Administración Pública, la carga de probar que su actuación no solo es ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales sino también que no se han producido actos objetivamente contrarios a la prohibición de discriminación.

Por lo que se refiere a los ajustes razonables, el tribunal concedente del amparo resolvió una cuestión que considero de vital importancia, el momento a partir del cual nace la obligación empresarial de introducir los ajustes razonables.

En concreto, afirma el Tribunal Constitucional que su obligatoriedad surge no solo desde el momento en que la persona los reclama sino incluso antes de que dicha petición sea formulada si el empresario tenía conocimiento de tal situación, e incluso, aunque no lo tuviera, cuando éste debiera haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes razonables.

Esta consideración puede tener gran repercusión a futuro pues el incumplimiento del empleador podrá ser apreciado aun cuando la persona no hubiera solicitado formalmente los ajustes siempre que existan elementos suficientes de los que

se pudiera derivar la apreciación de su necesidad, lo que entiendo ha de determinar un cambio en la cultura empresarial que existe sobre esta cuestión..

De acuerdo con el tribunal, la respuesta del empleador a la solicitud de ajustes razonables debe ser expresa y estar debidamente motivada, en particular cuando se denieguen los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos. *“En caso contrario, la adopción de medidas como el despido o la imposición de una sanción de carácter disciplinario, que estén relacionadas con dificultades en el desempeño de sus funciones que puedan ser solventadas mediante ajustes razonables, incurrirán en discriminación prohibida por el art. 14 CE aun cuando estén basadas en razones objetivas aparentemente neutras”.*

Es decir, que antes de la adopción de cualquier medida empresarial que pudiera suponer un perjuicio para una persona con discapacidad el empleador deberá asegurarse de haber llevado a cabo los ajustes necesarios para compensar la situación de desigualdad que pudiera experimentar esa persona respecto del resto de la plantilla.

En último lugar, ha de hacerse mención a la especial exigencia que se deriva de la condición de Administración pública de la empleadora, a quien por ello el tribunal le recuerda que le resulta aplicable no solo el artículo 14 CE, sino también los mandatos previstos en los artículos 9.2 y 49 de la CE.

En definitiva se trata de un pronunciamiento de gran relevancia, ya que conforme a lo previsto en la Convención el amparo es concedido con independencia del porcentaje de discapacidad que el trabajador tuviera reconocido. Además, generaliza la obligación de atender a los ajustes razonables sin necesidad de que éstos sean solicitados expresamente, lo que considero viene a paliar la realidad práctica en la que las personas trabajadoras con discapacidad no se atreven o no quieren reclamar a sus empleadores estas medidas.

Sin duda esta sentencia será invocada en muchos procedimientos a partir de ahora al facilitar la defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

f) De la extinción del contrato por ausencias justificadas

Aun cuando el Real Decreto-Ley 4/2020 ha derogado el despido objetivo por faltas de asistencia regulado en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, el hecho de que dicha derogación no tenga efectos retroactivos así como la importancia de ciertos pronunciamientos previos a la entrada en vigor de la norma hace que debamos detenernos en el análisis del criterio contenido en la

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, caso Ruíz Conejero.

Dicho pronunciamiento se produjo en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca, quien al conocer de la demanda por despido nulo interpuesta por un trabajador con discapacidad suspendió el procedimiento para preguntar al alto tribunal europeo si resultaba contraria a la Directiva 2000/78 la aplicación de una norma nacional, el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, dado que las ausencias del trabajador estaban vinculadas a situaciones de enfermedad relacionadas con el motivo de su discapacidad.

A efectos de comprender el supuesto de hecho, hemos de tener en cuenta la redacción del derogado artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores:

“El contrato podrá extinguirse:

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento 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 veinticinco por ciento 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.

Se cuestionaba por el juez nacional si la aplicación de dicha normativa podría conllevar una discriminación indirecta por discapacidad. En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se declara que la diferencia de trato podría considerarse justificada si estuviera basada en una *“finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de ésta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista por legislador español”*.

En consecuencia, se reconoce que la lucha contra el absentismo laboral es una finalidad legítima por lo que la conformidad de la norma con la Directiva dependerá de la valoración de los medios utilizados para conseguir dicho fin, es decir, de la proporcionalidad de los mismos, cuestión que remite al juez nacional para su valoración.

En este sentido, deberá el juez nacional valorar si se han tenido en cuenta los efectos que de dicha normativa se pueden derivar para las personas con discapacidad.

