

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria

Rosa María PÉREZ ANAYA*

RESUMEN: La autora analiza la protección por la Unión Europea del principio de no discriminación por discapacidad y en especial de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al reconocimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación. La conexión de la obesidad con los términos discapacidad y enfermedad justifica el análisis jurisprudencial del tratamiento y evolución que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza en diversas sentencias sobre tales términos. Todo ello con la intención final de abordar si el despido de un trabajador obeso puede ser un acto discriminatorio.

Palabras clave: Obesidad, Discriminación, Discapacidad, Empleo, Tribunal de Justicia.

SUMARIO: 1. La promoción comunitaria del principio de no discriminación por razón de discapacidad. 2. Una aproximación al concepto de discapacidad. 3. La enfermedad como causa de discapacidad: al hilo de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 4. La cuestión central: la obesidad como causa de discapacidad ¿una posible vía de protección por discriminación en el empleo? 5. Valoración final. 6. Bibliografía.

* Profesora Colaboradora Doctora de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

1. La promoción comunitaria del principio no discriminación por razón de discapacidad

Unos de los valores básicos que promulga la Unión Europea (en adelante UE) en su normativa es el principio de igualdad dedicándole distintos preceptos para su promoción y salvaguarda. Se trata, por tanto, de una constante tanto de Tratados Fundacionales como en normas de Derecho derivado aunque el ámbito subjetivo, e incluso, el contenido del reconocimiento ha resultado variable desde sus inicios si nos referimos a los textos legales que desde la Unión se les dedica.

Así, mientras que desde las instituciones de la UE se ha realizado un tratamiento central o neurálgico de la prohibición de discriminación por razón de sexo baste para ello, recordar que el principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia salarial (art. 119) ya se recogía en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957) a pesar de que tuviese un contenido más económico que social, respondiendo a la intención o finalidad que justificó la creación de la Comunidad Económica Europea. Este tratamiento preferente le ha llevado a proteger la igualdad entre hombres y mujeres en distintos ámbitos, entre los que se encuentra el ámbito laboral y concretamente: en el empleo y la ocupación; en la remuneración; en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; entre otros¹.

Sin embargo, no se dispensa un tratamiento similar desde la Unión a otras causas de discriminación como la discapacidad, ya que no es hasta 1997 con el Tratado de Ámsterdam, cuando se incorpora a Tratados Fundacionales otras causas de discriminación, concretamente por razón de etnia, religión, discapacidad, edad y orientación sexual en art. 13 TCE. A pesar del avance que supuso este precepto respecto a la discriminación por otras causas hasta ahora inéditas en los Tratados Fundacionales, en el precepto no se establecía una prohibición general de discriminación por cualquiera de las causas citadas sino que en su texto (únicamente) se permitía al Consejo la adopción de medidas para la lucha contra cualquier discriminación que estuviese motivada en una de estas causas y siempre en

¹ Algunos apuntes en materia de discriminación por razón de género, por ejemplo: tras la Cumbre de París de 1972 se elaboró el Plan o Programa de Acción social (1974), que supuso una aproximación normativa en diversas materias de índole social entre las que se incluye la igualdad entre hombres y mujeres en diversos ámbitos. Esta promoción se materializó con la aprobación de diversas directivas dirigidas a esta causa, entre ellas: D 75/117 sobre igualdad en materia de retribución; D 76/207 sobre igualdad de trato en el acceso al empleo y trabajo, formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo; o la D 79/7 sobre igualdad en los regímenes legales de la Seguridad Social.

el ámbito de las competencias de la Unión².

A partir de este texto normativo se incorpora a los Tratados Fundacionales el principio de no discriminación especificando idénticas causas incluidas en el Tratado de Ámsterdam, así se incorpora al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE versión consolidada 2012) en su artículo 10 que señala: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Admitiendo para ello la aprobación de acciones del Consejo y del Parlamento contra la discriminación por tales causas a través de un procedimiento legislativo especial en su art. 19.1 (antiguo art. 13 TCE)³. Ello supone que se convierte en objetivo prioritario de la UE la consecución desde sus propias instituciones de la plena igualdad entre sus ciudadanos permitiéndole aprobar acciones que permitan un elevado nivel de protección. Sin embargo, se trata de reconocimientos expresos de derechos que van a ser objeto de desarrollo por las instituciones de la Unión (concretamente el Consejo) en la medida que tales derechos aparezcan reconocidos en sus preceptos y siempre dentro de las competencias de la Unión. Todo ello, sin que se prohíba expresamente cualquier discriminación por cualquiera de las causas señaladas.

Finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada 2010) (en adelante CDFUE) recoge en su articulado idénticas causas de discriminación en su art. 21 aunque añade otras causas específicas como características genéticas, orígenes sociales, lengua, opiniones políticas y patrimonio⁴. La importancia de este texto en materia de no discriminación es que incluye una prohibición general de

² Señalaba expresamente el art. 13 TCE: “Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente tratado y dentro de los límites de las competencias que éste confiere a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

³ Señala el art. 19.1 TFUE: “Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

⁴ Señala el art. 21 CDFUE: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

discriminación a cuyo postulado añade seguidamente distintas causas entre las que se encuentra la discapacidad. Esta prohibición general de discriminación permitiría añadir otras causas a las ya enumeradas lo que supondría ampliar el ámbito subjetivo de la protección por discriminación⁵. A pesar de este importante paso que pudo suponer el reconocimiento general de prohibición de discriminación que podría permitir como hemos señalado que otras causas no específicamente señaladas estuviesen igualmente protegidas; sin embargo, tal posibilidad debe ser rechazada ya que el TJUE no permite que se invoque dicho precepto (art. 21.1 CDFUE) para dar cabida a otras causas que en los Tratados Fundacionales no se especifican por no tratarse de competencias de la Unión. Así se manifiesta en la sentencia de 16 de junio de 2011, *Akerberg Fransson* (asunto C-617/10), en el apartado 22, señalando: “Cuando (...) una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia”. También se hace eco de ello el Abogado General en el escrito de conclusiones de 17 de julio de 2014 apartado 19 del asunto C-354/13, admitiendo que el TUE en su art. 6 impide que la aplicación de la Carta pueda suponer una ampliación de las competencias que la UE tiene atribuida señalando que la Carta (art. 51.1), vincula a los Estados “cuando aplican el Derecho de la Unión” (apartado 20).

Centrándonos ya en el Derecho derivado existe desarrollo legal del principio de no discriminación por otras causas distintas a género en la D 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, entre las que aparece la discapacidad. Ello, determina que la prohibición de discriminación relacionada con otras causas enumeradas en textos legales fundacionales se relegan a un segundo plano por la Unión, baste para ello apuntar que siguiendo el art. 13 TUE y actual 19 TFUE existe una única norma que la UE dedica al resto de causas para hacer efectiva esta lucha por la igualdad y que, además, dicha norma está dirigida únicamente a un solo ámbito, concretamente, a la igualdad en el empleo.

El ámbito material de la protección de discriminación de cualquiera de las

⁵ Además, la CDFUE permite que las personas discapacitadas puedan ser destinatarias de determinadas medidas tanto por la UE en la esfera de sus competencias como por los Estados miembros tendentes a garantizar su integración y participación en la sociedad, como señala el art. 26: “La Unión Europea reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

causas y, por tanto, de la discapacidad viene determinado en el art. 3.1 D 2000/78/CE⁶; sin embargo, de todas las condiciones enumeradas en este precepto es el despido el principal acto discriminatorio que motiva la intervención del TJUE por razón de discapacidad⁷. La promoción de la igualdad de trato por discapacidad en la Directiva incluye su protección frente a la discriminación directa, indirecta y el acoso (art. 2.2 y 2.3), de las cuales, es la discriminación directa por discapacidad la más alegada ante el TJUE por su relación con el despido. Además, la protección que dispensa la Directiva a los discapacitados permite que los Estados miembros puedan adoptar medidas de acción positiva (art. 7.1).

Recordemos que esta Directiva es de aplicación al sector público y privado como señala el art. 3.1 y cualquier acto discriminatorio por razón de discapacidad implica la aplicación del art. 10.1, esto es, está sujeto a que los Estados adopten medidas necesarias para que la carga de la prueba del acto discriminatorio le corresponda al sujeto demandado.

A pesar de que el desarrollo normativo de la prohibición de discriminación a los discapacitados se reduce al contenido de la Directiva; no obstante debemos admitir, la creciente preocupación desde la Unión Europea hacia este colectivo que le ha conducido a llevar a cabo distintas acciones y programas dirigidos a promover su integración social⁸.

⁶ Señala el art. 3.1: “a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”.

⁷ La mayoría de las sentencias del TJUE por discapacidad analizadas están motivadas por despido por razón de discapacidad, entre otras: Sentencia TJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (asunto C-13/05); Sentencia TJUE de 17 de julio de 2008, Coleman (asunto C-303/06); Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11); Sentencia TJUE de 18 de marzo de 2014, Z (asunto C-363/12); y la sentencia objeto de estudio Sentencia TJUE de 18 de diciembre de 2014, Kaltoft (asunto C-354/14).

⁸ Entre otras podemos citar: el Programa de Acción Social de 21 de enero de 1974. La “Resolución sobre integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad”, aprobada en el Parlamento Europeo para la integración de los minusválidos, en la que solicitaba a la Comisión, al Consejo y a los Estados Miembros que adoptaran las medidas necesarias para lograr una mayor integración de las personas con discapacidad, entre tales medidas se incluía la necesidad de aprobar una directiva de protección a este colectivo dirigida a los Estados miembros. Las Directrices para el

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la protección del principio de no discriminación no es igualitaria desde la Unión Europea ni cuantitativamente si tenemos en cuenta el número de normas que tienen como objetivo dicha protección, ni cualitativamente puesto que no coincide el ámbito material de la protección que a través de la normativa se les dispensa⁹. A pesar de, como acabamos de señalar, la creciente preocupación por las instituciones de la Unión de dispensar una mayor protección a este colectivo tanto en desarrollo normativo como en ampliarla a otros ámbitos distintos al empleo¹⁰.

