

Juzgado de lo Social N.º. 1 de Cuenca, Sentencia 171/2018 de 7 Mar. 2018, Rec. 861/2015

Ponente: González de la Aleja, Ramón.

Nº de Sentencia: 171/2018

Nº de Recurso: 861/2015

Jurisdicción: SOCIAL

Es nulo el despido por faltas de asistencia motivadas por enfermedades derivadas de una discapacidad

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD. Nulidad del despido por faltas de asistencia por enfermedades relacionadas con su discapacidad. Tras plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, el Juzgado determina que la decisión unilateral del empleador se ha de calificar como despido nulo por venir motivado, directa o indirectamente, por causa discriminatoria, ya que supone una situación de desventaja particular para la persona con dicha discapacidad respecto de otros trabajadores. Indemnización simbólica de 1 euro, pues no concurre intencionalidad del empleador, que desconocía la condición de discapacitado del trabajador. Tampoco existe obligación de la empresa de probar la objetividad de la medida adoptada porque se trata de una discriminación indirecta, en la que falta el elemento de la voluntad intencional.

El Juzgado de lo Social estima la demanda presentada por el trabajador y declara la vulneración de derechos fundamentales y, por tanto, la nulidad del despido.

JDO. DE LO SOCIAL N. 1

CUENCA

SENTENCIA : 00171/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

C/ GERARDO DIEGO, S/N CUENCA

Tfno: 969247000

Fax: 969247061

Equipo/usuario: JRL

NIG: 16078 44 4 2015 0000901

Modelo: N02700

DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000861 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre: DESPIDO

DEMANDANTE/S D/ña: Anibal

ABOGADO/A: JAVIER MARTINEZ GUIJARRO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA

ABOGADO/A: , VICTOR DE ANCOS VIÑAS

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

En CUENCA, a siete de marzo de dos mil dieciocho.

D. RAMON GONZALEZ DE LA ALEJA GONZALEZ DE LA ALEJA Magistrado/a Juez del JDO. DE LO SOCIAL N. 1 tras haber visto el presente DERECHOS FUNDAMENTALES 861/2015 a instancia de D. Anibal , contra MINISTERIO FISCAL y FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA, **EN NOMBRE DEL REY** , ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Anibal presentó demanda en procedimiento de DESPIDO contra MINISTERIO FISCAL y FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA, en la que exponía los hechos en que fundaba su pretensión, haciendo alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso y finalizando con la súplica de que se dicte sentencia accediendo a lo solicitado.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se ha/n celebrado los actos de conciliación, y en su caso, juicio con el resultado que obra en las actuaciones .

TERCERO.- La cuestión debatida ha sido: Calificación jurídica del despido del actor con posible vulneración de sus derechos fundamentales.

CUARTO.- Celebrado el acto de juicio oral en fecha 19 de Noviembre de 2.015, quedó visto para Sentencia. En fecha 5 de Mayo de 2.016, después de oídas a las partes, se dictó Auto en el que se procedió a la suspensión del procedimiento hasta en tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no resolviera la Cuestión Prejudicial que le había sido plantada por este mismo Juzgado referida al fondo del asunto del presente procedimiento.

QUINTO.- En fecha 24 de Enero de 2.018 fueron recibidos en este Juzgado los autos integrantes del expediente que habían sido remitidos en su integridad para la resolución de la Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la Sentencia de éste, dándose traslado al juzgador para el dictado de la Sentencia en fecha 1 de Febrero de 2.018.

SEXTO.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 18 de enero de 2.018 (Asunto C-270/16), en respuesta a la citada Cuestión Prejudicial, declaró lo siguiente: " *El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir al trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual le corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente "*.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Que el actor, D. Anibal , con D.N.I. nº NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa "FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A.", dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, siendo a la fecha del despido del actor la adjudicataria del servicio de limpiezas del Hospital "Virgen de la Luz" de Cuenca (dependiente del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha -SESCAM-), donde el actor prestaba sus servicios profesionales con la categoría profesional de "Limpiador", desde el día 2 de Julio de 1.993 y con un salario diario de 47,83 €, con prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El actor ha venido realizando con normalidad su actividad profesional tanto para la actual contratista del servicio de limpieza del citado Hospital como para las anteriores empresas adjudicatarias de la contrata, sin que hasta la fecha de su despido hubiera tenido problema reseñable laboral alguno con sus sucesivas empleadoras, ni

hubiera sido sancionado con anterioridad.

TERCERO.- El trabajador tiene reconocida la condición de discapacitado mediante Resolución emitida por la Delegación en Cuenca de la Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en fecha 15 de septiembre de 2.014, al padecer un grado de discapacidad del 37%, del cual un 32% lo es por limitaciones físicas (24% por enfermedad del sistema endocrino-metabólico [obesidad] y 10% por limitación funcional de la columna vertebral) y un 5% por factores sociales complementarios.

CUARTO.- El trabajador durante los años 2.014 y 2.015 ha causado baja por enfermedad común durante los siguientes períodos:

- Del 1 al 17 de marzo de 2.014 por "dolor agudo", que había precisado hospitalización (del 26 de febrero al 1 de marzo de 2.014).
- Del 26 al 31 de marzo de 2.014 por "vértigo/mareo".
- Del 26 de junio al 11 de julio de 2.014 por "lumbago".
- Del 9 al 12 de marzo de 2.015 por "lumbago".
- Del 24 de marzo al 7 de abril de 2.015 por "lumbago".
- Del 20 al 23 de abril de 2.015 por "vértigo/mareo".