Devuelto el procedimiento al juzgado de instancia, éste dictó Sentencia el 7 de marzo de 2018 declarando nulo el despido del actor por discriminación indirecta por discapacidad. Para llegar a tal conclusión se tuvo en cuenta que entre las ausencias que el propio artículo 52 excluye del cómputo no se contenía ninguna excepción para las personas con discapacidad sin que se pudiera considerar que dentro del concepto de enfermedad grave o cáncer pudieran englobarse todos los procesos de enfermedad que pueden afectar en un momento dado a una persona con discapacidad.

Se considera, en consecuencia, que los trabajadores “discapacitados son más vulnerables a ser despedidos al encontrarse más *expuestos al riesgo de que se les aplique la citada norma 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*”.

Se produce de este modo una discriminación indirecta pues la aplicación de una normativa aparentemente neutra tiene efectos más perjudiciales para las personas con discapacidad.

A pesar de que dicha resolución fue recurrida por la empresa en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó Sentencia el 10 de abril de 2019, recurso núm. 664/2018 confirmando la resolución de instancia al entender el tribunal que la regulación dirigida a reducir el absentismo no había tomado en consideración que su aplicación podía causar un mayor perjuicio a los trabajadores con discapacidad que al resto de trabajadores, afirmando que “*la justificación de política social y empleo de dicho precepto 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, factor de discriminación prohibido*”.

g) De los criterios para determinar los afectados por un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Es preciso en esta materia hacer mención a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/2018, caso DW contra Otros.

Esta resolución surge a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, el cual planteó al tribunal diversas preguntas.

En primer lugar, preguntó el juzgado si el concepto de trabajador especialmente sensible a determinados riesgos derivados del trabajo que se contiene en el artículo 25 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales es asimilable al concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78.

Resuelve el tribunal que tal concepto no es automáticamente asimilable al concepto de discapacidad asumido por la Unión Europea tras la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En consecuencia remite al juzgador nacional la valoración de si la situación del trabajador puede ser encuadrable en el concepto de discapacidad de la Convención, es decir, si *“su estado de salud implica 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”*.

En segundo lugar, se plantea por el juez nacional si el despido por causas objetivas de un trabajador con discapacidad en aplicación de los criterios selectivos de presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo puede constituir una discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad en el sentido en que se prevé en el artículo 2 de la Directiva 2000/78.

Esta pregunta surge a raíz del despido colectivo instado por la empleadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el cual la determinación de los trabajadores afectados se realizó en función de los criterios aparentemente objetivos antes señalados.

Considera el tribunal que el criterio de selección basado en el índice de absentismo, puede afectar en mayor medida a un trabajador con discapacidad al estar más expuesto al riesgo de tener un índice de absentismo elevado por estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. Igualmente, el criterio de la productividad y la menor polivalencia, puede afectar en mayor medida a un trabajador con discapacidad, quien pueden tener menos posibilidades de obtener buenos resultados en esas mediciones que un trabajador sin discapacidad.

En consecuencia, todos estos criterios podrían ser constitutivos de la existencia de una discriminación indirecta, es decir, de un comportamiento empresarial que bajo una apariencia de neutralidad resulta más desfavorable para las personas con discapacidad que para el resto de la plantilla.

Sin embargo, matiza el tribunal que únicamente será posible calificar la conducta empresarial como discriminación indirecta cuando con anterioridad al despido no se hubieran realizado los ajustes razonables necesarios para corregir la situación de desigualdad del trabajador con discapacidad.

Es decir, “el despido por causas objetivas de un trabajador con discapacidad debido a que este cumple los criterios de selección tomados en consideración para determinar a las personas que van a ser despedidas, a saber, presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador, ajustes razonables, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de octubre de 2020, recurso núm. 2173/2020, conoció de una demanda por despido interpuesta por una trabajadora de la misma empresa que había dado lugar al procedimiento en el que se planteó la cuestión prejudicial ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea que dio lugar a la Sentencia de 11 de septiembre de 2019.

En consecuencia, los criterios que habían sido tenidos en consideración para determinar la afectación por el despido y frente a los cuales accionaba la demandante por considerarlos discriminatorios por discapacidad eran los mismos que antes fueron expuestos: productividad inferior a un determinado nivel, mayor absentismo y menor polivalencia.