Tras establecer a grandes rasgos la protección de la discapacidad por la normativa comunitaria, debemos hacernos eco del significado que las causas enumeradas expresamente en las distintas normas tienen para el TJUE, cuestión que se ha planteado en algunas ocasiones al mismo tribunal a través de cuestiones prejudiciales. En relación a si otras causas de discriminación no enumeradas expresamente tendrían cabida en los Tratados Fundacionales, e incluso, en las Directivas de desarrollo, la respuesta del Tribunal se mantiene inalterable admitiendo que éstas no están expresamente incluidas en la prohibición de discriminación y, en concreto, en los arts. 10 y 19 del TFUE y art. 1 de la D 2000/78. El TSJUE considera que las causas protegidas en los distintos preceptos de los Tratados Fundacionales (a excepción de la CDFUE) y en art. 1 de la D 2000/78/CE, suponen una enumeración exhaustiva o cerrada lo que imposibilita que la protección pueda ser ampliada a otras causas o colectivos. Así aparece en distintas decisiones del TJUE, entre otras, en la

empleo en el año 2000 entre las que se señala la necesaria integración social de este colectivo lo que requiere que desde la UE se promuevan políticas dirigidas a fomentar la prohibición de discriminación Tal y como aparece en el considerando 8 de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación. En el citado apartado señala expresamente que “Las Directrices para el empleo del año 2000, aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, subrayan la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación respecto de grupos como las personas con discapacidad”. Y recientemente podemos citar La Estrategia Europea sobre discapacidad 2010-2020.

⁹ En similar sentido, algunos autores han manifestado la reducida protección que la UE dispensa a otras causas de discriminación enumeradas en la D 2000/78/CE que se refieren únicamente al empleo, entre otros: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Novedades sobre discriminación en la unión europea”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La Ley, 2008, Tomo 2, n. 21, p. 84.

¹⁰ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *Novedades sobre discriminación...*, *óp. cit.*, el autor analiza y expone en su artículo distintos documentos de la Comisión respecto al necesario avance en la regulación y protección de la discapacidad.

sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05 (apartado 56) que señala expresamente “...no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva”.

Esta afirmación supone, por tanto, como afirma el propio Tribunal en el apartado 33 del asunto que analizamos (sentencia de 18 de diciembre de 2014, Kaltoft, asunto C-354/13), que la obesidad está excluida de dicha protección en los Tratados Fundacionales¹¹, no se puede añadir a los motivos que aparecen en el art. 1 de la D 2000/78 (apartado 37), y que el Derecho de la UE no reconoce expresamente una prohibición general de discriminación por obesidad en el empleo¹². Resolviendo de esta forma el TJUE la primera cuestión prejudicial planteada por el tribunal nacional danés.

Por tanto, en función de lo expuesto, la posibilidad de incluir a otros colectivos o causas no enumeradas en los señalados preceptos queda excluida y nos lleva a admitir que la protección dispensada desde la UE es incompleta y limita a su vez la aplicación de la protección por el propio Tribunal.

2. Una aproximación al concepto de discapacidad

La única posibilidad de aproximar la obesidad a alguna de las causas de discriminación enumeradas y, por tanto, protegidas en el derecho originario y en el derecho derivado de la Unión supone relacionarla con la discapacidad ya que el resto de causas no mantienen ninguna relación con la obesidad en sí misma.

La búsqueda de un concepto sobre discapacidad, nos lleva a la propia D 2000/78 que establece la protección para los discapacitados en el empleo y que, sin embargo, si bien dispensa una determinada protección, no define los sujetos a los que se dirige. La ausencia en la Directiva de una acepción de discapacidad ha sido puesta de manifiesto por el propio TJUE, así lo manifiesta por ejemplo, en la sentencia de 11 de julio de

¹¹ Señala expresamente el TJUE en el citado apartado 33: “A este respecto, procede declarar que ninguna disposición de los Tratados UE y FUE contiene una prohibición de la discriminación por motivo de obesidad como tal. En particular, ni el artículo 10 TFUE ni el artículo 19 TFUE se refieren a la obesidad”.

¹² Señala expresamente el TJUE asunto que analizamos C-354/13, apartado 40: “(...) el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación”.

2006, Chacón Navas, asunto C-13/05 (apartado 39), en el que aclara además que la concreción no les corresponde a los Estados Miembros ya que la misma Directiva no se remite a ellos.

La falta de definición y la falta de encargo a los Estados determina que el Tribunal (en el mismo asunto C-13/05 (apartado 40), se plantee que el sentido y el alcance de esta norma debe ser objeto “de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar”. Ello supone que en materia de igualdad, en nuestro caso por razón de discapacidad, debe existir una aplicación uniforme del Derecho comunitario, y que la acepción utilizada debe responder al objetivo marcado por la propia Directiva¹³.

La ausencia de acepción en la misma norma comunitaria exige buscar una concepción y sus elementos esenciales en distintas instituciones y organizaciones internacionales y su necesaria interpretación en decisiones del propio Tribunal.

De esta forma, la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) relaciona la discapacidad con la presencia de deficiencias o problemas en las personas que “afectan a una estructura o función corporal”, así como con las limitaciones en el desarrollo de tareas que tales deficiencias provocan tanto en la actividad de este colectivo como en la participación en lo que denomina situaciones vitales. Para la OMS se trata de un fenómeno complejo ya que refleja “una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive”. En similar sentido, en la Clasificación Internacional del funcionamiento, de la discapacidad y la salud de 2010, señala que la discapacidad “es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”. Lo que supone que la discapacidad es un concepto cambiante en el que tiene bastante relevancia la sociedad donde el discapacitado tenga su residencia o vaya a realizar la prestación laboral en su caso.

