

**TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES, DISCRIMINACIÓN POR
DISCAPACIDAD Y DESPIDO OBJETIVO**

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019, ASUNTO C-397/18, NOBEL
PLASTIQUES IBÉRICA, S.A.

Silvia Fernández Martínez¹

Investigadora Postdoctoral en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá

Abstract

La sentencia del TJUE Nobel Plastiques establece que los trabajadores especialmente sensibles no tienen que ser considerados automáticamente personas con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78, sino que, para que exista discapacidad, el juez nacional tendrá que comprobar si la dolencia que dio lugar a dicha calificación cumple con los requisitos exigidos por el TJUE desde la sentencia *HK Danmark*. Por otro lado, el Alto Tribunal afirma que los criterios de selección que la empresa Nobel Plastiques utilizó para determinar las personas que iban a ser despedidas en el marco de un despido objetivo (productividad, absentismo, polivalencia funcional y adscripción a unas determinadas funciones) no constituyen una discriminación directa, pero que corresponde al juez nacional analizar si pueden ser constitutivos de discriminación indirecta. Según el TJUE, solo existirá discriminación indirecta si la empresa no había puesto en práctica ajustes razonables.

The ruling Nobel Plastiques of the CJEU establishes that sensitive risk groups of workers do not have to be automatically considered as persons with disabilities within the meaning of Directive 2000/78. In order to conclude that a disability exists, the national judge will have to check whether the condition, which resulted in the qualification sensitive risk group, meets the requirements demanded by the CJEU since the HK Danmark ruling. On the other hand, the High Court establishes that the selection criteria that the company used to determine the people who were going to be dismissed for objective reasons (productivity, absenteeism, functional versatility and ascription to certain functions) does not constitute a direct discrimination. It is up to the national court to analyse whether they can imply an indirect discrimination. According to the CJEU, indirect discrimination will only exist if the company had not implemented reasonable accommodations.

¹ Programa de Atracción del Talento Investigador a Grupos de Investigación de la Comunidad de Madrid.

Title: Sensitive risk groups of workers, disability discrimination and dismissal for objective reasons

Palabras clave: discapacidad, trabajadores especialmente sensibles, discriminación indirecta, ajustes razonables

Key words: disability, sensitive risk groups, indirect discrimination, reasonable accommodation

IUSLabor 3/2019, ISSN 1699-2938, p. 156-172

DOI. 10.31009/IUSLabor.2019.i03.07

Fecha envío: 11.11.2019 | Fecha aceptación: 12.12.2019

Sumario

1. Introducción
2. Supuesto de hecho
3. La no equiparación automática de los trabajadores especialmente sensibles a las personas con discapacidad
4. Discriminación por discapacidad en caso de despido objetivo y obligación de realizar ajustes razonables
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) objeto de este comentario resuelve una cuestión prejudicial planteada ante el Alto Tribunal por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona², en el marco de un litigio entre la señora DW y la empresa Nobel Plastiques Ibérica, S.A., relativo a la legalidad del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción³. En concreto, esta sentencia versa sobre la interpretación del concepto de discapacidad al que hace referencia 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, y sobre su posible asimilación con el concepto de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. También analiza la posibilidad de que los criterios utilizados por la empresa a la hora de seleccionar los trabajadores que van a verse afectados por un despido objetivo constituyan una discriminación directa o indirecta por discapacidad.

La sentencia Nobel Plastiques Ibérica es la sexta de una serie de sentencias en las que, desde el año 2006, el TJUE se ha encargado de ofrecer un concepto de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78. Cabe apreciar que la posición del TJUE en torno al concepto de discapacidad ha evolucionado desde la primera sentencia en la que se pronunció sobre el tema, la sentencia Chacón Navas (11 de julio de 2006, asunto C-13/05), a las cuatro últimas, *HK Danmark* (11 de abril de 2013, C-335/11 e C-337/11), *Kaltoft* (18 de diciembre de 2014, causa C-354/13), *Daouidi* (1 de diciembre de 2016, causa C-395/15) y *Ruiz Conejero* (18 enero 2018, causa C-270/16)⁴. En la sentencia Nobel Plastiques Ibérica, el TJUE sigue manteniendo la interpretación que había ofrecido en sus últimas sentencias, por lo que puede decirse que maneja un concepto amplio de discapacidad. Resulta destacable que, de las siete⁵ cuestiones prejudiciales que dieron lugar a las seis sentencias a las que nos estamos refiriendo, cuatro de ellas las

² Auto de 30 de mayo de 2018 (n. recurso 313/2017).