QUINTO.- Según han diagnosticado los Servicios Médicos de la Sanidad Pública (SESCAM), tanto el "vértigo/mareo" como el "lumbago" son causados por una artropatía degenerativa y por una poliartrosis, agravadas por la obesidad que sufre el trabajador, concluyendo que dichas limitaciones tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad reconocida al trabajador.

SEXTO.- El trabajador fue comunicando a su empleadora, en tiempo y forma, todas las situaciones de baja, entregando los correspondientes partes médicos acreditativos de su motivo y duración. No obstante, el trabajador no comunicó a la empresa su condición de discapacitado en momento anterior al planteamiento de la demanda, renunciando voluntariamente a los exámenes médicos periódicos que se realizaban por la Mutua empresarial, por lo que la empresa no tenía conocimiento de la condición de discapacitado del trabajador en el momento de proceder a su despido. Según el Informe de Prevención, el actor reunía las condiciones de aptitud suficiente para el normal acometimiento de su trabajo.

SÉPTIMO.- Que en fecha 7 de Julio del 2.015 la empresa demandada remite comunicación escrita al actor con el siguiente contenido literal:

" En Cuenca, a 7 de julio de 2015

Estimado señor,

Por medio del presente escrito le comunicamos que en virtud del art. 52.1.c) del ET , esta Empresa ha decidido proceder a la EXTINCIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS con fecha de efectos del día OCHO de julio de 2015, siendo éste su último día trabajado.

Esta extinción tiene su fundamento en las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, que se enumeran más adelante, y se adopta por la vía de las extinciones por causas objetivas del artículo 52.d), en relación con los artículos 49.1.l) y 53 del Estatuto de los Trabajadores .

Para determinar las ausencias, aún justificadas, se han tenido en cuenta los meses de marzo y abril del presente año y no se han computado a tales efectos las ausencias debidas a huelgas legales, ejercicio de la actividad propia de los representantes de los trabajadores, sean legales y sindicales, accidentes de trabajo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, parto o lactancia; licencia, vacaciones, enfermedades o accidentes no laborales, cuando las bajas han sido acordadas por los correspondientes servicios sanitarios oficiales y han durado más de 20 días.

Teniendo en cuenta lo anterior se constata, lo siguiente:

Que sus faltas de asistencia en los meses consecutivos de marzo y abril superan el 20% de las jornadas laborables, situándose en un 43,18%. En concreto las ausencias computadas son las siguientes:

Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día nueve hasta el día doce de marzo de 2015.

Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día veinticuatro de marzo hasta el día siete de abril de 2015.
Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día veinte hasta el día veintitrés de abril de 2015.
Que sus faltas de asistencia en los doce meses anteriores, alcanzan el 5 % de las jornadas hábiles. En concreto las ausencias habidas en cada uno de los doce meses han sido
Doce días hábiles de ausencia desde el día uno de marzo hasta el día diecisiete de marzo de 2014.
Cuatro días hábiles de ausencia desde el día veintiséis hasta el día treinta y uno de marzo de 2014.
Once días hábiles de ausencia desde el día veintisiete de junio hasta el día once de julio de 2014.
Lo que supone 27 días hábiles de ausencia dentro de los 245 días hábiles anuales, lo que supone un absentismo superior al 5 % en el año anterior.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la Dirección de la Empresa, en aplicación de lo previsto en el art. 53 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , se pone a su disposición, en este mismo acto mediante talón nominativo de CAIXABANK Nº NUM001 , la cantidad indemnizatoria de 20 días por año de servicio con el límite de 12 mensualidades y equivalentes a 15.103,71 € (Quince mil ciento tres euros con setenta y un céntimos).

Igualmente, se le significa que al amparo de lo previsto en el número 4 del mencionado art. 53 del Estatuto de los Trabajadores , la empresa ha adoptado la decisión de sustituir el plazo de 15 días de preaviso que prevé el apartado c) del número del citado precepto legal por su compensación en metálico, cuantía que asciende a 709,77 € (Setecientos nueve euros con setenta y siete céntimos) que se abona por talón nominativo de CAIXABANK Nº NUM002 .

Quedando la relación laboral extinguida el día de la fecha anteriormente indicada, en la cual se le hace entrega de la comunicación del presente escrito, rogamos acuse de recibo del mismo, informándole que se entregará al comité de empresa escrito similar al entregado a usted.

Fdo.-

Departamento de RR.LL. "

OCTAVO.- En fecha 10 de Julio de 2.015 el actor presentó papeleta de conciliación ante los Servicios Periféricos en Cuenca de la Consejería de Empleo y Economía, celebrándose el acto de conciliación laboral extrajudicial en fecha 22 de Julio de 2.015, finalizando el mismo con el resultado de "Sin Avenencia".

NOVENO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Cuenca (B.O.P. nº 16, de 9 de Febrero de 2.011).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El relato fáctico declarado probado se ha obtenido de la documental aportada por las partes, así como de la prueba practicada en el acto de juicio oral. En concreto y a los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L.R.J.S .), los hechos que se declaran probados han sido obtenidos, tras la valoración ponderada del conjunto de la prueba practicada, de los siguientes elementos de convicción:

- El hecho probado primero de los documentos nº 4 y 5 aportados por la parte actora en su ramo de prueba en el acto de Vista y documento nº 1 de la empresa. El salario diario se ha obtenido de las nóminas del actor aportadas y según lo dispuesto en las Tablas Salariales del Convenio Colectivo de referencia respecto de la categoría profesional del actor (28,46 €/día de salario base x 455 días -15 pagas-), al que habría que añadir el Plus de Antigüedad (37,18 € x 7 trienios x 15 pagas), lo que soluciona un salario diario de 46,17 €, al que habría que añadir el Plus Hospitalario de los doce últimos meses (1,66 €/día), lo que arroja un salario diario final del trabajador de 47,83 €, tal y como se ha declarado como probado en el ordinal primero de la presente resolución judicial.

- El hecho probado segundo contienen hechos que no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor de lo dispuesto en los artículos 85.2 y 87.1 de la L.R.J.S ., siendo contrastados con la totalidad de la prueba presentada y en la demanda.

- El hecho probado tercero del documento nº 3 aportado por la parte actora en su ramo de prueba en el acto de vista.
- El hecho probado cuarto de los documentos nº 2 y 3 aportados por la parte demandada en su ramo de prueba en el acto de vista.
- El hecho probado quinto del documento nº 2 aportado del ramo de prueba de la empresa demandada.
- El hecho probado sexto del documento nº 7 aportado por la parte demandada en el acto de vista y del interrogatorio del actor.
- El hecho probado séptimo del documento nº 1 aportado por la parte actora en el acto de juicio oral.
- El hecho probado octavo del documento nº 1 que acompañaba a la demanda.
- Y el hecho probado noveno contiene un hecho que no ha sido controvertido.

SEGUNDO.- El principal objeto de litigio en el presente procedimiento -y que ha meritado el planteamiento de una Cuestión Prejudicial por este Juzgado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- ha sido determinar si el empresario está facultado para despedir a un trabajador por la causa objetiva establecida en el apartado d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (E.T .), " *Por falta de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcance el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses* ", cumpliéndose todos los requisitos formales y materiales legalmente establecidos para su aplicación, o si, por el contrario, al venir provocadas dichas ausencias laborales, en exclusiva y precisamente, por enfermedades atribuibles a su discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, dicha extinción de la relación laboral, unilateralmente decidida por la empleadora, ha de calificarse como un despido nulo por venir motivado, directa o indirectamente, por causa discriminatoria.

El artículo 52 d) del E.T . no habilita al empresario a extinguir el contrato de los trabajadores ante cualquier ausencia de los mismo, sino que únicamente se apareja esta posibilidad a aquellos supuestos de absentismo que el legislador español ha considerado suficientemente relevantes. Si bien, tradicionalmente el absentismo individual se había vinculado al cumplimiento simultáneo de una doble exigencia cuantitativa (que el número de faltas del trabajo individualmente consideradas que superara un tasado porcentaje, y, simultáneamente, que el resto de la plantilla del centro de trabajo también sobrepasara en el mismo período una determinada barrera porcentual de absentismo global), la reforma laboral introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral , suprimió el segundo porcentaje de absentismo global de referencia, lo que supuso, según la doctrina científica, por un lado, la desaparición del " *único elemento objetivo con que poder presumir, que no acreditar, un perjuicio al empresario por inasistencia* " (Ruiz Castillo, Sirvent Hernández, Moreno Gené), y, por otro, que el artículo 52 d) del E.T . permite el despido del trabajador por enfermedad -aún justificada por los servicios médicos-, salvo que esa enfermedad sea de larga duración, pudiendo ser " *contradictorio dicho precepto con el reconocimiento constitucional del derecho a la salud de los ciudadanos españoles* " (Baylos Grau).

Es importante destacar que, de manera inopinada, en el artículo 52.d) del E.T . no se ofrece ninguna excepción, matización, condicionante o trato diferenciado a los trabajadores discapacitados en mérito de dicha condición, lo que implica que es una norma de carácter neutro, y, por otra parte, tampoco contiene una cláusula final abierta impeditiva de su aplicabilidad a los supuestos de bajas laborales motivadas por las enfermedades causantes de la discapacidad del trabajador afectado, pues el mismo se ha construido como un catálogo expreso (y cerrado: *numerus clausus*) en el que sólo se pueden dejar de computar las faltas de asistencia al trabajo, a efectos del despido objetivo, en los concretos y tasados casos identificados en él: "[1º] *huelga legal por el tiempo de duración de la misma*, [2º] *el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores*, [3º] *accidente de trabajo*, [4º] *maternidad*, [5º] *riesgo durante el embarazo* y [6º] *la lactancia*, [7º] *enfermedades causadas por embarazo*, [8º] *parto* o [9º] *lactancia*, [10º] *paternidad*, [11º] *licencias* y [12º] *vacaciones*, [13º] *enfermedad* o [14º] *accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos*, [15º] *ni las motivadas por la situación física* o [16º] *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* [17º] *cáncer* o [18º] *enfermedad grave* ".

Introducida la discapacidad como factor prohibido de discriminación por la Ley 62/2.003, de 30 de diciembre , de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha de gozar de la misma protección que el resto de factores, por cuanto los discapacitados tienen como tales unas necesidades y unos objetivos particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades (S.T.S. de 18 de diciembre de 2.007 [rcud. 4194/2006]). Es identificable en el actual ordenamiento jurídico español una norma específica de unificación de diferente normativa legal entonces dispersa (en la Ley 13/1.982, de 7 de abril , de integración social de las personas con discapacidad, que fue la primera norma con rango de ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias; en la Ley 27/2.007, de 23 de octubre , por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; y en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), que intenta dar cobertura jurídica plena a las personas con discapacidad, con manifiesta intencionalidad de remover los obstáculos que impidan la equiparación y facilitación del acceso social y laboral de dichas personas: el Real Decreto Legislativo 1/2.013, 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. En concreto, el artículo 35.5 del mismo establece que: " *Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de **discriminación directa o indirecta** desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo* ". "Discriminación indirecta" que encuentra su conceptualización en el artículo 2.d) del propio R.D.Leg. 1/2013 , al desvelar que " A efectos de esta ley se entiende por: [...] **Discriminación indirecta** : existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios ".

Por otra parte, aún cuando en un principio fue doctrina de nuestros Tribunales nacionales considerar que las discriminaciones prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico eran las que obedecieran, exclusivamente, a las causas enumeradas en los artículos 14 de la Constitución Española (C.E .) y 17.1 del E.T . (SS.T.S. de 15 de junio de 1.992 [rcud. 2267/1991]; y de 24 de septiembre de 2.002 [rcud. 21/2002]), el intérprete constitucional entendió, con posterioridad, que las causas o motivos de discriminación enumerados en el artículo 14 de la C.E . no implican el establecimiento de una lista cerrada, sino una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a determinados sectores de la ciudadanía en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de las personas (por ejemplo, SS.T.Co. 182/2.005, de 4 de julio ; y 177/1.993, de 31 de mayo). Y asimismo, los motivos de discriminación enumerados pueden ser utilizados, en ocasiones, como criterio de diferenciación jurídica, resultando en estos casos mucho más estricto el canon de control de las exigencias de proporcionalidad de la medida, y más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (SS.T.Co. 182/2.005, de 4 de julio ; y 233/2.007, de 5 de noviembre , en ésta última con resumen de la propia doctrina constitucional sobre el tema).

Por transposición de la normativa supranacional europea, la Directiva 2000/78/CE , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato para el empleo y la ocupación, fue trasladada a nuestro Derecho interno a través del remozado artículo 4.2 del E.T ., introduciendo un novedoso apartado c) (en virtud de la citada Ley 62/2.003, de 30 de diciembre) que establece que: " 2. *En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: ...c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados... Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate* "

Ha sido también imprescindible para terminar de definir y acotar con la mayor claridad posible todos los componentes configuradores y cardinales del debate, la distinción de los conceptos de "discapacidad" y de "enfermedad", pues " *ni en el lenguaje ordinario ni en el técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o*

equiparables " (S.T.S. de 29 de enero de 2.001); razón por la que si una persona es despedida por razón de su enfermedad, no cabe calificar dicha decisión empresarial extintiva como un despido discriminatorio por razón de incapacidad, al no concurrir un elemento de estigmatización específico (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2.008, de 26 de mayo ; y SS.T.S. de 22 de septiembre de de 2.008; de 22 de enero de 2.008; de 18 de diciembre de 2.007; y de 12 de julio de 2.004). Ello sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial que considera que la enfermedad, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo que motiva que el mantenimiento del contrato de trabajo de un trabajador enfermo no se considere rentable para la empresa, no es, en principio, un factor discriminatorio en el sentido del artículo 14 de la C.E . (" *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social* "), sino sólo cuando se acredite que ello sea identificable como un elemento de "segregación" (SS.T.S. de 29 de enero de 2.001 [rcud. 1566/2000]; de 23 de septiembre de 2.003 [rcud. 449/2002]; de 12 de julio de 2.004 [rcud. 4646/2002]; de 23 de mayo de 2.005 [rcud. 2639/2004]; de 22 de noviembre de 2.007 [rcud. 3907/2006], y de 18 de diciembre de 2.007 [rcud. 4194/2006]). En este sentido, la diferencia en el alcance de los conceptos de «enfermedad» y «discapacidad» se encuentran contemplados en la decisiva Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2.006 (Asunto Navas Chacón) -en contestación a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de los de Madrid-, que determina que una persona que haya sido despedida por su empleador exclusivamente a causa de una enfermedad, no está incluida en el marco general establecido por la citada Directiva 2000/78/CE , pero que, asimismo, la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad se opone a un despido por motivos de discapacidad en el que, habida cuenta de la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no es competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales de que se trate, entendiéndose por discapacidad una limitación derivada de dolencias que supone un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional; pero no debe confundirse con la enfermedad, si bien ésta, en otras circunstancias, pudiera ser discriminatoria si resultara apreciable un elemento de segregación. Lo que supuso dicha Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2.006 fue la nítida diferencia entre el concepto de «enfermedad» y el de «discapacidad», lo cual permitió concluir que el despido de un trabajador exclusivamente por causa de enfermedad no podía considerarse una discriminación por causa de discapacidad, al entender que los motivos de discriminación recogido en el artículo 1 de la citada Directiva 2000/78 constituyen una lista cerrada y exhaustiva que no puede ampliarse a otros motivos de discriminación. Dicha doctrina fue matizada por la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2.013 (Asunto Ring) en el sentido de asimilar o integrar en el concepto de «discapacidad» a las «enfermedades de larga duración que generen limitación»; lo cual permitió que, en nuestros Tribunales (S.T.S.J. de Galicia de 22 de diciembre de 2.015 , rec. sup. 7395/2015), se entendiera que " la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo...si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad...cuando estas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano judicial remitente... el art. 52 d) ET no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo " .

Por otra parte, y contestando a la cuestión planteada a este mismo órgano judicial por el T.J.U.E. de que la circunstancia de que el precepto estatutario analizado pueda desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido de del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 , " **salvo** que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual le corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente", obliga a analizar si los medios para la consecución de la finalidad combativa del absentismo introducida y facilitada por el artículo 52 d) del E.T . son adecuados y no exceden de lo necesario para

alcanzar el objetivo perseguido por el legislador.

Para resolver dicho juicio de proporcionalidad -siguiendo a la citada doctrina judicial y doctrinal anteriormente citada-, es dable recordar los objetivos que *a priori* se perseguían con la reforma del citado extremo normativo llevada a cabo por la Ley 3/2012 ("favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral") y ello al amparo de lo reconocido por el propio T.J.U.E. que entiende que "los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación no sólo en lo que atañe a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo, sino también en la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo", si bien "hay que comprobar si los medios para la consecución de estos objetivos son **adecuados y necesarios si no exceden de lo requerido para alcanzarlos**".

Para analizar dicho criterio de ponderación y proporcionalidad de los diferentes intereses y principios en juego hay que tomar en consideración los siguientes factores jurídicos y jurisprudenciales (europeos y nacionales) moduladores:

- En primer lugar, el Tribunal Supremo considera que "las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples", y que "los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen, en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades", concluyendo que "a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 hay que matizar nuestra doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación" (S.T.S. de 25 de noviembre de 2014, rcud. 2344/2013).

- En segundo lugar, el propio Convenio 158 de la O.I.T. establece que "la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo" (artículo 6.1).

- En tercer lugar, la propia doctrina del Tribunal Constitucional ha concretado que "no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de otras circunstancias o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo", que ocurriría "cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato" (S.T.Co. 62/2008, de 26 de mayo).

En consecuencia con ello, cuando la decisión extintiva empresarial viene amparada bajo el estricto lenguaje jurídico expuesto en el artículo 52 d) del E.T., en los casos en los que las faltas de asistencia al trabajo vengán motivadas por consecuencias derivadas de enfermedades precisamente constitutivas de su discapacidad, constituyen una diferencia de trato (discriminación) indirecta por motivos de discapacidad, pues entender únicamente ponderables los procesos patológicos derivados de la enfermedad incapacitante a efectos de incurrir en la causa extintiva prevista en la norma puede encubrir una conducta censurable desde la óptica constitucional, toda vez que el transcrito concepto de discapacidad (deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes) trasciende de la previsión del citado extremo de la norma estatutaria en cuanto el mismo se encuentra limitado a trabajadores cuya enfermedad grave o cancerígena está siendo tratada médicamente, lo que excede con mucho cualquier justificación para la consecución de los objetivos antiabsentistas que intenta conseguir la norma, no siendo los mismos, en estos casos, "los medios idóneos, adecuados y necesarios" para alcanzarlos.

Finalmente, antes de entrar a analizar y resolver el fondo del concreto asunto motivador de la presente litis, es dable hacer referencia a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2017 (rcud. 2397/2015), atinente a la aplicabilidad del repetido artículo 52 d) del E.T. en supuestos como el presente, de la que se desprenden varios criterios exegéticos:

- Específicamente, sobre la cuestión de si cabe incluir la enfermedad (asépticamente considerada, y sin la adjetivación necesaria para poder ser incluíble en el supuesto de estar sometida a tratamiento médico por causa de su gravedad o etiología cancerígena) en la excepcionalidad de su aplicación, el Alto Tribunal considera que ninguna

disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal", pues la "enfermedad en cuanto tal" no puede considerarse un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos en la Directiva 2000/78 .

- La interpretación que hace el T.J.U.E. (en Asunto Ring) de la citada Directiva acorde con la Convención de la O.N.U. sobre discapacidad (ratificada por la Unión Europea), determina que " *la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás* ", y siguiendo la pauta establecida en la citada Convención de la O.N.U., " *el concepto de "discapacidad" debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores* "; en su consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que " *si una enfermedad, curable o incurable, acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78* ", pero, por el contrario, " *una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78* ", por cuanto " *la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación* ". Esto es, el Alto Tribunal entiende equiparable a una discapacidad las enfermedades que acarreen una "limitación" de tal magnitud que al interactuar con "diversas barreras" puedan "impedir" su "participación profesional plena y efectiva" en "igualdad de condiciones" con otros trabajadores (que no las sufran), siempre que la misma sea "de larga duración".

TERCERO.- Regresando a lo concreto, la parte actora en el presente procedimiento argumenta que si bien en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13) se determina que la obesidad no figura, específicamente, como un elemento de posible discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, a los efectos de la Directiva 2000/78/CE la obesidad de un trabajador puede considerarse discapacidad cuando acarree una limitación que, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, al interactuar con diversas barreras, pueda 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. Partiendo de la base de que la obesidad que padece el actor en el presente caso es considerada como una discapacidad (administrativamente así reconocida) y que deviene de enfermedades o dolencias físicas crónicas, las ausencias laborales por la misma exclusivamente consideradas no podrían ser utilizadas por la empresa como causa del despido objetivo, pues ello supondría una discriminación del actor por razón, precisamente, de su condición de discapacitado.

Por el contrario, según las alegaciones formuladas por la parte demandada, la empresa considera que ha cumplido con todas las premisas fácticas y jurídicas condicionantes, tanto formales como materiales, que legalmente le son exigidas para proceder válidamente al despido del trabajador por causas objetivas (artículo 52 d) del E.T .), por cuanto se ha acreditado la realidad y duración de las ausencias laborales del trabajador (extremo fáctico no combatido por la parte demandante); que dichas faltas al trabajo, aún justificadas, sobrepasaban los límites porcentuales establecidos en la norma de referencia para proceder legalmente a su despido (dato debidamente acreditado); observando, además, la cabal realización de todos y cada uno de los requisitos formales legalmente establecidos para ello en el extremo normativo de referencia (artículo 53 del E.T .); y que, en última instancia, carecía de todo ánimo discriminatorio contra el trabajador, por cuanto en el momento de proceder a su despido desconocía su condición de discapacitado (elemento también admitido por la parte actora).

Pero, precisamente, este último dato acreditado -y en aplicación de inversión de la carga probatoria en este tipo de procedimientos (ex artículo 181.2 de la L.R.J.S .)- motivaría que no deba serle exigido a la demandada que demuestre que, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación de un derecho fundamental, le corresponda la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, pues dicha carga probatoria (*onus probandi*) debe quedar limitada a

supuestos de discriminación directa al atañer, específicamente, a casos en los que indiciariamente se evidenciaría que la actuación extintiva empresarial ha venido íntimamente motivada por causa de discriminación, consciente y volitivamente realizada por el empleador, pero no en los que faltando dicho elemento de la voluntad intencional, el mismo utiliza una disposición legal, aparentemente neutra, que pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo o por razón de su discapacidad, esto es, en los supuestos de "discriminación indirecta" (artículo 2.d) del R.D.Leg. 1/2013), cuando así es -aun involuntariamente- provocada.

Pues en esta particular variante de violación de derechos fundamentales, ya no sería dable enjuiciar tanto una voluntad intencional discriminatoria inexistente del empleador como las consecuencias -ahora sí- discriminatorias, por segregacionistas, derivadas de la aplicación de una norma aparentemente inocua.

A este respecto, según se exponen en los Apartados 38 y 39 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a la Cuestión Prejudicial planteada por este Juzgado, " *En lo que atañe a la cuestión de si el artículo 52, letra d) del Estatuto de los Trabajadores puede suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, procede señalar que **incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad** . Ahora bien, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 44 de la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05 , EU:C:2006:456), es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de «discapacidad» y «enfermedad» (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 , EU:C:2013:222 , apartado 75). Debe señalarse a este respecto que **un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores que un trabajador sin discapacidad** . De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores .**Por tanto, queda de manifiesto que la regla establecida en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 , EU:C:2013:222 , apartado 76) "***

Para justificar la dicción del citado artículo 52 d) del E.T. ante el T.J.U.E., el representante del Gobierno español mantuvo que " *con el fin de aumentar la productividad y eficacia en el trabajo, el legislador español considera desde antiguo que el absentismo laboral debido a bajas por enfermedad intermitentes de corta duración constituye una causa de extinción de la relación laboral, para evitar un incremento indebido de los costes laborales empresariales.*

Según el Gobierno español, esta excesiva «morbilidad intermitente» implica para las empresas no sólo la asunción de los costes directos de la ausencia laboral, dado que han de pagar la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal durante los quince días de inactividad sin posibilidad de reclamar su devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social, además de los costes de sustitución, sino también la asunción del coste indirecto que supone la singular dificultad de suplir ausencias cortas " (Apartados 41 y 42).

Pero aun cuando el citado artículo 52 d) del E.T. ha expulsado del cómputo de faltas de asistencia intermitentes en el trabajo justificativas de la extinción de la relación laboral, entre otras, las ausencias debidas a " *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* " y, añadidamente en el año 2.012, cuando las " *ausencias obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave* " -tal y como ha mantenido el Gobierno español en la exculpación del artículo 52 d) del E.T. de cualquier atisbo de discriminación a las personas afectadas por una discapacidad-, dichas excepciones no cubrirían la totalidad de las situaciones de discapacidad y consecuencias patológicas incidentales de la misma derivadas, pues quedarían desamparados unos amplísimos campos de discapacidad no incluíbles en el mismo al poder carecer la/s enfermedad/es motivadora/s de la misma -por su cronificación, estabilización o definitiva irreversibilidad- de la adjetivación de "gravedad" o etiología "cancerígena" (siendo ésta, a su vez, una subespecie de la anterior) legalmente exigidas por la norma para obtener el placet de excepcionabilidad exigido, bastando para su evidencia la simple lectura del Anexo I.A del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, donde se contiene, cataloga y barema una enorme multiplicidad de enfermedades, variantes, escalas y ramificaciones clínicas del "Sistema musculoesquelético" (Capítulo 2), del "Sistema nervioso" (Capítulo 3), del "Aparato respiratorio"

(Capítulo 4), del "Sistema cardiovascular" (Capítulo 5), del "Sistema hematopoyético" (Capítulo 6), del "Aparato digestivo" (Capítulo 7), del "Aparato genitourinario" (Capítulo 8), del "Sistema endocrino" (Capítulo 9), de "Piel y anejos" (Capítulo 10), de "Neoplasias" (Capítulo 11), del "Aparato visual" (Capítulo 12), de (Oído, garganta y estructuras relacionadas" (Capítulo 13), del "Lenguaje" (Capítulo 14), del "Retraso mental" (Capítulo 15) y de la "Enfermedad mental" (Capítulo 16), que, de forma individual o de consuno con otras, implicarían el reconocimiento de una discapacidad al sujeto afectado por alguna o varias de ellas, pero que, en multitud de casos, no meritaban tan "grave" consideración, máxime cuando el propio texto normativo, para su no contabilización como " *morbilidad intermitente* ", no sólo exige que se padezca la enfermedad de forma "grave" (adjetivación asaz ambigua en términos clínicos), sino que, además, como requisito condicionante adicional, " *las ausencias obedezcan a un **tratamiento médico*** ", esto es, quedarían también fuera de dicha protección las enfermedades (graves) que motivan la discapacidad si no precisan que las ausencias laborales (aún justificadas) obedezcan a un "tratamiento médico" sino a la intensificación de sus síntomas; piénsese, por ejemplo, en enfermedades físicas o psíquicas, con recidivas periódicas en su incidencia incapacitante laboral, que sólo precisan para la superación de los períodos álgidos de descanso, reposo, o ausencia de ruidos, sin terapia médica; o enfermedades alérgicas no filiadas; o aquellas que no tienen pautado un tratamiento médico curativo ni, en ocasiones, siquiera paliativo, sino tan sólo mitigador de sus consecuencias cronificadas (enfermedad de Crohn, artritis reumatoide, psoriasis, cirrosis hepática, etc.); o finalmente las denominadas "enfermedades raras" que cursan por brotes incapacitantes, que se caracterizan por ataques impredecibles, repetitivos e inflamatorios que se resuelven los brotes sin tratamiento y/o que la ciencia médica en la actualidad no tiene pautado un procedimiento terapéutico -Síndrome MEFC2, enfermedad de Reiter, mielofibrosis idiopática, trombocitopenia inmune primaria,... [Fuente: Federación Española de Enfermedades Raras].

CUARTO.- Es por ello de plena aplicación la citada doctrina jurisprudencial europea al supuesto de autos, pues la misma obliga a los destinatarios de la aplicación de las respectivas normas estatales laborales a allanar las posibles dificultades empresariales que impidan o limiten la participación plena y efectiva de la persona con limitaciones (no imposibilidades) físicas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En el caso de la norma española aplicable para la resolución jurídica sometida a resolución ante este órgano jurisdiccional español (artículo 52 d) del E.T .), al hilo de la normativa y jurisprudencia comunitaria citada, en la misma no se incluyen las faltas de asistencia al trabajo causadas, precisamente, por la/s enfermedad/es motivadora/s de la discapacidad del trabajador dentro del catálogo de su no computación a los efectos de su despido objetivo expuesto en el párrafo segundo de la citada norma, donde sí se catalogan hasta dieciocho supuestos distintos a los que no se les aplicaría la misma, la mayoría de los cuales (hasta trece) son de similar etiología justificativa y ontología jurídica a la aquí analizada. Ello motiva que el colectivo de los trabajadores discapacitados son más vulnerables a ser despedidos al encontrarse más expuestos al riesgo de que se les aplique la citada norma legal española 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, con independencia de su conocimiento previo de dicha situación por el empleador -pues en este último caso se entraría de pleno en el supuesto de discriminación directa del artículo 14 de la C.E . por " *... discriminación por razón...cualquier otra condición o circunstancia personal ...*"-, desfavoreciendo así a los trabajadores con discapacidad con respecto a los que no lo son, y, de este modo, supondría una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 ; sin que, además, dicha diferencia de trato pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, tal y como se requiere en el inciso i) de dicha disposición comunitaria.

Este órgano jurisdiccional considera que concurre una colisión evidente entre la norma española y la comunitaria, y que, a diferencia del caso danés, no existe elemento u objetivo legislativo de integración, por lo que procedería una respuesta del legislador español en el sentido de forzar la inclusión en nuestro Derecho nacional y, en concreto, en el artículo 52.d) del E.T ., dentro de los procesos de incapacidad temporal inferiores a veinte días, la excepción de su aplicación, a efectos del cómputo de los días de faltas de asistencia al trabajo, a los trabajadores que tengan reconocida la condición de discapacitado, cuando dichos procesos de incapacidad temporal deriven o estén vinculados a las enfermedades causantes del reconocimiento de su discapacidad, pero al no estar así previsto en tiempo contemporáneo a la emisión de la presente resolución judicial, procede entender que el despido del trabajador ha de ser calificado como nulo, por discriminatorio, con las consecuencias que se expondrán en la parte dispositiva de esta sentencia.

QUINTO.- Por todo ello, y en consonancia con lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad (aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del consejo, de 26 de noviembre de 2.009), en la letra e) de su Preámbulo y en su artículo 1º; así como con los artículos 3.1 , 21.1 y 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ; por la Recomendación 86/379/CEE, del Consejo, de 24 de julio de 1.986, sobre empleo de minusválidos en la Comunidad (DO L 225 de 12 de agosto de 1.986); por la Resolución de 17 de junio de 1.999, del Consejo, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías (DO C 186 de 2 de julio de 1.999); y por la citada Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2.000 , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Considerandos sexto, octavo, undécimo y duodécimo), y con lo dispuesto en los artículos 1 , 2.2.b) y 3.1.c); en relación con el artículo 14 de la C.E .; y con los artículos 4.2.c) y 52.a) del E.T ., *este juzgador considera que en el presente caso concurre discriminación (indirecta) en la persona del actor, por cuanto concurre una decisión empresarial aparentemente neutra -como es la utilización de un apartado normativo que posibilita el despido de un trabajador por faltas de asistencias al trabajo motivadas por enfermedades derivadas de su discapacidad reconocida- que ocasiona una situación de desventaja particular a una persona con dicha discapacidad respecto de otros laborales.*

Y así entendido, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1 , 2 y 4 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 , al estar incluido el actor en su ámbito subjetivo de aplicación, el despido del actor ha de calificarse como nulo y sin efectos (ex artículo 35.5 del R.D.Leg. 1/2013), al ser calificado el citado despido como vulnerador de su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (artículo 14 de la C.E .), pues debe considerarse que vulnera este derecho fundamental al ser discriminatorio cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca a un trabajador como consecuencia o a causa de su condición de persona con discapacidad.

En consecuencia, procede la estimación de la principal de las peticiones formuladas en el Suplico de la demanda, declarando nulo y sin efecto el despido por causa objetiva del actor, con las consecuencias que a este respecto se expondrán en la parte dispositiva de esta resolución judicial.

SEXTO.- Derivado de lo anterior, dado que lo solucionado en esta Sentencia conlleva el indeseable reconocimiento de que se han producido daños morales al demandante al acreditarse una violación ilegítima de su derecho subjetivo fundamental de no discriminación, atentatorio a su dignidad profesional y personal (ex artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 , de 5 de mayo , en relación con los artículos 4 y 5 de la Ley 62/1978 , y artículo 183.1 de la L.R.J.S .), es necesario reconocer que dicha actuación del empleador acarrea la obligación de determinar la cabal y adecuada reparación de las consecuencias derivadas del acto, sin necesidad de prueba del perjuicio ocasionado más allá del inherente a ello, ya que el mismo se presume ante la violación del citado derecho fundamental del trabajador (Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 20 de julio de 1.992 ; de Navarra de 28 de abril de 1.995; de Canarias/Las Palmas de 20 de mayo de 1.994; de Castilla-La Mancha de 10 de diciembre de 1.998; y de Cataluña de 4 de diciembre de 2.000; entre otras); pero *al no concurrir la intencionalidad del empleador en ello, con desconocimiento incluso de la condición de discapacitado del trabajador despedido, y estando facultado el órgano judicial, de forma soberana, para cifrar el daño moral con arreglo a su prudente arbitrio, atendidas las circunstancias del caso, se cuantifica la cantidad económica a satisfacer por dichos daños morales efectivamente causados en la simbólica cuantía de 1 €.*

SEPTIMO.- Contra esta sentencia cabe interponer recurso de Suplicación, de conformidad con lo prevenido en el artículo 191.3.f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Vistos los preceptos de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMO en su petición principal la demanda formulada por D. Anibal , por DESPIDO con VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, contra la empresa FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A., y en su consecuencia procede declarar

la NULIDAD del despido del actor, condenando a la mercantil demandada a la readmisión inmediata del actor en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones de trabajo que tenía con anterioridad al despido de fecha 8 de Julio de 2.015, con abono de los salarios dejados de percibir desde dicha fecha y hasta el Auto de fecha 5 de Mayo de 2.016, y desde la fecha de notificación de la presente Sentencia hasta su reingreso efectivo a razón de 47,83 €/día, pudiendo ser minorada la cantidad económica resultante de lo ya abonado por la demandada por el despido efectuado si así hubiera ocurrido.

Asimismo, condeno a la empresa FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A. a que abone a D. Anibal la cantidad de 1 € como indemnización por vulneración de sus derechos fundamentales.

No hay pronunciamiento en materia de costas procesales.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito presentado en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta a nombre de esta Oficina Judicial, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguido del código "34 Social Suplicación", acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como; en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, deberá consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario a primer requerimiento indefinido por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Oficina Judicial con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.