También desde las Naciones Unidas (ONU) se promueve la protección de los discapacitados a través de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, aportando una acepción similar a las señaladas anteriormente, indicando que “(...) es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los

¹³ En similar sentido, el TJUE sentencia de 9 de marzo de 2006, asunto C-323/03 (apartado 32).

obstáculos tales como barreras físicas y actitudes imperantes que impiden su participación en la sociedad (...).” Señalando expresamente como discapacidades: las deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo; que nos indica que la discapacidad debe estar relacionada con alguna de las limitaciones señaladas¹⁴. La relevancia de este texto es fundamental como señalaremos seguidamente en la protección dispensada a este colectivo ya que en el texto se promueve el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de los discapacitados así como su pleno ejercicio y su protección frente a cualquier acto discriminatorio en diversos ámbitos incluido el empleo y las condiciones de trabajo¹⁵.

Precisamente la Convención es utilizada por el TJUE en el asunto que analizamos (sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Kaltoft*, asunto C-354/13) para la resolución de la cuestión prejudicial cuarta planteada tras su ratificación por la UE en 2010 a través de la Decisión del Consejo 2010/48/CE de 26 de noviembre de 2009. A raíz de la ratificación por la Unión de este texto, el Tribunal de Justicia ha delimitado el sentido de la discapacidad en la Directiva 2000/78, señalando que se trata de una limitación física, mental o psíquica de las personas a largo plazo, que puede impedir su participación plena en la vida profesional en igualdad de condiciones que otros trabajadores¹⁶. Precizando que la discapacidad protegida en la Directiva 2000/78, no sólo abarca la que imposibilita para ejercer una actividad profesional, sino también la que supone una dificultad en el ejercicio de dicha actividad profesional¹⁷. Siendo el

¹⁴ Además, como no podría ser de otra forma, la Convención establece varios ámbitos de protección a este colectivo citando entre ellas la protección en el empleo (art. 27).

¹⁵ Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Un nuevo paso en la protección de las personas con discapacidad”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La Ley, 2008, Tomo 2, n. 18, p. 44, en este sentido señala el autor: “La Convención, además de referirse a la aplicación transversal del principio de igualdad y no discriminación y de poner un especial acento en la accesibilidad, impone a los Estados garantizar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, gocen de una serie muy amplia de derechos que van mucho más allá de los específicos de empleo y ocupación, de los que se ocupa la Directiva comunitaria”.

¹⁶ Señala expresamente el TJUE en el citado asunto en el apartado 53 que “(...) el concepto de discapacidad debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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”.

¹⁷ Concepto acuñado en distintas sentencias sobre discapacidad, entre otras: Sentencia de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, (asuntos C-335/11 y 337/11) (apartados 38 y 39); Sentencia de 18 de marzo de 2014, *Z*, asunto (C-363/2012) (apartados 76 y 77); Sentencia de 22 de mayo de 2014, *Glatzel* asunto (C-356/2012) (apartado 45); etc.

objetivo de la Directiva proteger la discapacidad tanto en el acceso al empleo como en el desarrollo del mismo.

En sentencias anteriores a dicha ratificación, el TJUE estimaba que el concepto discapacidad protegido en la D 2000/78/CE hacía referencia a “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”, dicha limitación debía ser de larga duración tal y como puso de manifiesto en la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05 (apartados 43 y 45)¹⁸.

Si analizamos la conceptualización de la discapacidad antes y después de la ratificación por la Unión de la Convención, lo cierto es que, a nuestro parecer, no encontramos diferencias sustanciales que puedan permitirnos decir que se trata de un nuevo concepto de discapacidad utilizado por el TJUE. En nuestra opinión, se ha producido una evolución en su apreciación en la que tiene cabida una nueva dimensión social del concepto que quizás pueda influir no tanto en el término discapacidad sino en la interpretación que el TJUE realice ante situaciones reales planteadas que permitan calificarla como discapacidad.

La importancia de la acepción discapacidad tras la aprobación por la Unión de la citada Convención se ha puesto de manifiesto también en el escrito de Conclusiones del Abogado General de 17 de julio de 2014, asunto C-354/13, que en su apartado 41 apunta que el término discapacidad actualmente además de incluir un concepto médico también incluye un modelo de discapacidad social. Lo que responde a lo cambiante de dicho término con la interacción de la sociedad.

A modo de conclusión, los rasgos distintivos señalados del término discapacidad nos lleva a afirmar que no se trata de un concepto unitario o concreto sino todo lo contrario, se trata de un concepto amplio que puede ser cambiante ya que puede influir en su acepción algunas variables que son alterables en el tiempo como ocurre con la importancia de sociedad en la que viven y se relacionan los discapacitados aunque los elementos que lo conforman son coincidentes. Además, no hemos apreciado cambios sustanciales en el concepto de discapacidad ni en las aportadas por instituciones ni en las utilizadas expresamente por el TJUE aunque sí hemos encontrado como señalaremos en el epígrafe siguiente una nueva y más amplia interpretación por el TJUE de dicho concepto.

¹⁸ Sólo apuntar la especial relevancia en la extensión de la protección por discapacidad de la sentencia, de 17 de julio de 2008, Coleman (asunto C-303/06). En este asunto el TJUE en el apartado 59 extiende la protección de esta Directiva por acoso a una persona que no es discapacitada pero en la que dicho acoso está relacionado con la discapacidad de un hijo al que dedica los cuidados (art. 2.3).

