

¿Puede ser considerada persona con discapacidad la trabajadora que tiene la consideración de especialmente sensible frente a los riesgos derivados del trabajo?

STJUE (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2019 (asunto: C-397/18).

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *Se resuelve una cuestión prejudicial en la que cuestionaban dos circunstancias. Si, en primer lugar, podía considerarse discapacitada a la trabajadora que tenía reconocida la consideración de especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo. Y si, en segundo lugar, los criterios implementados empresarialmente para la articulación de un despido colectivo por causa económica, técnica, organizativa o de producción, eran discriminatorios precisamente por emplear parámetros que tenían en consideración variables laborales de difícil consecución por una trabajadora especialmente sensible a los riesgos laborales que, además, había acumulado bajas laborales por esta circunstancia en el período antecedente tenido en consideración para la extinción objetiva.*

Palabras clave: *Trabajadores especialmente sensibles frente a determinados riesgos derivados del trabajo. Discapacidad. Discriminación indirecta. Despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.*

Abstract: *A preliminary ruling is resolved in which they questioned two circumstances. If, in the first place, the worker who had the consideration of being especially sensitive to the risks arising from work could be considered disabled. And if, secondly, the criteria implemented by companies for the articulation of a collective dismissal for economic, technical, organizational or production reasons, they were discriminatory precisely because they used parameters that considered labor variables difficult to achieve by a worker especially sensitive to the occupational risks that, in addition, had accumulated labor losses for this circumstance in the previous period taken into account for the objective extinction.*

Keywords: *Workers especially sensitive to certain risks arising from work. Disability. Indirect discrimination. Dismissal for economic, technical, organizational and production causes.*

I. Introducción

La sentencia objeto de comentario resuelve una cuestión prejudicial planteada por el JS núm. 3 de Barcelona mediante auto de 30 de mayo de 2018 en un litigio por despido por causas objetivas entre la trabajadora *DW* y la empresa *Nobel Plásticos*.

El problema técnico jurídico versa sobre la interpretación que debe dársele a 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, en el contexto de una extinción objetiva por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción de una trabajadora que tenía la consideración de especialmente sensible frente a los riesgos derivados del trabajo, y, más concretamente, si podía, por esa sola circunstancia, tener la consideración de persona con discapacidad. En segundo lugar, y como cuestión derivada de la anterior, se plantea si en esas circunstancias la trabajadora podía ser incluida en el referido expediente extintivo y si los parámetros empleados por la empresa son admisibles desde esta óptica, pues los trabajadores discapacitados son más proclives a incurrir en los referidos índices que los trabajadores que no sufren ningún tipo de discapacidad.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera).

Fecha de la sentencia: 11 de septiembre de 2019.

Asunto: C-397/18.

ECLI: EU:C:2019:703.

Fuente: CENDOJ.

III. Problema suscitado

La trabajadora *DW* fue contratada por *Nobel Plásticos Ibérica* en julio de 2004. En 2001 se le diagnosticó epicondilitis, dolencia de la que fue intervenida quirúrgicamente en 2012. Dicha lesión tiene la consideración de enfermedad profesional, y desde 2011 se le reconoce la condición de “*trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo*” según lo dispuesto en el art. 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, situación que no ha variado con el paso del tiempo.

Entre 2011 y 2014 la trabajadora estuvo en varias ocasiones en incapacidad temporal, diagnosticándole también algunos episodios de “*trastorno de ansiedad*” en 2015 y 2016, acudiendo en 2016 en varias ocasiones al servicio médico de la empresa por dolores en el codo, reproduciéndose la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo por la epicondilitis que padecía.

Intimó varias comunicaciones tanto al servicio médico como a la empresa solicitando que se adecuara su puesto de trabajo a la condición física que padecía. Es interesante constatar que desde la fecha en que se le diagnosticó a la trabajadora la dolencia que padecía se sometió a un reconocimiento médico periódico tras cada alta médica que experimentaba. En todos ellos se precisó que la trabajadora es “*apta con limitaciones*” para desarrollar el puesto de trabajo que tenía encomendado.

Debe reseñarse, además, que en agosto de 2017 la Inspección de Trabajo propuso sancionar a *Nobel Plásticos Ibérica* por dos infracciones. En primer lugar, por exponer a la trabajadora *DW* a los “*riesgos ergonómicos que produjeron su dolencia, creando un riesgo grave para su integridad física o su salud*”, y en segundo lugar, por mantener “*las condiciones de prestación de servicio de la trabajadora una vez conocida su epicondilitis*”, es decir, “*por adscribir a la trabajadora a puestos de trabajo cuyas condiciones eran incompatibles con las particularidades de su estado de salud*”. El informe de la Inspección de Trabajo precisa que aunque la trabajadora *DW* había rotado entre diversos puestos de trabajo a lo largo del tiempo en todos ellos se realizaban actividades manuales que “*suponían la existencia de riesgos ergonómicos, de afectación al sistema músculo-esquelético, para las extremidades superiores*”. Queda constada en dicho informe que la empresa, *Nobel Plásticos Ibérica*, no había

implementado las necesarias adaptaciones en el puesto de trabajo que desempeñaba la trabajadora *DW* con el objetivo de garantizar su compatibilidad con su estado de salud.

En estas condiciones se formaliza por la empresa un despido por causas objetivas, en cuyo devenir jurisdiccional se plantea la cuestión prejudicial ahora resuelta por la sentencia objeto de comentario.

Concretamente se cuestiona si el concepto de “*trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos*”, en la caracterización técnica que se deduce del art. 25 LPRL, es asimilable al concepto de “*discapacidad*” que emplea la Directiva 2000/78. Porque si efectivamente tuviese esa consideración su inclusión en el expediente extintivo quedaría en entredicho.

Desde otro punto de vista, aunque inextricablemente unido con esta argumentación, también se cuestiona la validez de los criterios que se han implementado por la empresa para determinar qué trabajadores van a ser incluidos en dicho expediente, especialmente si tienen en consideración los elementos que se relacionan con los ajustes razonables que debían proporcionarse para facilitar la adaptación al puesto de trabajo de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. El Magistrado proponente de la cuestión asume que uno de los criterios utilizados, el referido al puesto de trabajo que desarrolla, es objetivo y neutro, y no provoca discriminación alguna. Sin embargo los otros tres empleados (el relativo a la productividad durante el año 2016, el referido a la polivalencia en el puesto de trabajo, y el que mide el nivel de absentismo en el año 2016) sí pueden provocar -a su juicio- una discriminación indirecta.

Plantea, en definitiva, cuatro cuestiones prejudiciales, reconducibles a las dos siguientes.

En primer lugar, si puede ser considerada persona con discapacidad (desde la perspectiva de la aplicación de la Directiva 2000/78) la persona trabajadora calificada como especialmente sensibles a los riesgos del trabajo.

Y, para el supuesto de que efectivamente así se considerase, plantea el proponente otras tres cuestiones, reconducibles a un único enunciado, que es como lo resuelve la resolución objeto de comentario: ¿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 tiene reconocida una discapacidad precisamente por haber sido categorizada como especialmente sensible a los riesgos laborales por causa de las dolencias físicas que le han provocado períodos de ausencias por baja médica antes del despido?.

IV. Posiciones de las partes

1. La empresa demandada.

En 2016 la empresa *Nobel Plásticos Ibérica* implementa cuatro criterios para proceder a un despido por causas objetivas en la empresa: 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.

La empresa entiende que la trabajadora *DW* cumplía con los cuatro criterios de selección, pues se encontraba adscrita a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, presentaba una productividad media ponderada del 59,82 %, una polivalencia funcional muy reducida en las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, y su índice de absentismo era del 69,55 %.

Por ello en marzo de 2017, mientras *DW* se encontraba en situación de incapacidad temporal, le notifica su despido basado en causas objetivas. Consta

acreditado que en las mismas fechas fueron despedidos otros nueve trabajadores que ejercían su actividad profesional en la misma empresa.

2. La trabajadora demandante

En abril de 2017 la trabajadora DW interpone demanda contra el despido ante el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial comunitaria, solicitando la nulidad del despido, o subsidiariamente su declaración de improcedencia.

V. Normativa aplicable al caso.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los 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 2009 (DO 2010, L 23) reconoce que *“...la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las 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 las demás”*.

El § 11 de la Directiva 2000/78 afirma que la *“...discriminación por motivos de.../... discapacidad.../...puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas”*.

El art. 2.) de la Directiva 2000/78 precisa que *“b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro pueda ocasionar una desventaja particular a personas con .../...una discapacidad.../...respecto de otras personas, salvo que:.../...ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en la cláusula 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”*.

El artículo 5 de la Directiva 2000/78, titulado *“Ajustes razonables para las personas con discapacidad”*, precisa: *“A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”*.

El art. 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales titulado *“Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”* precisa: *“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 tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de estas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.*

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

El art. 4 RD-L 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 dispone que *“Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

El art. 35 RD-L 1/2013 tiene el siguiente tenor literal: *“1. Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación.*

2. La garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este capítulo y en su normativa específica en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.

3. Existirá discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad.

4. Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión.

5. 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”.

El art. 40 RD-L 1/2013 establece *“1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad.*

2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, 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.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”.

El art. 53.4 ET precisa que *“Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en*

la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio”.

VI. Doctrina básica

El trabajador especialmente sensible a los riesgos laborales solo se considera trabajador discapacitado desde la óptica de la Directiva 2000/78 en el caso de que el estado de salud implique una limitación de la capacidad que puedan impedir la participación plena y efectiva del trabajador en la vida profesional en igualdad de condiciones con otros trabajadores, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional corroborar si en el asunto sometido a su jurisdicción concurren tales circunstancias.

La concreción de los elementos que se tienen en consideración para la determinación de los trabajadores especialmente sensible a los riesgos del trabajo se organizan sobre parámetros diferentes a los que se emplean para apreciar la discapacidad del sujeto, por lo que la homologación de una situación con la otra no es perfecta, de lo que se deduce que no siempre y en todo caso el trabajador especialmente sensible tiene que ser considerado persona con discapacidad desde la perspectiva de la Directiva europea.

Los cuatro criterios implementados empresarialmente para organizar el despido por circunstancias económicas técnicas organizativas y de producción son aparentemente neutros. Sin embargo uno de ellos, el relacionado con el absentismo, puede, indirectamente, dañar al trabajador discapacitado ya que este tipo de trabajadores están más expuestos al riesgo de tener un índice elevado de absentismo que un trabajador sin discapacidad. También el criterio que se relaciona con la productividad está en cuestión pues, por la misma razón, los trabajadores discapacitados tienen limitaciones que pueden concretarse en una menor productividad.

La Directiva exige que el empresario realice ajustes razonables para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, mantenerlo y desarrollarlo sin limitaciones, siempre que eso no suponga “una carga excesiva para el empresario”, circunstancia cuya apreciación corresponde al juez nacional.

VII. Parte dispositiva

La Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo solo está comprendido en el concepto de ‘discapacidad’ comunitaria en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad 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, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto sometido a su competencia concurren tales requisitos.

Precisa, en segundo lugar, que 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 por el empresario constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables con el objetivo 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.

VIII. Pasajes decisivos

Con respecto a la primera cuestión prejudicial.

§ 41. “...el Tribunal de Justicia ha considerado 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 (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C 337/11, EU:C:2013:222, apartado 38, y de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C 270/16, EU:C:2018:17, apartado 28)”.

§ 42. “No se aprecia que la Directiva 2000/78 solo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad...”.

§ 43. “El concepto de ‘discapacidad’ debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no como la imposibilidad de ejercer tal actividad”.

§ 49. “Debe señalarse 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...”

§ 50. “Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en el asunto principal, el estado de salud de DW implicaba una limitación de su capacidad que cumpliera con los requisitos mencionados en el apartado 41 de la presente sentencia...”

Con respecto a las cuestiones prejudiciales 2ª a 4ª.

§ 57. “...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 estas circunstancias, no cabe considerar que estos criterios establezcan una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad.../...dado que no están indisolublemente ligados a la discapacidad”.

§ 58. “Por lo que se refiere a una posible discriminación indirecta por motivos de discapacidad, procede señalar que unos criterios de selección que, con el fin de determinar a las personas que serán despedidas por causas objetivas, consisten en 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 son aparentemente neutros”.

§ 59. “Sin embargo, por lo que respecta más concretamente al criterio de selección basado en el índice de absentismo, procede señalar que, 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 tanto, queda de manifiesto que el criterio de selección consistente en un índice de absentismo elevado durante un año puede desfavorecer a 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...”.

§ 60. “Del mismo modo, por cuanto atañe a los criterios de selección a efectos de proceder a un despido consistentes en presentar una productividad inferior a un determinado nivel y una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa, un trabajador con discapacidad tiene en principio, como consecuencia de la limitación de su capacidad, menos posibilidades de obtener buenos resultados que un trabajador sin discapacidad. Por lo tanto, esos criterios también pueden suponer una diferencia de trato basada indirectamente en la discapacidad...”.

§ 61. “...un trato desfavorable que resulte indirectamente de una discapacidad solo es contrario a la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación...”.

§ 62. “...existirá discriminación indirecta cuando 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.../...para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

§ 63. “...los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”.

§ 64. “A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de ‘ajustes razonables’ debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las diferentes barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores...”.

§ 65. “...el empresario debe adoptar medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre, sin que tales medidas impongan al empresario una carga desproporcionada, teniendo en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”.

IX. Comentario

La exigencia básica que se deduce del art. 25 de la LPR en relación con los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo se concreta en que dichos trabajadores no sean utilizados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, pueden ponerse en peligro ellos mismos, o a los demás u otras personas relacionadas con la empresa, garantizándose también que no van a ser empleados en determinados puestos que no correspondan con sus capacidades psicofísicas.

El juez nacional tiene que apreciar, con respecto a la discriminación directa o indirecta de los parámetros empleados para articular el despido por causas económicas técnicas organizativas y de producción, si el empresario ha implementado los ajustes razonables en el puesto de trabajo que permitan a las personas con discapacidad acceder al empleo y desarrollarlo correctamente. Estos ajustes razonables tienen que realizarse siempre y en todo caso, con la única excepción de que supongan una carga excesiva para el empresario, excepción cuya apreciación también corresponde al juez nacional

Si finalmente llega a la conclusión de que no se han implementado, con carácter previo al despido, dichos ajustes razonables para favorecer la integración del trabajador especialmente sensible a los riesgos laborales, procedería declarar que el despido constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad. Pero si, por el contrario, entiende que sí se han implementado los ajustes razonables no procederá declarar que el despido es discriminatorio.

El caballo de batalla son los criterios que se tienen en consideración para organizar el despido y la apreciación previa de que efectivamente responden, de

manera objetiva, al fin pretendido sin que puede apreciarse una utilización discriminatoria de los mismos.

X. Apunte final

Es evidente que el margen de apreciación del juez que planteó la cuestión de prejudicialidad comunitaria es muy elevado, al menos en dos sentidos. Porque la resolución no equipara al trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo con trabajador discapacitado, aunque no rehúye dicha posibilidad. Y, en segundo lugar, porque debe corroborar que el empresario implementó, antes de proceder al expediente extintivo, todas las medidas necesarias, en la terminología legal "*los ajustes razonables*", que favorezcan el desarrollo laboral de las personas con limitaciones en su funcionalidad laboral. Si efectivamente ha implementado dichos ajustes razonables, los criterios que diseña (absentismo, una menor polivalencia funcional, y una menor productividad), sí pueden ser utilizados, pero, en caso contrario, se debería entender que su operatividad discrimina indirectamente al trabajador discapacitado.

No niega, en definitiva, que los criterios que se emplean para el despido objetivo pueden ser operativos, pero condiciona su operatividad a que vengan precedidos de la implementación de unos ajustes razonables en las tareas encomendadas al trabajador discapacitado, con el propósito de que puede desarrollar su actividad laboral sin merma alguna por la pérdida de funcionalidad que padece.

Ahora bien, y el § 54 de la resolución deja muy claro este presupuesto, solo se puede entrar a analizar si los criterios utilizados para el despido son indirectamente discriminatorios cuando tenga afirmado que el trabajador sensible a determinados riesgos laborales es, desde el punto de vista comunitario, un trabajador con discapacidad. Lo cual resta operatividad a la cuestión relativa a estos criterios. Lo fundamental, en definitiva, es considerar o no al trabajador discapacitado desde el punto de vista comunitario, teniendo presente, como afirma en varias ocasiones, que la directiva no lo exige expresamente, y que esta apreciación es competencia jurisdiccional interna.

La resolución se enmarca en una serie de sentencias del mismo tribunal que analizan el despido, particularmente el producido por absentismo, con la enfermedad o la discapacidad. Bien puede leerse, por tanto, como una continuación, o como un apéndice, de la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto: C-270/2016) Ruíz Conejero, que tanto juego ha dado para excluir del cómputo de las ausencias computables a efectos del despido objetivo por absentismo las derivadas de la discapacidad que padece el trabajador.