El Tribunal Superior de Justicia confirmó la nulidad del despido declarada por el juzgado de instancia al considerar que la empresa había incumplido su obligación de realizar ajustes razonables para adaptar el puesto de trabajo de la demandante. En consecuencia, ante la inactividad de la empleadora, se considera que los criterios aparentemente neutros que fueron utilizados para determinar los afectados por el despido le provocaron indirectamente un trato discriminatorio respecto del resto de la plantilla por motivo de su situación de discapacidad. Respecto de esta última cuestión hemos de señalar que la trabajadora no tenía formalmente reconocida la condición de persona con discapacidad sino que ésta se le atribuyó en atención a su situación personal y en aplicación del criterio ya consolidado del concepto de discapacidad.

h) Declaración de ultra vires del artículo 4.2 de La Ley General de los derechos de las personas con discapacidad

Mediante la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018, recurso núm. 3382/2016 se declaró que la refundición que dio lugar a la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad había incurrido en ultra vires al haberse extralimitado el Gobierno en la delegación legislativa que le habían efectuado las Cortes Generales.

Dicho pronunciamiento surge a partir de la impugnación del grado de discapacidad que había sido reconocido a una persona por la Junta de Castilla y León, quien reclamó el grado del 33% al tener reconocida una incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, en lugar del 18% que le había sido otorgado según dictamen del Equipo de Valoración y Orientación de los servicios sociales de León.

Dicha pretensión se ejercitaba al amparo de lo previsto en el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprobó la Ley general de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, el cual recoge:

“Artículo 4.- Titulares de los derechos

1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una

pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”.

Como se desprende de la lectura del texto transcrito, en el apartado primero del precepto se recoge una definición general de persona con discapacidad en términos muy similares a los recogidos por la Convención de Naciones Unidas.

En el apartado segundo se añade un inciso en el que se señala que, a todos los efectos, tendrán tal condición de persona con discapacidad aquellos a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, entre los cuales se incluirá a quienes fueran beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Es decir, la norma automáticamente y sin necesidad de trámite administrativo alguno, otorgaba a todos los efectos la condición de persona con una discapacidad del 33% a quienes tenían reconocida la incapacidad permanente para el trabajo en alguno de los grados antes señalados.

Aunque el juzgado de instancia estimó la demanda, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León revocó dicha resolución acogiendo el recurso de suplicación de la Administración al considerar que la refundición del texto normativo había rebasado los límites de la delegación.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, confirmó la tesis del Tribunal Superior de Justicia al considerar que la expresión “*a todos los efectos*” que se contiene en el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 suponía una variación por exceso respecto de lo previsto en la Ley 51/2003, cuyo artículo 1.2 al determinar la consideración de persona con discapacidad lo hacía únicamente “*a los efectos de esta Ley*”.

Esta aparente ampliación de los efectos del concepto de discapacidad fue considerado por el Tribunal Supremo una regulación ultra vires, es decir, carente de sustento en la delegación legislativa que facultó al Gobierno a reunificar la normativa en materia de discapacidad bajo el Real Decreto Legislativo 1/2013.

Este pronunciamiento tiene un impacto evidente en la realidad de los ciudadanos con discapacidad pues obliga a tramitar un procedimiento de declaración de grado de discapacidad aun cuando se tenga reconocida la situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Sin duda ello también incrementa la carga de trabajo de los órganos administrativos encargados de tales procedimientos, lo cual redundará en una pérdida de eficiencia y en definitiva, causa un perjuicio a los administrados.

Hemos de significar que dicho pronunciamiento cuenta con un voto particular formulado por tres magistrados en el que se analiza la cuestión bajo la perspectiva de la Convención de Naciones Unidas y de la finalidad armonizadora de la delegación efectuada a favor del Gobierno. En definitiva, este voto minoritario concluye que el *ultra vires* no se habría producido al entender que “*la equiparación <<a todos los efectos>> contenida en la ley se refería al texto refundido y ya no a las normas incorporadas en el mismo individualmente consideradas*” conclusión que alcanza partiendo de la finalidad de la propia Convención y de la necesaria adaptación de la normativa española a lo recogido en este Tratado Internacional.

Desde mi punto de vista, lo resuelto por el Tribunal, con todo el respeto, contradice no solo el espíritu de la Convención sino la propia literalidad de su articulado, pues la amplitud y el carácter dinámico que a día de hoy define la discapacidad exige incluir a quienes son acreedores de una prestación de la Seguridad Social precisamente por encontrarse imposibilitados para el desarrollo de su actividad profesional en igualdad de condiciones que el resto de personas.