3. La enfermedad como causa de discapacidad: al hilo de pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tras la concreción del concepto de discapacidad y de sus elementos definitorios, consideramos de esencial importancia el tratamiento que la enfermedad ha tenido por el TJUE y que ha supuesto una importante evolución del concepto de discapacidad. El punto de partida lo centramos en la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad, por ello, analizamos a continuación las dos sentencias que consideramos que han marcado un antes y un después en el tratamiento de la enfermedad como causa de discapacidad.

Empecemos con la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05. En este asunto, la Señora Chacón se encontraba de baja laboral por enfermedad y no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo tal y como señalaba el correspondiente servicio público de salud, hecho que motivó su despido. En este asunto, como ya hemos expuesto, se hace referencia a la discapacidad en el apartado 43 como “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”, tal limitación debe ser de larga duración, siendo este último inciso añadido al concepto el que determinaba la diferencia entre enfermedad y discapacidad.

En dicha sentencia se afirma que no existe una equiparación total entre enfermedad y discapacidad a efecto del concepto del art. 1 de la Directiva 2000/78, estando excluida la enfermedad del ámbito de aplicación de la misma¹⁹. Por ello, el TJCE admite que una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE, especificando además que la protección por discapacidad en esta Directiva no se dispensa a los trabajadores “tan pronto como aparezca cualquier enfermedad” (apartado 46 de la sentencia). Incluso, el Abogado General en el escrito de Conclusiones de 26 de marzo de 2006 apartado 78, se hace eco de idéntica afirmación admitiendo que la enfermedad no es discapacidad aunque ésta cause en el futuro una discapacidad, añadiendo como excepción (en el siguiente apartado) la posibilidad de que como resultado de una enfermedad se manifiesten

¹⁹ El TJUE en la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, señala expresamente en el apartado 57: “(...) 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 prohíbe toda discriminación”.

limitaciones duraderas o permanentes aunque siempre como evolución de una enfermedad. Lo cierto es que en esta sentencia el tribunal nacional que planteó la cuestión prejudicial no especificó la enfermedad que la Sra. Chacón padecía o las limitaciones que dicha enfermedad le producían en su trabajo (apartado 27 de la sentencia), sino que realiza una consulta genérica de la enfermedad como discapacidad tal y como aparece en el apartado 17, hecho que pudo tener alguna influencia en la decisión.

En función de lo expuesto, entendemos que anteriormente el TJUE establecía la relación, o si se quiere la diferencia entre ambos conceptos de forma demasiado genérica sin entrar a valorar otros elementos que pueden aparecer en el concepto de enfermedad y que pueden acercarlo a la discapacidad como ocurre con la posible evolución de una enfermedad. En este asunto el TJUE realiza una aplicación restrictiva del concepto de discapacidad máxime cuando la propia configuración del concepto podía permitir la incorporación de algunas enfermedades²⁰.

Sin embargo, el tratamiento por el TJUE sobre la enfermedad versus discapacidad podemos decir que se renueva tras la ratificación por la Unión de la citada Convención de la ONU, en la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. En ellas, la Sra. Ring y la Sra. Skouboe presentaban dolencias dorso-lumbares tras lo que fueron despedidas²¹. En esta sentencia se aplica el concepto de discapacidad señalado anteriormente tras la Convención²², aunque a nuestro parecer lo más relevante de la misma es la interpretación por el TJUE del concepto de discapacidad relacionándolo con un nueva acepción de enfermedad en los apartados 41 y 42, señalando: “(...) procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación

²⁰ En similar sentido, Escribano Gutiérrez, J., “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La Ley, España, 2007, Tomo 1, n. 5, pp. 1150 y ss.; Cordero Gordillo, V., “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, n. 6016, (B 2006/1624), p. 7.

²¹ En esta sentencia, en concreto: la Sra. Ring estuvo de baja laboral por enfermedad en varias ocasiones tras lo que fue despedida y la Sra. Skouboe tras sucesivas bajas laborales temporales por enfermedad fue objeto de baja laboral indefinida pues su médico señalaba no poder establecer la duración de la incapacidad laboral. La lesión de la Sra. Skouboe tuvo una evaluación final por la institución correspondiente a un 65% tras lo que fue despedida.

²² Como ya hemos señalado en el pie de pág. 18, este es el concepto que aparece en el apartado 38 de la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11).

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”. Justifica el tribunal este nuevo tratamiento de la enfermedad como posible causa de discapacidad, en la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2000/78 ya que la causa que puede provocar la discapacidad no siempre tiene que padecerse desde el nacimiento de la persona o tiene que venir motivada por un accidente sufrido sino que también puede provenir de una enfermedad (apartado 40) que tenga las características del concepto expuesto anteriormente. Si bien es cierto, la identidad enfermedad-discapacidad no es absoluta pues excluye de la protección que dispensa la Directiva aquellas enfermedades en las que precisamente no se observen las señaladas características (apartado 42).

No obstante, no podemos obviar que para que una enfermedad de larga duración pueda insertarse en el concepto de discapacidad a tenor de la protección que la Directiva dispensa es absolutamente necesario que produzca una limitación en el ejercicio pleno y efectivo de la actividad profesional del trabajador enfermo.