³ Esta sentencia ya ha sido comentada por los profesores Eduardo Rojo e Ignasi Beltran de Heredia Ruiz en sus respectivos blogs, y por la profesora Amanda Moreno Solana en El Foro de Labos. Entradas disponibles en los siguientes links:

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/09/no-pero-si-si-pero-no-vueltas-con-el.html>

<https://ignasibeltran.com/2019/09/16/enfermedad-despido-objetivo-y-discriminacion-por-discapacidad-el-caso-nobel-plastiques/>

<https://forodelabos.blogspot.com/2019/09/todos-los-trabajadores-con-discapacidad.html>

⁴ Sobre la evolución de la doctrina del TJUE acerca del concepto de discapacidad, véase, por todos, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Número Extra 6, 2017, pp. 10.

⁵ La sentencia *HK Danmark* resuelve dos asuntos acumulados, lo que explica que las sentencias sean seis y las cuestiones prejudiciales siete.

hayan planteado jueces españoles. Esto nos permite apreciar la importancia y las problemáticas que provoca la interpretación y el alcance del concepto de discapacidad en el ordenamiento jurídico español.

Por otro lado, y al contrario de lo que ha ocurrido en las sentencias anteriores sobre el particular, el Abogado General no formuló Conclusiones Generales, por lo que el presente comentario se centrará únicamente en el texto de la sentencia dictada por el TJUE el 11 de septiembre de 2019 y en el Auto de remisión de la cuestión prejudicial.

2. Supuesto de hecho

La señora DW suscribió un contrato de trabajo con la empresa Nobel Plastiques Ibérica, S.A. el 1 de julio de 2004. La empresa la adscribió a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico. DW realizaba una jornada semanal de 35 horas de trabajo, en los turnos de mañana y noche. El 12 de septiembre de 2011 DW recibió un diagnóstico de epicondilitis y, posteriormente, se sometió a una operación el 18 de enero de 2012. Dicha lesión se calificó como “enfermedad profesional”. Cabe señalar que, a partir del 15 de diciembre de 2011, es decir, después del diagnóstico de epicondilitis, se reconoció a la señora DW la condición de “trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo”, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), circunstancia que se mantuvo hasta la fecha del despido. El artículo 25 LPRL establece que *“el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”*.

A raíz de la enfermedad profesional, DW estuvo en situación de incapacidad temporal (IT) en varios períodos entre septiembre de 2011 y abril de 2014. También causó baja por IT derivada de un diagnóstico de trastorno de ansiedad en dos ocasiones, en concreto, del 4 de septiembre de 2015 al 31 de marzo de 2016 y del 6 al 20 de mayo de 2016. Posteriormente, entre abril y agosto de 2016, DW se dirigió en diversas ocasiones al servicio médico de la empresa poniendo de manifiesto el dolor que sufría en el codo, y también remitió diversas comunicaciones tanto al servicio médico como a la empresa, en las que reclamaba la adaptación de su puesto de trabajo a su situación física. A partir del 31 de agosto de 2016, la señora DW estuvo en varias ocasiones en situación de IT derivada de accidente de trabajo debido a la epicondilitis que padecía.

En todos los reconocimientos médicos a los que se sometió desde el diagnóstico de la enfermedad y después de cada alta médica, se indicó que la trabajadora era “apta con

limitaciones” para ocupar su puesto de trabajo o para ejercer tareas de “conformado vapor”, una de las funciones a las que se le había adscrito en el momento de su contratación en el año 2004. En consecuencia, durante los períodos en los que trabajó en el año 2016, la empresa la destinó a puestos que requerían la manipulación de tubo pequeño, en lugar de tubo grueso, y en los cuales, según la empresa, el riesgo para su salud era menor.

En el año 2017, la empresa Nobel Plastiques Ibérica decidió proceder a realizar un despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Para llevar a cabo la selección de los trabajadores a los que iba a afectar este despido objetivo, la empresa adoptó cuatro criterios aplicables al año 2016: adscripción a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, productividad inferior al 95%, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo. Nobel Plastiques Ibérica decidió despedir a nueve trabajadores, entre los que se encontraba la trabajadora DW, puesto que la empresa consideró que, durante el año 2016, cumplía con los cuatro criterios de selección, ya que se encontraba adscrita a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, presentaba una productividad media ponderada del 59,82%, una polivalencia muy reducida en las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, y su índice de absentismo era del 69,55%. En consecuencia, el 22 de marzo de 2017, y mientras la señora DW se encontraba en situación de IT, Nobel Plastiques Ibérica le notificó una carta de despido objetivo, basándose en causas económicas, técnicas, productivas y organizativas. No conforme con la decisión empresarial, el 21 de abril de 2017, la señora DW interpuso una demanda de despido ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, en la que solicitaba la declaración de nulidad del despido o, subsidiariamente, la improcedencia.