Entiendo, por tanto, que partiendo del concepto de discapacidad este pronunciamiento no se debería de haber producido.

Parece en realidad, y es mi opinión personal, que lo que se pretendía era restringir el reconocimiento de determinados beneficios que son otorgados a partir del reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%. Interpreto, en definitiva que estamos ante un interés económico y no ante un conflicto jurídico.

i) Prevención de riesgos laborales

En relación a la búsqueda realizada en relación a la prevención de riesgos laborales y las personas con discapacidad, he de resaltar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de octubre de 2018, recurso núm. 1878/2018, en la que se analiza si la empleadora, en este caso el Gobierno Vasco, estaba cumpliendo con la normativa de prevención de riesgos laborales y, más en particular, si la modificación de las condiciones en las que la trabajadora venía prestando servicios, en concreto, el centro de trabajo en el que prestaba servicios y el régimen de teletrabajo que tenía reconocido,

atentaban contra su derecho a la salud. El tribunal considera que la trabajadora tiene la condición de persona con discapacidad según el concepto que de la misma se contiene en la Convención de Naciones Unidas y en el acervo jurisprudencial comunitario y, en consecuencia, se mantiene el régimen de trabajo preexistente como medida de ajuste razonable que no suponía una carga excesiva para el empleador.

También en relación a esta materia hemos de destacar la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicias de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 3 de octubre de 2017, recurso núm. 381/2017, toda vez que en la misma se estableció que habiéndose acreditado la existencia de una adaptación del puesto de trabajo, las discrepancias del demandante con su empleador respecto del aspectos concretos referidos a la forma en que se había adaptado el puesto de trabajo constituye una cuestión de legalidad ordinaria sobre prevención de riesgos laborales ajena a la vulneración de los derechos fundamentales, por lo que se desestima el recurso de suplicación y se confirma la sentencia de instancia que había desestimado la demanda de tutela de derechos fundamentales por discriminación por discapacidad.

j) Seguridad Social

Aun cuando a priori podría entenderse que no forma parte del objeto de estudio, considero necesario resaltar que la mayor parte de las sentencias encontradas en las búsquedas realizadas se refieren a cuestiones relacionadas con el sistema de seguridad social y las prestaciones de asistencia social.

En concreto, hemos de mencionar la existencia de numerosas Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las que se interpretan diversos preceptos relacionados con prestaciones de las personas con discapacidad, la aplicación de los baremos de discapacidad, su acceso a la jubilación etc., y se establecen criterios uniformes para su posterior aplicación por el resto de tribunales.

Ello podría entenderse que responde a la especial naturaleza de su ámbito de conocimiento, esto es, el recurso de casación en unificación de doctrina y el recurso de casación ordinario.

Sin embargo, también pone de manifiesto una realidad, la materia que ha mayoritariamente centrado las reclamaciones de las personas con discapacidad o, lo que es lo mismo, el escaso número de demandas que comparativamente en se formulan en materia de empleo.

IV.- CONCLUSIONES

Finalizado el objeto de estudio, he de realizar las siguientes consideraciones:

- 1) Como primera cuestión a reseñar, he de destacar la dificultad derivada de la falta de sistematización de la materia relativa a la discapacidad lo que complica su estudio. Sería conveniente que todas las resoluciones judiciales en las que estuviera presente la discapacidad se englobaran en las bases de datos bajo una única voz al igual que se realiza respecto de otras materias, lo que facilitaría su conocimiento por los operadores jurídicos.
- 2) Respecto a la primera de las cuestiones planteadas al inicio de este trabajo, se concluye que la mayor parte de las reclamaciones interpuestas por las personas con discapacidad ante la jurisdicción social se refieren a sus derechos prestacionales y de Seguridad Social siendo comparativamente muy reducido el número de resoluciones vinculadas directamente con el derecho al trabajo.
- 3) No obstante lo anterior, se aprecia un notable incremento durante los últimos años de las reclamaciones en las que ante una situación de enfermedad se alega la existencia de discriminación por discapacidad.
- 4) En cuanto al contenido de los derechos que son objeto de reclamación, llama la atención que la mayor parte de los pronunciamientos se produzcan en materia de despido, esto es, una vez que la relación laboral se ha roto, siendo residuales las demandas interpuestas durante la vigencia del contrato de trabajo.
- 5) A pesar de ello, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la discriminación retributiva alegada por un trabajador de un centro especial de empleo, determinando que no existía homogeneidad entre los supuestos comparados dada la especial naturaleza de la relación laboral del trabajador con discapacidad con su empleadora. En dicha resolución se omitió cualquier referencia a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como al concepto de “trabajo de igual valor”, por lo cual considero, con todo el respeto, que dicho pronunciamiento es, cuando menos, incompleto.
- 6) Igualmente, considero que la Sentencia del Tribunal Supremo que declaró que la regulación del artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 resultaba ultra vires por haber excedido la delegación efectuada por las Cortes Generales no resulta coherente con el espíritu de la Convención de Naciones Unidas y con el concepto de discapacidad que dicho Tratado Internacional refiere.