La nueva interpretación de la discapacidad causada por una enfermedad con los rasgos específicos señalados en la sentencia es de tal relevancia que va a permitir que algunas enfermedades se encuentren protegidas por la D 2000/78 y que en posteriores pronunciamientos tanto del TJUE como de tribunales nacionales de los países miembros se le conceda la posibilidad de incluir en el concepto de discapacidad, enfermedades sobre las que anteriormente ni se planteaba tal posibilidad, algunas de las cuales pueden ser fácilmente incluibles tales como dolencias dorso-lumbares, diabetes, asma, etc.²³, aunque, sin embargo, otras habrá que esperar a la determinación legal de las características inherentes a la enfermedad de larga duración. Este pronunciamiento motiva que algunos autores consideren que nos encontramos ante una nueva acepción de la discapacidad, e incluso, ante un nuevo concepto al que denominan “nueva enfermedad asimilada” o “enfermedad prolongada”²⁴.

²³ Sempere Navarro, A. V., “Discriminación laboral por enfermedad”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, n. 866, p. 2.

²⁴ *Idem* lo denomina “nueva enfermedad asimilada”. En similar sentido, Velasco Portero, T., “El despido del trabajador enfermo: ¿Improcedencia o nulidad?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Iustel, 2014, n. 29, p. 11; Cuba Vila, B., “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: Medidas de ajuste razonable”, *Revista de Información Laboral*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2014, n. 3 (BIB 2014/1282), p. 5, la autora señala

En este sentido, reiteramos que en nuestra opinión no se trata de un nuevo concepto de discapacidad sino de una nueva y más amplia interpretación de dicho concepto tras la ratificación de la Convención de la ONU y en el que tiene cabida algunas enfermedades de larga duración.

4. La cuestión central: la obesidad como causa de discapacidad ¿una posible vía de protección por discriminación en el empleo?

En la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Kalsoft, asunto C-354/13, se exponen los siguientes hechos: el Sr. Kalsoft fue contratado por la Administración pública de Dinamarca (en concreto, por Billund Kommune (municipio de Billund, Dinamarca)) como cuidador infantil para cuidar en su propio domicilio a niños; inicialmente a través de un contrato de duración determinada (el 1 de noviembre de 1996) y posteriormente con un contrato de duración indefinida (1 de enero de 1998). La vigencia total del vínculo contractual entre ambas partes fue de unos quince años. Durante todo este período el Sr. Kalsoft estaba obeso, y aunque intentó perder peso apoyado económicamente por la administración a través de la realización de cursos y actividades físicas, finalmente lo recuperó.

Ante la reducción del número de niños en el municipio en 2010, el Sr. Kalsoft pasó de cuidar cuatro niños a cuidar sólo tres. No obstante, el municipio tenía decidido despedir a un cuidador por este motivo por lo que solicitó un informe a sus inspectores educativos, cuyo responsable decidió que sería el Sr. Kalsoft el cuidador despedido.

Tras su comunicación se procede al trámite de audiencia en el que el Sr. Kalsoft pregunta el motivo por el que es el único cuidador despedido, admitiendo las partes que durante la audiencia se aborda el tema de la obesidad del Sr. Kalsoft aunque quedó sin determinar la importancia que tuvo la obesidad en el despido. El motivo del despido que aparecía en la comunicación hacía referencia a la reducción del número de niños y a sus consecuencias económicas. Sin embargo, en las observaciones presentadas por escrito el Sr. Kalsoft expresó que el despido se había producido por su obesidad sin tener respuesta alguna por el municipio.

Iniciamos su análisis partiendo de la primera cuestión prejudicial planteada por el tribunal danés a la que únicamente vamos a citar por su coincidencia con otros pronunciamientos del TJUE que han sentado

que se trata de un “tercer estadio o categoría profesional” refiriéndose a “enfermedad prolongada”.

jurisprudencia y que ya ha sido expuesta en apartados anteriores a los que nos remitimos.

Como respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada sobre si es contraria al Derecho de la Unión una discriminación en el mercado de trabajo por razón de obesidad, recapitulamos lo expuesto en epígrafes anteriores de este trabajo. En este sentido, hemos puesto de manifiesto que la obesidad no aparece configurada como una causa de discriminación protegida en general por el Derecho de la Unión lo que impide su aplicación a otras causas por analogía ni permite añadir otras (causas) que no estén expresamente enumeradas en ella, como ha señalado reiteradamente el TJUE y concretamente en la sentencia que analizamos en los apartados 35 a 37²⁵.

La respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial lleva al TJUE a no plantearse las cuestiones prejudiciales segunda y tercera ya que ambas están directamente relacionadas con la respuesta del Tribunal a la primera. En ellas preguntaba en el caso de que el Derecho de la Unión prohibiese la discriminación por obesidad si tal prohibición es aplicable cuando el empleador es una autoridad pública y, en este caso, si le correspondería a la autoridad pública la carga de la prueba.

Nos centramos finalmente en analizar la respuesta del TJUE a la cuarta cuestión prejudicial que el tribunal nacional danés plantea y, en la que se solicita que se pronuncie sobre dos cuestiones: “¿puede considerarse la obesidad como una discapacidad cubierta por la protección que brinda la Directiva 2000/78 (...) y, en su caso, qué criterios resultan determinantes para apreciar que la obesidad de una persona implica en concreto la protección de dicha persona por la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, prevista en la citada Directiva?”.