También cabe apuntar que el 4 de agosto de 2017, después de que el contrato de la señora DW ya se hubiese extinguido, la Inspección de Trabajo propuso sancionar a la empresa por dos faltas relacionadas con el tratamiento que había ofrecido a la trabajadora DW. Por un lado, por la exposición a riesgos ergonómicos que produjeron su dolencia, creando un riesgo grave para su integridad física o su salud. Por otro lado, pese a que después de habersele diagnosticado la epicondilitis, la trabajadora DW había rotado entre diversos puestos de trabajo, la Inspección de Trabajo concluyó que en todos ellos estaban presentes riesgos ergonómicos de afectación al sistema músculo-esquelético para las extremidades superiores, por lo que la empresa no había cumplido con su obligación de adaptación del puesto de trabajo de la señora DW a sus particulares características, con la finalidad de asegurar la compatibilidad entre el trabajo y su estado de salud.

Antes de decidir acerca de la calificación del despido de la señora DW como nulo o improcedente, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y presentar las siguientes cuatro cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Las tres últimas cuestiones están subordinadas a la respuesta afirmativa a la primera de ellas:

1) “¿Deben ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la aplicación de la [Directiva 2000/78], tal como ha sido interpretad[a] por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las personas trabajadoras calificadas como especialmente sensibles a determinados riesgos cuando, por sus propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y que por dicha razón no pueden desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas?”.

2) “¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y por ello tiene dificultades para alcanzar los niveles de productividad requeridos para no ser candidata al despido?”.

3) “¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad al haber sido reconocida como especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en la polivalencia en todos los puestos de trabajo, incluidos los que no puede desempeñar la persona discapacitada?”.

4) “¿Constituye un acto de discriminación indirecta en los términos [en los] que se define en el artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad y [por] ello ha sido reconocida como especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, las cuales han provocado largos periodos de tiempo de ausencias o baja médica antes del despido[,] y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en el absentismo de esta persona trabajadora?”.

En primer lugar, en el Auto de remisión de la cuestión prejudicial, el TJUE se plantea si el concepto de “trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, de conformidad con el artículo 25 LPRL, es asimilable al concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78, tal y como lo ha interpretado el TJUE. Según el juez nacional, la respuesta a esta cuestión constituye un requisito previo para determinar, por un lado, si los criterios de selección utilizados por la empresa Nobel Plastiques Ibérica para despedir a la señora DW vulneran directa o indirectamente el derecho a la igualdad de trato de las personas con discapacidad reconocido por la Directiva 2000/78 y, por otro, si la obligación de realizar ajustes razonables que establece el artículo 5 de dicha Directiva exige que no se tomen en consideración los criterios de selección relacionados con la discapacidad de la señora DW, aplicados para proceder a su despido.

Por otro lado, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona también sostiene que las personas especialmente sensibles, independientemente del trato específico que puedan recibir para protegerlas frente a determinados riesgos profesionales, deberían ser consideradas “personas con discapacidad”, en el sentido de la Directiva 2000/78, si en el momento en que se adopta contra ellas un acto presuntamente discriminatorio tienen unas lesiones físicas duraderas derivadas del trabajo desarrollado. En este sentido, parece que el juez nacional es partidario de la equiparación automática de la especial sensibilidad a los riesgos laborales a la discapacidad.

