

Sí pero no: la decisión del TJUE sobre el despido objetivo por acumulación de bajas

Un breve análisis acerca del pronunciamiento del TJUE en cuanto al despido objetivo de trabajadores discapacitados a causa de la acumulación de ausencias al puesto de trabajo.

–¿Qué van a tomar, señores? –Preguntaba el camarero de un restaurante de una pequeña barriada a un grupo de trabajadores a las siempre frías seis de la mañana, justo antes del inicio de su jornada laboral.

–¡Café doble para todos!, hay que empezar con fuerza la jornada, cuanta más energía, antes acabamos y nos vamos a casa.

–Espera Mariano, acuérdate que soy hipertenso y no puedo tomar café, mejor pido otra cosa.

–Es verdad José, no me había acordado de ti... Aunque también creo que es importante para todos trabajar con energía para acabar pronto la faena... No sé, vamos a preguntar al camarero qué opina.

–Julián, ¿tú cómo lo ves?

–No sé... es cierto que en este bar hay más trabajadores de la misma obra que se pueden ver afectados si no acabáis pronto la faena, pero algunos de ellos tampoco pueden tomar café... Esperad un segundo, voy a preguntar al jefe. Ya sabéis, siempre se pronuncia, aunque no suele decidir nada demasiado concreto...

–Ya está, ya he hablado con Benito, el jefe.

–¿Y qué te ha dicho?

–Pues que es cierto que hay varios trabajadores que no pueden tomar café, pero que no lo es menos que también hay que acabar rápido la faena... Vamos, lo que me ha dicho es que decida yo...

Esta paradigmática situación es la que se ha encontrado sobre la mesa un juez de lo social de Cuenca a la hora de aplicar una de las medidas

adoptadas tras la reforma laboral de 2012, incluida en el artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores (“ET”), consistente en “facilitar” el despido objetivo de los trabajadores que, incluso por motivos médicos justificados, se ausentasen de su puesto de trabajo un determinado número de veces, en un período temporal concreto.

Como siempre en estos casos, el café –en forma de despido más sencillo– fue bien recibido por una gran mayoría. Ahora bien, ¿qué ocurre con esa minoría de trabajadores –discapacitados, por ejemplo– que, como si de víctimas colaterales de la guerra por el dominio del mercado de trabajo y de la reforma laboral se tratase, han visto seriamente amenazado su derecho al mantenimiento del empleo?

Precisamente esta cuestión, a propuesta del juez conuense, ha sido abordada –sin quedar resuelta– por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en su reciente sentencia de 18 de enero de 2018 con motivo del despido objetivo, efectuado al amparo del artículo 52.d) del ET, de un trabajador discapacitado que por razón de su minusvalía se vio en la obligación de ausentarse de su puesto de trabajo durante períodos de tiempo breves e intermitentes, incurriendo así en el supuesto de hecho previsto en el citado artículo.

Para ser más exactos, el juzgador se pregunta – con pleno acierto, en la modesta opinión de quien suscribe– si una modalidad de despido, pensada en buena medida para paliar las pérdidas empresariales consecuencia de los períodos de incapacidad temporal de los trabajadores, que se aplica haciendo *tabla rasa*

entre empleados discapacitados –que pueden ser más propensos a incurrir en situaciones de incapacidad temporal– y no discapacitados, es contraria al siempre *buenista* derecho comunitario y, más concretamente, a la directiva 2000/78/CE (la “Directiva”) cuando define como discriminación indirecta aquella situación en que *una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad (...) respecto de otras personas.*

Ante tal controversia interpretativa, el TJUE, que en ocasiones sí se ha mostrado crítico con el derecho nacional, opta esta vez por pasar de puntillas ante la cuestión planteada, sin dar una respuesta concreta al juez de lo social.

Así, viene a decir el Tribunal Comunitario que, efectivamente, el artículo 52.d) del ET contiene una forma de discriminación indirecta respecto de aquellos trabajadores discapacitados que por razón de su discapacidad se ven obligados a ausentarse de su puesto de trabajo.

Sin embargo, en un país lacerado por la crisis económica desde 2012 y que apenas atisba a ver ahora unos tímidos “brotes verdes”, la seguridad que aporta a las empresas la posibilidad de despedir a ciertos trabajadores “económicamente incómodos” no puede ser pasada por alto, por lo que el Tribunal recuerda que el derecho a la no discriminación puede ceder, en ocasiones, cuando el fin que se pretenda conseguir sea legítimo.

Y es precisamente a este fin legítimo al que, según el gobierno español, atiende el citado artículo 52.d del ET, cuyo objeto principal pasa por luchar contra el absentismo laboral, recordando además, que dentro del cómputo de las faltas de asistencia a que se refiere dicho precepto, han sido excluidas aquellas cuya duración exceda de 20 días y las debidas a un tratamiento médico derivado de cáncer o enfermedad grave.

Es decir, ante la pregunta formulada por el juez de lo social, el TJUE contesta *sí, pero no: que*

decida otro. Esto es, sí hay discriminación, pero deberá ser el juzgador nacional quien valore, en cada caso concreto, si la vulneración del derecho fundamental a la igualdad está justificada por la consecución de un fin legítimo; nada más y nada menos.

Así, el TJUE impone sobre los hombros del juez de lo social la carga ya no sólo de interpretar la norma, sino de ponderar unos intereses en juego de tal calado como son el absentismo laboral y el daño que éste causa a la empresa por un lado y, por otro, el derecho fundamental del trabajador discapacitado a no ser discriminado.

Ahora bien, dicho lo anterior y sin ser desconocedores que en el país que ha visto nacer y alcanzar la gloria a Lázaro de Tormes abunda la picaresca, es cierto que la aplicación de esta modalidad de despido, incluso respecto de personas discapacitadas, puede revelarse en ocasiones como necesaria para la empresa.

En estos casos, el criterio orientativo que puede servir de faro a la empresa –y al juez de lo social– ante esta densa niebla que el TJUE no ha ayudado a disipar, pasa por el análisis del artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Artículo que obliga a la empresa a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Es decir, ante las reiteradas faltas de asistencia al puesto de trabajo de un empleado discapacitado con motivo, precisamente, de su situación de discapacidad, y siempre que la empresa tenga constancia –o debiera tenerla– de tal situación, entendemos que deberán ofertarse al trabajador cuantas alternativas se encuentren al alcance del empleador para tratar

de mejorar su situación profesional y calidad de vida en el puesto de trabajo. Y sólo cuando ni siquiera a través de la adopción de dichas medidas, o cuando éstas impliquen excesivos costes financieros o de otro tipo, atendido el tamaño y el volumen de negocios total de la empresa, podrá procederse a la ejecución de un despido objetivo en el marco del artículo precitado con las mayores garantías posibles acerca de la procedencia del mismo.

Y es que, en suma, el Derecho del trabajo – también otrora denominado *derecho social*, no por una mera cuestión costumbrista o baladí– responde, más que a la mejora de la organización productiva de la empresa, a la protección de los derechos del trabajador – entendido como persona–, sin desconocer por supuesto la finalidad política de esta disciplina jurídica, como elemento que contribuye a la ordenación social de un estado en un momento histórico concreto y determinado.

En definitiva, únicamente cuando no sea posible o resulte especialmente gravosa la protección del trabajador discapacitado, el interés empresarial podrá motivar la extinción contractual por la vía prevista en el artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores.

Alberto Candil
Abogado
Departamento Laboral
Chávarri Abogados