Por tanto, la problemática se centra en determinar si la obesidad es o no una situación de discapacidad que pueda afectar en el acceso al empleo y durante el desarrollo del mismo en el sentido del art. 1 de la Directiva y en los posibles criterios que permitan deducir si la obesidad está protegida como causa de discapacidad en la Directiva.

Para resolver la relación obesidad y discapacidad el TJUE acude al concepto de discapacidad que el propio Tribunal utiliza en la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark y que es el concepto de referencia en todos los asuntos de discapacidad que el Tribunal ha conocido

²⁵ En otros asuntos ya se admitió por el TJUE la imposibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la D 2000/78, entre ellos: Sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman, (asunto C-303/06), (apartado 46); Sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, (asunto C-13/05), (apartados 51, 53 y 56).

posteriormente (apartado 53)²⁶. Sin necesidad de volver a reproducirlo, el TJUE considera que la obesidad en general no puede considerarse una discapacidad protegida por el art. 1 D 2000/78 ya que no siempre produce las limitaciones que el concepto de discapacidad exige, esto es, una limitación a largo plazo que impida la participación de la persona obesa en la vida profesional (apartado 58). Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que algunos tipos de obesidad puedan producir tales limitaciones y, por tanto, podrían considerarse discapacidad (apartado 59).

Para adoptar tal decisión el tribunal vuelve a remitirse a la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark que permitía incluir otras causas que provocasen discapacidad entre ellas una enfermedad de larga duración. Lo que le lleva a admitir la posibilidad de que la obesidad pueda producir una limitación de larga duración que impida la participación de la persona obesa en la vida profesional.

Respecto a las limitaciones que puede producir la obesidad, éstas van a estar relacionadas con “una movilidad reducida” o “por concurrencia de patologías” (apartado 60), con problemas psíquicos, de resistencia física o esfuerzo, etc. Resultando indiferente para su calificación como discapacidad la actitud del enfermo de larga duración de intentar o no solucionar su enfermedad, esto es, de someterse voluntariamente a tratamientos médicos que mejoren o curen su enfermedad (apartado 56)²⁷.

La decisión del TJUE declara finalmente que es el tribunal nacional danés el que debe comprobar que la obesidad que padecía el Sr. Kaltoft le producía una limitación en su actividad profesional en el sentido expuesto en el concepto de discapacidad ya que estaba probado que la obesidad que padecía el Sr. Kaltoft era de larga duración.

De esta forma, si el tribunal danés comprobase tal extremo y declarase que la obesidad le ha producido una discapacidad en el sentido señalado estaríamos ante un despido (acto discriminatorio) por razón de obesidad (discapacidad), en concreto ante una discriminación directa, por lo que sería de aplicación el art. 10.1 de la Directiva que insta a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias que garanticen que a la parte

²⁶ También lo utiliza en la sentencia, de 18 de marzo de 2014, Z, (asunto C-363/12), en ella se expone que la Sra. Z sufre una rara afección que le impide gestar y dar a luz a un hijo y el TJUE en aplicación del concepto de discapacidad acuñado a partir de la aprobación por la Unión de la Convención sobre discapacidad de la ONU (apartado 76), señala que esta incapacidad no le impide acceder, ejercer o progresar en el empleo, concluyendo que dicha dolencia no es una discapacidad a la que le sea aplicable la D 2000/78 (apartado 82).

²⁷ Señala expresamente en el apartado 56: “Efectivamente, a efectos de la Directiva 2000/78, el concepto de «discapacidad» no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad”.

demandada le corresponde la carga de la prueba, en este caso al municipio danés (Billund). Lo que respondería afirmativamente a la cuestión prejudicial segunda y tercera aunque en relación a la aplicación de la D 2000/78 a una autoridad pública (municipio) como empleadora y a la carga de la prueba.

Para concluir nuestro análisis y en función de lo expuesto en la sentencia, señalamos los criterios que pueden determinar que la obesidad está protegida por la D 2000/78 de actos discriminatorios en el empleo por razón de discapacidad.

El primer criterio hace referencia a la duración temporal de la obesidad padecida por el trabajador que exige que sea prolongada o como señala expresamente de larga duración. Entendemos que este criterio debe dejarse a la apreciación de los tribunales nacionales e incluso a la apreciación de las normas nacionales que regulen tales enfermedades. Sin embargo, a nuestro parecer, su determinación por los distintos países puede producir un tratamiento dispar lo que puede suponer en la práctica una solución distinta por los tribunales nacionales a asuntos en los que una misma enfermedad de larga duración pueda ser causa de discapacidad o no.

En segundo lugar, la obesidad debe producir en el trabajador una limitación que impida o dificulte el ejercicio de una actividad profesional. La limitación que puede provocar la obesidad puede ser una movilidad reducida o cualquier otra limitación que pueda surgir cuando la obesidad concurre con otras patologías (tal y como señala la misma sentencia) y esta limitación debe suponerle un impedimento o dificultad en el desarrollo del empleo o en el acceso al mismo, tal y como señala expresamente el Tribunal: "...que 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".

5. Valoración Final

Partimos como primera apreciación de la afirmación que el TJUE utiliza para resolver el asunto C-354/14, jurisprudencia consolidada.