Respecto a los cuatro criterios de selección utilizados por la empresa para elegir a las personas afectadas por el despido objetivo, el juez nacional considera que el primero de ellos (la adscripción a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo de plástico) es neutro, pero que los otros tres podrían resultar discriminatorios respecto a la trabajadora DW, si se concluye que tiene una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. Según el juez nacional, en relación con el segundo de los criterios, el nivel de productividad de la señora DW está estrechamente relacionado con la dolencia física que padece, de ahí que sea bastante inferior al 95% establecido en el criterio. En concreto, según la empresa, y aunque no aporta datos que expliquen qué puestos y qué funciones se han tenido en cuenta a la hora de medirlo, el nivel de productividad de la trabajadora es del 58,82% en cómputo anual. En relación con el tercero de los criterios, la polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa, la evaluación negativa de la señora DW deriva de su calificación, desde el año 2011, como “apta con limitaciones” debido a la consideración de trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo. En consecuencia, no podía llevar a cabo todas las tareas requeridas en los diferentes puestos de trabajo de la empresa. Por último, el juez nacional apunta que el índice de absentismo de la trabajadora DW se calculó tomando en consideración los períodos de baja por enfermedad durante el año 2016, que tienen causa en la dolencia

física que padece, y esto supone que sea tratada de manera menos favorable respecto al resto de trabajadores.

3. La no equiparación automática de los trabajadores especialmente sensibles a las personas con discapacidad

En la primera de las cuestiones prejudiciales, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona pregunta al TJUE si el estado de salud de las personas que han sido calificadas como trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo conforme a la legislación nacional de cada Estado miembro, en este caso el artículo 25 LPRL, porque el desempeño de determinados puestos de trabajo puede suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, está comprendido en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva.

En este caso, la cuestión prejudicial se diferencia de las otras que ya ha resuelto el TJUE sobre el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78, porque introduce un nuevo argumento de discusión, que hasta el momento no le había sido planteado, esto es, la especial sensibilidad a los riesgos laborales. Hasta ahora, las sentencias del TJUE sobre el concepto de discapacidad han versado sobre distintos aspectos relacionados con la posibilidad de asimilar la enfermedad de larga duración a la discapacidad. En cambio, en este caso, se discute si los trabajadores considerados especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo tienen que incluirse de manera automática en el concepto de discapacidad recogido en la Directiva 2000/78, en el sentido en que lo ha venido interpretando el TJUE desde la sentencia *HK Danmark*. La calificación como trabajador especialmente sensible puede derivar del padecimiento de una enfermedad o dolencia de larga duración, tal y como ocurre en el supuesto de hecho sobre el que versa el litigio principal, pues la señora DW padece una epicondilitis. Sin embargo, el juzgado nacional no plantea al TJUE si la trabajadora tiene que ser considerada directamente persona con discapacidad debido a la patología que padece, sino como consecuencia de su calificación como trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, de conformidad con la legislación interna. En consecuencia, si bien comparte elementos con las anteriores sentencias sobre el concepto de discapacidad, la sentencia *Nobel Plastiques* es diferente porque se centra en un aspecto nuevo.

En primer lugar, y antes de ofrecer una respuesta a la cuestión prejudicial específica, el TJUE recuerda la interpretación del concepto de discapacidad recogido en la Directiva 2000/78 que ha venido realizando desde la sentencia *HK Danmark*, y que ha confirmado posteriormente, entre otras, en la sentencia *Ruiz Conejero*. El cambio de interpretación respecto a la primera de las sentencias en las que había afrontado la

cuestión, esto es, la sentencia Chacón Navas, está condicionado por la aprobación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, por parte de la Unión Europea (en adelante UE), mediante la Decisión 2010/48, circunstancia que determina que dicha Convención pueda utilizarse para interpretar la Directiva. El apartado 41 de la sentencia Nobel Plastiques dispone 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”*.

A continuación, el TJUE pasa a analizar el caso específico objeto de la cuestión prejudicial y constata que, debido a su enfermedad, la señora DW ha sufrido durante un largo período de tiempo una limitación de su capacidad para trabajar como consecuencia de dolencias físicas. Además, el TJUE también toma en consideración el hecho de que a la trabajadora se le hubiese reconocido la condición de “trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo”, y reproduce las consecuencias que acarrea dicha calificación en el ordenamiento jurídico español. En concreto, el artículo 25 LPRL dispone que dichos trabajadores *“no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro”*.

Sin embargo, la respuesta que el TJUE ofrece a esta primera cuestión prejudicial es tajante y no deja margen a muchas interpretaciones. El Alto Tribunal señala que *“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”*. Queda claro, por lo tanto, que para el TJUE la especial sensibilidad a los riesgos laborales no es equiparable de manera automática a la discapacidad. El TJUE puntualiza que la definición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo que utiliza el artículo 25 LPRL se basa en requisitos que no son idénticos a los que ha utilizado el TJUE desde la sentencia *HK Danmark* para decidir si existe discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78, y que menciona en el apartado 41 de la sentencia Nobel Plastiques. En consecuencia, el TJUE concluye que no puede considerarse que el concepto de “trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo” del artículo 25 LPRL se corresponda con el de “persona con discapacidad” en el sentido con Directiva.

Ahora bien, esto no quiere decir que el TJUE concluya que la señora DW no puede ser considerada persona con discapacidad a efectos de la Directiva, sino únicamente que no lo será por el mero hecho de haber obtenido la calificación de trabajadora especialmente sensible a los riesgos laborales conforme al Derecho nacional. En este sentido, el TJUE afirma que corresponde al órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial comprobar si, en el asunto principal, el estado de salud de la señora DW cumplía con los requisitos ya mencionados que ha venido exigiendo el TJUE para determinar si existe o no discapacidad desde la sentencia *HK Danmark*, es decir, si la limitación de la capacidad que padecía la señora DW derivada de la epicondilitis que le había sido diagnosticada, y que tenía efectos a largo plazo, al interactuar con diversas barreras, impedía su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El TJUE establece que, si el juez nacional aprecia que concurrían estos requisitos, deberá considerar que, en el momento de su despido, la señora DW era una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. Por lo tanto, la señora DW será persona con discapacidad únicamente si el juez nacional aprecia que su situación se corresponde con la interpretación que realiza el TJUE del concepto de discapacidad, pero el órgano jurisdiccional remitente no podrá basarse en el mero reconocimiento de la especial sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo para determinar que se trata de una persona con discapacidad. El concepto de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, deriva del cumplimiento de los requisitos exigidos por el TJUE en sus anteriores sentencias, con independencia de la existencia, o no, de especial sensibilidad a los riesgos laborales.

En conclusión, el TJUE estima que procede responder a la primera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona que *“la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de «discapacidad», en el sentido de dicha Directiva, en caso de que ese estado de salud implique 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. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos”*.

En este caso, como ya había ocurrido en los anteriores asuntos sobre el concepto de discapacidad, será el órgano nacional el que tendrá que decidir si existe o no discapacidad. Si se tienen en cuenta las consideraciones que hizo en el auto mediante el

que presentó las cuestiones prejudiciales, el juez nacional parece partidario de considerar que la señora DW cumple con los requisitos para entrar en el concepto de discapacidad utilizado por el TJUE⁶, por lo que cabría esperar una sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona en este sentido.

4. Discriminación por discapacidad en caso de despido objetivo y obligación de realizar ajustes razonables

Después de haber analizado la primera cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, el TJUE procede a examinar de manera conjunta las otras tres, en las que se le planteaba si el despido por causas objetivas de un trabajador con discapacidad, debido a que este cumple los criterios selección tomados en consideración por el empresario para determinar las personas que iban a ser despedidas, constituye una discriminación directa o indirecta por motivos de discapacidad. En el presente caso, el órgano remitente se preguntaba si, suponiendo que la señora DW era una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78, podía apreciarse que había sido discriminada por motivos de discapacidad, por la aplicación de los criterios de selección citados.

Tal y como ya se apuntó, la respuesta a la primera de las cuestiones prejudiciales condiciona la resolución de las restantes. Con todo, pese a que el TJUE concluyó que la calificación como trabajador especialmente sensible no implica la inclusión automática en el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva, sino que corresponde al juez nacional decidir sobre la cuestión, entra igualmente a analizar el resto de cuestiones planteadas, es decir, si los criterios de selección que utilizó la empresa en el marco de un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción pueden ser discriminatorios, porque afectan negativamente a las personas con discapacidad.

El TJUE empieza haciendo un repaso de los conceptos comunitarios de igualdad de trato y discriminación directa, y llega a la conclusión de que los criterios fijados para elegir a los trabajadores que se verían afectados por el despido objetivo no constituyen una discriminación directa. Unos criterios de selección como el nivel de productividad, el grado de polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y el índice de absentismo se aplican de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad. En consecuencia, *“no cabe considerar que estos criterios establezcan una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad, en el sentido*

⁶ Según el profesor Eduardo Rojo, de la lectura del auto es fácilmente perceptible que esa es la tesis del juzgador, pues, en caso contrario, difícilmente hubiera planteado la cuestión prejudicial ante el TJUE.

del artículo 1 en relación con el artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/78, dado que no están indisociablemente ligados a la discapacidad”.

Una vez que ha concluido que no existe discriminación directa, en segundo lugar, el TJUE se centra en la posible discriminación indirecta por motivos de discapacidad. El Alto Tribunal señala que, en principio, los cuatro criterios utilizados por la empresa son aparentemente neutros, aunque, a continuación, procede a estudiar cada uno de ellos de manera detallada.

En relación con el criterio de selección basado en el índice de absentismo, en principio, un trabajador con discapacidad está 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. Por lo tanto, si este criterio de selección se aplica a un año completo puede resultar desfavorable para los trabajadores con discapacidad, cuando la falta al trabajo está relacionada con la discapacidad y, de este modo, puede suponer una diferencia de trato basada indirectamente en la discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78. Lo mismo ocurre con el criterio relacionado con la productividad inferior a un determinado nivel y con una menor polivalencia funcional, puesto que un trabajador con discapacidad tiene, como consecuencia de la limitación de su capacidad, una menor productividad y no puede ocupar todos los puestos de trabajo existentes en una empresa. Esta circunstancia se hace todavía más evidente en el caso de la señora DW, pues había sido calificada por los servicios médicos como “apta con limitaciones” para desempeñar una de las funciones para las que había sido contratada, de ahí que su polivalencia funcional fuese limitada. En consecuencia, estos dos criterios pueden suponer una diferencia de trato basada indirectamente en la discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78.

Pese a que el TJUE considera que los criterios de selección constituyen un trato desfavorable, a continuación, aclara que no todo trato desfavorable que resulte indirectamente de una discapacidad, por el mero hecho de serlo, dará acceso a la protección regulada en la Directiva 2000/78, sino únicamente aquellos que constituyan una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva.

Para que exista una discriminación indirecta, según el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso ii), de la Directiva 2000/78, tiene que existir una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una discapacidad determinada, respecto de otras personas, salvo que el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en esa Directiva esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de

conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 de dicha Directiva, es decir, ajustes razonables, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

El TJUE, siguiendo lo dispuesto en la Directiva, considera que la realización de ajustes razonables constituye un condicionante a la hora de decidir si los criterios que utilizó la empresa para elegir a las personas que iba a despedir suponen, o no, una discriminación indirecta por razón de discapacidad. Sin embargo, el Alto Tribunal no ofrece una solución al caso concreto que se le plantea, sino que concluye que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si las adaptaciones que realizó la empresa Nobel Plastiques en el puesto de trabajo de la señora DW, a raíz de su calificación como trabajadora especialmente sensible, fueron suficientes para ser consideradas ajustes razonables en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78. El TJUE se limita a apuntar que, para realizar dicha verificación, el juez nacional tendrá que tener en cuenta todos los elementos de los que dispone, entre los que se encuentran el informe de la Inspección de Trabajo al que se hace referencia en el Auto de remisión de la cuestión prejudicial.

El TJUE establece que el despido de un trabajador con discapacidad por cumplir los criterios de selección fijados por la empresa consistentes en presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un índice de absentismo elevado solo constituirá una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso ii), de dicha Directiva, si el juez nacional concluye que, antes de proceder al despido, la empresa no realizó los ajustes razonables necesarios para que la señora DW pudiese continuar desempeñando su trabajo. De hecho, el TJUE recuerda que, tal y como dispone el artículo 2 de la Convención de la ONU, la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables. En cambio, si el juez nacional llega a la conclusión de que la empresa sí puso en práctica ajustes razonables, pero, a pesar de todo, el trabajador con discapacidad cumplió con los requisitos de selección fijados, su despido no constituiría una discriminación indirecta.

En este sentido, el Alto Tribunal trae a colación la obligación del empresario de realizar ajustes razonables regulada en el artículo 5 de la Directiva, pero con ciertas diferencias respecto a lo que había planteado el juez nacional en el Auto de remisión de la cuestión prejudicial. El juez nacional se preguntaba si la obligación de realizar ajustes razonables prevista en la Directiva hace necesario que no se tomen en consideración los criterios de selección relacionados con la discapacidad de la trabajadora para proceder a su despido. Sin embargo, el TJUE no concluye que la existencia de una obligación de realizar

ajustes razonables implique directamente que los criterios utilizados en el marco del despido objetivo constituyan una discriminación indirecta, sino que habrá que comprobar si el empresario efectivamente cumplió con su obligación y, solo en caso de no haberlo hecho, el posterior despido por el cumplimiento de unos criterios de selección constituiría una discriminación indirecta, pues podría haberse evitado si se hubiesen realizado ajustes razonables. En conclusión, los criterios de selección utilizados en el despido objetivo solo supondrán una discriminación indirecta si el juez nacional concluye que no se adoptaron las medidas de ajuste razonable. En este sentido, resulta importante resaltar que el TJUE recuerda que la Directiva 2000/78 no obliga 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. De ahí que, si el empresario demuestra que ha llevado a cabo los ajustes razonables, pero, aún así, la persona con discapacidad no puede desempeñar las tareas fundamentales de los puestos de trabajo existentes en la empresa, su despido por motivos objetivos no implique necesariamente una discriminación indirecta.

En conclusión, la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta es la siguiente: *“el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso ii), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que 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, en el sentido de dicha disposición, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma Directiva, 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”*.

5. Conclusiones

La sentencia Nobel Plastiques no aporta nuevos indicios sobre la manera en la que el juez nacional tiene que interpretar el concepto de discapacidad utilizado en la Directiva 2000/78. Sin embargo, lo que sí hace es dejar claro que los tribunales nacionales no podrán concluir que una persona puede acceder a la protección antidiscriminatoria reservada a las personas con discapacidad, por el mero hecho de haber obtenido la calificación de trabajador especialmente sensible. Los tribunales nacionales tendrán que

analizar si la dolencia que dio lugar a dicha calificación cumple con los requisitos exigidos por el TJUE, desde la sentencia *HK Danmark*, para apreciar la existencia de discapacidad. Esto no quiere decir que el TJUE rechace categóricamente la posibilidad de que los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales sean considerados personas con discapacidad, sino que establece que será el juez nacional el que tendrá que decidir sobre el particular. Para llevar a cabo dicha tarea tendrá que basarse en los criterios generales que el TJUE ha utilizado para definir el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78, y no en la calificación como trabajador especialmente sensible que, a estos efectos, es indiferente.

Se entiende que la conclusión a la llega el TJUE es acertada, puesto que la especial sensibilidad a los riesgos laborales y la discapacidad son dos conceptos diferentes, que se corresponden con dos ámbitos diferentes del ordenamiento jurídico. La discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, forma parte de la esfera de la tutela antidiscriminatoria, mientras que la especial sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo pertenece a la esfera de la Prevención de Riesgos Laborales. En este sentido, tal y como apunta el TJUE en la sentencia *Nobel Plastiques*, los criterios que utiliza el artículo 25 LPRL de cara a la determinación de la presencia de una especial sensibilidad a los riesgos laborales no son idénticos a los que maneja el Alto Tribunal a la hora de concluir si existe discapacidad, de ahí que no quepa equiparar automáticamente la calificación como trabajador especialmente sensible a la de persona con discapacidad. Por otro lado, la calificación como trabajador especialmente sensible se realiza en relación con un puesto de trabajo específico y en una empresa determinada. Sin embargo, el reconocimiento como persona con discapacidad afecta a todos los ámbitos de la vida de una persona, e incluso a sus posibilidades de empleo en general, y no únicamente a las necesarias para desempeñar un puesto de trabajo específico.

Por otro lado, cabe puntualizar que lo que el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona plantea al TJUE en la primera cuestión prejudicial no es si todos los discapacitados tienen que ser calificados como trabajadores especialmente sensibles, sino si todos los trabajadores especialmente sensibles tienen que ser considerados discapacitados de manera automática. Esta última cuestión está relacionada con la interpretación del concepto de discapacidad utilizado en la Directiva, mientras que la primera versa sobre el concepto mismo de trabajadores especialmente sensibles, por lo que no cabe confundirlas.

Ahora bien, en cierto modo, podría sostenerse que cabría extrapolar la respuesta que ofrece el TJUE en la sentencia *Nobel Plastiques* también a la otra pregunta, es decir, a la de si todos los discapacitados tienen que ser calificados como trabajadores especialmente sensibles. Esto resulta particularmente interesante en España, porque el

artículo 25 LPRL señala de manera expresa que los trabajadores que tengan reconocida una discapacidad quedan incluidos en el concepto de trabajadores especialmente sensibles⁷. Sin embargo, en mi opinión, no todos los discapacitados deberían ser considerados automáticamente como trabajadores especialmente sensibles a los riesgos, sino que habría que analizar cada caso concreto para determinar si la condición de discapacidad implica una mayor sensibilidad o no, puesto que, si bien, por lo general, un trabajador discapacitado será más sensible a los riesgos laborales, ello no tiene porqué ser siempre así necesariamente⁸. La respuesta del TJUE en el asunto Nobel Plastiques podría servir para apoyar esta argumentación, ya que, si el mero hecho de ser un trabajador especialmente sensible a los riesgos laborales no significa de manera automática que estemos ante una persona con discapacidad, *a sensu contrario*, tampoco todas las personas con discapacidad deberían considerarse necesariamente trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Tal y como ya se ha apuntado, se trata de dos conceptos diferentes, que pertenecen a ámbitos distintos, y que no cabe confundir.

En relación con la respuesta que el TJUE ofrece al resto de cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado español, esto es, si los criterios utilizados por la empresa para seleccionar a los trabajadores que iban a verse afectados por el despido objetivo constituyen una discriminación directa o indirecta por discapacidad, cabe señalar que si bien el Alto Tribunal niega claramente la existencia de una discriminación directa, en realidad, no se pronuncia acerca de la posible discriminación indirecta. Una vez más, al igual que ocurre con la primera cuestión prejudicial resuelta en la sentencia Nobel Plastiques, y en la línea de sus anteriores sentencias sobre el concepto de discapacidad, el TJUE concluye que corresponde al juez nacional decidir sobre la cuestión. Ahora bien, es cierto que, en esta ocasión, ofrece una serie de indicaciones muy precisas que el juez nacional tendrá que seguir para decidir si efectivamente existía, o no, una discriminación indirecta por discapacidad.

⁷ Sobre esta cuestión véase, LUQUE PARRA, M., GINÈS FABRELLAS, A., SERRANO OLIVARES, R., *Guía Jurídico-Práctica sobre prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de las personas trabajadoras con discapacidad*, Full Audit, Comunidad de Madrid, 2014.

⁸ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., “Los límites de la tutela ofrecida por la normativa de Seguridad y Salud a los trabajadores con enfermedades crónicas”, MELLA MÉNDEZ, L. (directora), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. II, Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud*, Peter Lang, Suiza, 2017, páginas 379-405. En sentido análogo, véase, MORENO SOLANA, A., “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Número Extra 6, 2017, pp. 21. Esta autora apunta que, en determinados supuestos, pese a tener reconocida una discapacidad, el trabajador puede ser declarado como apto para su trabajo y no tener la condición de trabajador especialmente sensible, simplemente porque una vez analizadas sus circunstancias personales en conexión con los riesgos de su puesto de trabajo, se llegue a la conclusión de que estos no le afectan especialmente.

El TJUE, siguiendo lo establecido en la Directiva, vincula la presencia de una discriminación indirecta a la comprobación de si se llevaron a cabo, o no, ajustes razonables. En este sentido, el TJUE otorga una gran importancia a los ajustes razonables, puesto que, como nos recuerda, la denegación de ajustes razonables es, en sí misma, una forma de discriminación. En consecuencia, antes de proceder a despedir al trabajador con discapacidad, el empresario tendrá que intentar poner en práctica ajustes razonables. Sin embargo, si el empresario había cumplido con su obligación de ajustes razonables, se entiende que los trabajadores con discapacidad habrían sido colocados en la misma situación que el resto de trabajadores de la empresa, por lo que no se verían afectados de manera particular por los criterios utilizados por el empresario para llevar a cabo un despido objetivo, es decir, dichos criterios no resultarían particularmente perjudiciales para los trabajadores con discapacidad. Este caso, no cabría considerar que existe discriminación indirecta y el empresario estaría legitimado para despedir a estos trabajadores. Lo contrario sería tanto como admitir que el empresario está obligado a conservar la relación laboral de los trabajadores con discapacidad, aunque estos no sean aptos para desempeñar ningún puesto de trabajo de los existentes en la empresa, circunstancia que, como señala el TJUE, la Directiva no exige.

6. Bibliografía

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Número Extra 6, 2017, p. 10.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., “Los límites de la tutela ofrecida por la normativa de Seguridad y Salud a los trabajadores con enfermedades crónicas”, MELLA MÉNDEZ, L. (directora), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. II, Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud*, Peter Lang, Suiza, 2017, pp. 379-405.

LUQUE PARRA, M., GINÈS FABRELLAS, A., SERRANO OLIVARES, R., *Guía Jurídico-Práctica sobre prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de las personas trabajadoras con discapacidad*, Full Audit, Comunidad de Madrid, 2014.

MORENO SOLANA, A., “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Número Extra 6, 2017, p. 21.