- 7) A partir del concepto de discapacidad asumido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con base en la Convención de Naciones Unidas, se ha ampliado el número de personas protegidas por la Convención de Naciones Unidas pues los tribunales en función de las particularidades del caso, han venido asimilando la enfermedad a la discapacidad cuando aquélla es de larga duración o se desconoce cuándo se podrá lograr la recuperación. De ello extraigo una conclusión positiva no solo para dichas personas sino también para la sociedad en su conjunto ya que este incremento de demandas ha servido para divulgar los derechos de las personas con discapacidad.

- 8) La concepción de discapacidad como una realidad más amplia y cambiante ha determinado que muchas actuaciones empresariales hayan sido declaradas nulas por discriminatorias. Ello evidencia que es frecuente que se produzcan actuaciones empresariales abusivas cuando el trabajador se encuentra limitado para el desarrollo de su profesión como consecuencia de las patologías sufridas. Pero también, y desde una perspectiva positiva, considero que el carácter cada vez más frecuente de su impugnación ante los tribunales tiene un efecto didáctico en el mercado de trabajo.

- 9) Nuestros tribunales aplican el concepto de ajuste razonable de acuerdo con el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y conforme al mismo se ha generalizado la exigencia de la acreditación empresarial de que se han llevado a cabo los ajustes necesarios en el puesto de trabajo de la persona con discapacidad para poder validar tanto el despido como cualquier otra decisión de la que pudieran derivarse efectos perjudiciales. Nuevamente, estos pronunciamientos son esenciales para modificar la cultura empresarial.

- 10) Particularmente importante ha sido la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 51/2021, de 15 de marzo, por la que se impone al empleador la obligación de realizar los ajustes razonables aun cuando los mismos no hubieran sido solicitados formalmente por la persona trabajadora. Entiendo que este pronunciamiento facilitará el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito laboral dada la condición de intérprete supremo de los derechos fundamentales de este órgano judicial. Finalmente, y más allá de que dicha resolución sea invocada por los órganos judiciales de todos los niveles para enjuiciar las cuestiones que les sean planteadas, debería provocar un cambio en las entidades empleadoras ya que a partir de ahora habrán de realizar mayores esfuerzos para tener en cuenta esta perspectiva a la hora de tomar cualquier tipo de decisión que afecte a la plantilla, entre otras aquéllas que tengan un alcance colectivo como pueden ser el despido, las

modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la suspensión de contratos, etc.

- 11) Sin perjuicio del avance apreciado, he echado en falta un mayor número de procedimientos en los que se analizasen problemáticas surtidas durante la relación laboral y no con motivo del despido, así como el estudio de situaciones de doble, o múltiple, discriminación por la conjunción de la discapacidad con otros factores como, por ejemplo, el de ser mujer.

- 12) Se ha observado igualmente, que no existen prácticamente acciones a nivel colectivo en materia de discapacidad, de lo que puede concluirse que la discapacidad no ha sido una prioridad para los sindicatos ni para los representantes legales de los trabajadores. Quizá la implicación de estos sujetos colectivos en la defensa del derecho al trabajo de las personas con discapacidad ayudaría a mejorar la situación de estas personas dada la proyección de estos sujetos colectivo y, por ello, la finalidad informativa y formativa que podrían tener sus mensajes.

- 13) En definitiva y como conclusión, podemos entender que aunque las reclamaciones en materia de empleo vinculadas con la discapacidad han sido escasas históricamente, el incremento que se ha producido en los últimos años, así como la incorporación por los tribunales de justicia de los conceptos definidos en la Convención de Naciones Unidas resultan positivos. Ello evidencia el resultado de los esfuerzos realizados y que podamos sentirnos esperanzados en el futuro.