Esta jurisprudencia como hemos expuesto a lo largo de nuestro análisis es, por un lado, restrictiva y tradicional en el sentido de no permitir la protección por discriminación a otras causas o colectivos que expresamente no se enumeran en las normas de Derecho originario ni en las normas de Derecho derivado, tales como enfermedad u obesidad; y sin embargo, por otro es amplia y novedosa ya que incorpora una nueva

interpretación de la discapacidad como enfermedad de larga duración que provoca una limitación en el desarrollo del empleo protegida por la D 2000/78. Si bien es cierto, que no admiten una asimilación genérica de ambos términos sino que es un intento de dispensar similar protección a determinadas situaciones que provocan o pueden provocar idénticos efectos en los trabajadores.

Esta última jurisprudencia es más acorde con el contexto social actual y responde al espíritu en el que se aprueba y ratifica la Convención de la ONU de los Derechos de las personas con discapacidad por la Unión. A partir de este momento, el TJUE realiza una más amplia interpretación del concepto de discapacidad incorporada por primera vez en la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark que supuso un cambio considerable en el tratamiento de la enfermedad por el tribunal.

En ambos sentidos, la sentencia que analizamos es continuista, esto es, respecto a las causas ya que no es posible incluir otras distintas a las expresamente señaladas en los textos legales y respecto a la nueva interpretación del concepto discapacidad versus enfermedad.

La novedad de la sentencia que hemos analizado radica en el planteamiento de la obesidad como discapacidad o como enfermedad que puede producir una discapacidad, principalmente porque hasta este momento la obesidad no se había planteado en la Unión como una causa que pudiese ser objeto de actos discriminatorios en el empleo. De tal forma, que tras la lectura de la sentencia y de la aplicación de la nueva interpretación del concepto de enfermedad a la obesidad, el Tribunal deja abierta la posibilidad de que determinados niveles de obesidad sufridos a largo plazo puedan calificarse como discapacidad.

Para establecer el nexo entre obesidad y enfermedad, recordemos que la OMS señala que la obesidad es una acumulación anormal o excesiva de grasa que puede ser perjudicial para la salud²⁸; lo que nos permite calificarla como enfermedad ya que así aparece en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, concretamente está catalogada en el código E-66.

Si bien es cierto, cualquier grado de obesidad no implica una discapacidad y para que la obesidad sea considerada como discapacidad requiere que le impida al trabajador obeso el acceso al empleo, el desarrollo de una actividad profesional o al menos le dificulte su ejercicio.

La obesidad únicamente puede ser considerada discapacidad tras la

²⁸ La OMS utiliza para ello el índice de masa corporal que relaciona peso y talla de la persona y que se calcula dividiendo el peso de una persona en kilos por el cuadrado de su talla en metros (kg/m²).

aplicación de los condicionantes señalados por la jurisprudencia, esto es, debe suponer una limitación de larga duración para la persona que la sufre en su actividad profesional. De tal forma, que posiblemente sólo determinados niveles de obesidad puedan obtener dicha calificación. En concreto, “la obesidad severa, extrema o mórbida”, todas ellas pertenecientes a la clase III de la clasificación de la OMS²⁹. Sólo en estos casos la obesidad estaría protegida frente a actos discriminatorios y concretamente frente a cualquier despido.

Por tanto, al no ser posible la identidad total entre enfermedad y discapacidad o, en nuestro caso, entre obesidad y discapacidad, es necesario que los tribunales nacionales apliquen el concepto de enfermedad que produzca una discapacidad en los términos señalados por el TJUE para determinar si se le dispensa al enfermo de larga duración la protección frente a actos discriminatorios en el marco de la D 2000/78/CE.

No obstante, como ya hemos expuesto, el término enfermedad de larga duración carece de definición jurídica tanto desde la UE como (imaginamos) en los países miembros, hecho que producirá distinta apreciación a la hora de especificarlo y aplicar la D 2000/78 por los distintos países y por tanto por los distintos tribunales nacionales. Por ello, es necesario que se utilicen criterios objetivos que permitan diferenciar conceptos conexos y delimitar claramente los parámetros legales que permitan distinguir el tipo de enfermedad causante de una limitación de larga duración que pueda producir discapacidad y que como tal quede protegida frente al despido o frente a cualquier decisión que afecte a las condiciones de empleo.

6. Bibliografía

Cordero Gordillo, V., “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE.”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, n. 6016 (BIB 2006/1624).

Cuba Vila B, “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: Medidas de ajuste

²⁹ Como señala el Abogado General en el apartado 56 del escrito de Conclusiones “(...) con toda probabilidad únicamente la obesidad de clase III conforme a la clasificación de la OMC (OMS), que constituye obesidad severa, extrema o mórbida, creará limitaciones como problemas de movilidad, resistencia y estado anímico que pueden constituir una «discapacidad» a los efectos de la Directiva 2000/78”.

- razonable”, *Revista de Información Laboral*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2014, n. 3 (BIB 2014/1282).
- Escribano Gutiérrez, J., “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La ley, 2007, Tomo 1, n. 5.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Novedades sobre discriminación en la unión europea”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La ley, 2008, Tomo 2, n. 21.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Un nuevo paso en la protección de las personas con discapacidad”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La ley, 2008, Tomo 2, n. 18.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Despido por enfermedad y discriminación”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La ley, 2008, Tomo 2, n. 20.
- Sempere Navarro, A. V., “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica*, Aranzadi Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, n. 866.
- Velasco Portero T. “El despido del trabajador enfermo: ¿Imprudencia o nulidad?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Iustel, 2014, n. 29.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo,



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo