CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. L.A. GEELHOED
presentadas el 16 de marzo de 2006 [1]

I. Introducción

1. Por segunda vez [2] se plantean al Tribunal de Justicia algunas cuestiones sobre la interpretación de un determinado concepto contenido en 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 [3] (en lo sucesivo, «Directiva» o «Directiva 2000/78»). [4]

2. Esta Directiva prohíbe las discriminaciones directas e indirectas motivadas por determinadas razones, entre otras, la discapacidad. En el presente asunto, se trata de interpretar el concepto de «discapacidad», que no se define en la Directiva. Se plantean las cuestiones a la luz del despido de una trabajadora durante su baja por enfermedad. Más en particular, se desea averiguar si, en el contexto de la Directiva, cabe considerar la enfermedad como una discapacidad y, en el supuesto de que la respuesta sea negativa, si en cualquier caso la discriminación por razón de enfermedad está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

II. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

3. El artículo 13 CE, apartado 1, establece:

«Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al 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.»

1 — Lengua original: neerlandés.

2 — El Tribunal de Justicia se pronunció sobre esta Directiva en su sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981).

3 — DO L 303, p. 16.

4 — Esta Directiva es asimismo objeto de una serie de procedimientos por incumplimiento interpuestos por la Comisión contra algunos Estados miembros por no adaptación, en el plazo establecido, de su Derecho nacional a dicha Directiva. La primera sentencia dictada en estos procedimientos por incumplimiento es la de 20 de octubre de 2005, Comisión/Luxemburgo (C-70/05, no publicada en la Recopilación). En la sentencia Mangold (citada en la nota 2), se examinó la discriminación, justificada o no, por motivo de edad, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

4. Se adoptó la Directiva 2000/78 sobre la base del artículo 13 CE. Del artículo 1 de la Directiva se desprende que ésta tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

5. El decimoséptimo considerando prevé:

«La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.»

6. El artículo 3 de la Directiva dispone:

«1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

[...]»

7. A tenor del artículo 5 de la Directiva:

«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.»

8. El cuarto considerando de la Recomendación 86/379/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad, [5] establece que:

«[...] en la presente Recomendación, el término "minusválidos" comprende a todas

5 — DO L 225, p. 43.

aquellas personas seriamente incapacitadas por motivos físicos, mentales o psicológicos».

9. El punto 26 de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, tiene el siguiente tenor:

«Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social.

Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda.»

B. *Derecho nacional*

10. El artículo 14 de la Constitución española establece que todos 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.

11. La normativa básica en materia de relaciones laborales la constituye el Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, «Estatuto»). El artículo 55, apartado 3, del Estatuto fija los distintos tipos de despido: procedente, improcedente y nulo.

12. Con arreglo al artículo 55, apartado 4, el despido se considerará improcedente cuando no se acrediten los incumplimientos contractuales imputados al trabajador o cuando en su forma no se ajuste a los requisitos legalmente establecidos.

13. De conformidad con el artículo 55, apartado 5, el despido será nulo cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o cuando se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

14. Del artículo 55, apartado 6, del Estatuto resulta que el despido nulo tendrá por efecto la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

15. Las consecuencias del despido improcedente figuran en el artículo 56 del Estatuto. Según esta disposición, el despido improcedente implica para el trabajador la pérdida de su empleo, contra indemnización, a no ser que el empresario opte por la readmisión.

16. Mediante la Ley nº 62/03, por la que se adaptó el Derecho interno a la Directiva 2000/78 y que entró en vigor el 1 de enero de 2004, se modificó el artículo 17, apartado 1, del Estatuto, cuya versión actual tiene el siguiente tenor:

«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 contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

[...]»

17. Esta última disposición define y precisa, en el contexto de las relaciones laborales, el principio de igualdad ante la Ley y de prohibición de discriminación, reconocido por el ordenamiento jurídico español y plasmado en el artículo 14 de la Constitución española.

III. El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

A. *Contexto de la petición de decisión prejudicial*

18. La Sra. Chacón Navas presta(ba) servicios en la empresa Eurest Colectividades, S. A. (en lo sucesivo, «Eurest»), dedicada a hostelería de colectivos. Desde el 14 de octubre de 2003, está de baja por enfermedad y percibe un subsidio por incapacidad temporal.

19. El 28 de mayo de 2004, Eurest le notificó por escrito, sin especificar motivo alguno, que quedaba despedida con efectos a 31 de mayo de 2004. En el escrito, Eurest reconocía la improcedencia del despido regulada en el artículo 56 del Estatuto, por lo que ofrecía una indemnización.

20. La Sra. Chacón Navas, que no estaba conforme con su despido, interpuso un recurso judicial. En su escrito de demanda de 29 de junio de 2004, alega que su despido es nulo por cuanto vulnera la prohibición de desigualdad de trato y de discriminación, dado que desde hacía ocho meses estaba de baja por enfermedad y se hallaba en una situación de incapacidad temporal. Solicita ser readmitida en la empresa.

21. En la vista celebrada el 16 de septiembre de 2004, Eurest alegó que la demandante no había aportado ninguna prueba para demostrar que hubiera sufrido actos discriminatorios o una vulneración de sus derechos fundamentales. La Sra. Chacón Navas reiteró lo que había expuesto en su escrito de demanda: desde el 14 de octubre de 2003 estaba de baja por enfermedad (de los autos del litigio principal se deduce que está a la espera de ser operada) y entiende que hay indicios suficientes para calificar el despido de discriminatorio.

22. El 21 de septiembre de 2004, el órgano jurisdiccional nacional solicitó a la inspección médica que le informara acerca de la incapacidad laboral temporal de la Sra. Chacón Navas y, en particular, que le indicara a partir de qué fecha fue dada de baja por enfermedad y si esta situación seguía existiendo. El 11 de noviembre de 2004, este servicio respondió y confirmó que la Sra. Chacón Navas estaba de baja por enfermedad desde el 14 de octubre de 2003 y que no era previsible su alta médica a corto plazo.

23. Habida cuenta de que la Sra. Chacón Navas demostró que fue despedida encontrándose de baja médica por enfermedad, que su empresario no había alegado, ni mucho menos probado, hechos que acreditaran motivos justificados para despedirla, lo que implica la inversión de la carga de la prueba, el juez que conoce del fondo concluye que la Sra. Chacón Navas fue despedida exclusivamente por la circunstancia de que se encontraba de baja laboral por enfermedad.

24. El tribunal remitente observa que la jurisprudencia española califica este tipo de despido de improcedente, y no de nulo. Así resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001, que posteriormente ha sido asumida por todos los órganos jurisdiccionales superiores. Ello es debido a que el Derecho español no conoce ninguna disposición específica de que la condición personal de «enfermedad» resulte relevante a efectos de impedir frente a ella prácticas discriminatorias y de exigir el cumplimiento de la prohibición de discriminación en las relaciones entre particulares.

25. El órgano jurisdiccional remitente entiende que el Derecho comunitario primario y derivado, en especial la Directiva 2000/78, ofrece tal vez protección.

26. El juez remitente se pregunta si de algún modo la «discapacidad» y la «enfermedad» están relacionadas. A su juicio, cabe acudir a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (en lo sucesivo, «CIF») de la Organización Mundial de la Salud. La CIF define la discapacidad como un término genérico que incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones a la participación para indicar los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada condición de salud y sus factores contextuales, ambientales y personales.

27. El juez que conoce del fondo observa que la enfermedad es una condición de salud susceptible de causar deficiencias que disca-

paciten físicamente al individuo. A su juicio, la protección frente a prácticas discriminatorias fundamentadas en la discapacidad de los trabajadores debe dispensarse también desde el momento en que se comprueba la enfermedad. Como ésta puede resultar en una discapacidad, lo contrario podría vaciar en muy buena medida la protección pretendida por el legislador y fomentar prácticas discriminatorias incontroladas.

28. En el supuesto de que la enfermedad y discapacidad deban considerarse conceptos diferenciados y, por ende, la Directiva 2000/78 no resulte aplicable al primer concepto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el paraguas protector de la Directiva no se desplegaría también frente a la seña identitaria de la enfermedad, además de la de la discapacidad mencionada en la Directiva.

B. *Las cuestiones prejudiciales*

29. Como el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid tenía dudas acerca de la correcta interpretación, decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

«1) ¿La Directiva 2000/78, en tanto que en su artículo 1 establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluye dentro de su ámbito protector a una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enferma?

2) Subsidiariamente y para el supuesto de que se considerara que las situaciones de enfermedad no encajan dentro del marco protector que la Directiva 2000/78 dispensa contra la discriminación por motivos de discapacidad y la primera pregunta fuera respondida negativamente: ¿se puede considerar a la enfermedad como una seña identitaria adicional frente a las que proscribe discriminación la Directiva 2000/78?»

C. *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia*

30. En este procedimiento han presentado observaciones escritas Eurest, los Gobiernos alemán, neerlandés, austriaco, español, de la República Checa y del Reino Unido y la Comisión.

IV. Apreciación

A. *Admisibilidad*

31. La demandada en el litigio principal y la Comisión alegan en sus observaciones escritas que hay motivos para declarar la inadmisibilidad de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

32. La demandada en el litigio principal sostiene que las cuestiones no son admisibles porque el Tribunal Supremo ya ha resuelto en ocasiones anteriores que el despido de un trabajador que esté de baja por enfermedad no constituye como tal un acto discriminatorio prohibido.

La Comisión duda de la admisibilidad de las cuestiones porque la descripción de los hechos que dieron lugar a la resolución de remisión adolece de tantas lagunas que resulta imposible proponer unas respuestas precisas, necesarias para resolver el litigio principal. En particular, la falta de cualquier indicación de la naturaleza y del desarrollo –esperado– de la enfermedad hace imposible, de entrada, determinar si en el presente asunto se trata de una discapacidad.

33. A mi juicio, debe desestimarse el argumento que la demandada en el litigio principal alega en contra de la admisibilidad de las cuestiones. En efecto, el hecho de que el Tribunal Supremo ya haya resuelto que no cabe considerar el despido por enfermedad como un acto discriminatorio prohibido por motivo de discapacidad no puede hacer que las cuestiones planteadas sean inadmisibles. Éstas tienen precisamente por objeto determinar el alcance de esta prohibición de discriminación, tal como la desarrolla la Directiva 2000/78. Si comprendiera también una enfermedad –duradera–, esta prohibición podría tener consecuencias para la interpretación y aplicación de la normativa española pertinente con respecto a los hechos del litigio principal.

34. A primera vista, el argumento de la Comisión parece tener más peso. Efectivamente, la resolución de remisión contiene una reproducción muy somera de los hechos subyacentes, en particular, de la naturaleza, gravedad y duración de la enfermedad que padece la Sra. Chacón Navas. Un análisis de los autos del litigio principal no proporciona muchos más elementos, como la Comisión pudo comprobar.

35. Sin embargo, en mi opinión, los razonamientos jurídicos de la resolución de remisión muestran con suficiente claridad por qué el tribunal remitente necesita un apoyo suplementario para aplicar a los hechos del asunto del que conoce el principio de no discriminación por motivo de discapacidad establecido en la Directiva 2000/78.

Habida cuenta de que, en el Derecho laboral español, las consecuencias de un despido irregular por enfermedad y las de un despido irregular por incapacidad son muy distintas, en concreto, la improcedencia en el primer caso, lo que implica el deber de indemnizar al trabajador afectado, y la nulidad en el segundo caso, lo que conlleva la obligación de restablecer inmediatamente la relación laboral con el trabajador, con abono de los salarios que éste haya dejado de percibir, la interpretación solicitada del ámbito de aplicación del principio de Derecho comunitario de no discriminación por motivo de discapacidad resulta claramente relevante para dirimir el litigio principal.

36. Además, la circunstancia de que seis Estados miembros han presentado observaciones escritas con un contenido pertinente en el contexto particular del presente asunto permite concluir que la resolución de remisión les ofreció suficiente información. Del mismo modo, parece que la redacción de la resolución de remisión tampoco causó problema alguno a la Comisión para pronunciarse sobre el contenido de las cuestiones.

37. A la luz de lo que precede afirmo que no existen argumentos convincentes para declarar la inadmisibilidad de las presentes cuestiones prejudiciales.

B. *Observaciones preliminares*

1. El artículo 13 CE como base jurídica de la Directiva 2000/78

38. La resolución de remisión se refiere, además de al artículo 13 CE, como base jurídica de la Directiva 2000/78, también a los artículos 136 CE y 137 CE. De este modo, parece que el juez remitente sugiere que estas disposiciones resultan igualmente relevantes para responder a las cuestiones planteadas.

39. Esta sugerencia me parece incorrecta. Según su exposición de motivos, la Directiva 2000/78 se fundamenta exclusivamente en el artículo 13 CE.

40. En virtud del Tratado de Ámsterdam, se añadió el artículo 13 CE al Tratado CE. Esta disposición atribuye competencia a la Comunidad a fin de que adopte acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

41. Los términos «sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado» revelan que el artículo 13 CE tiene carácter subsidiario. Por consiguiente, no cabe tener en consideración otra disposición del Tratado como base jurídica para las acciones que deban tomarse con arreglo al artículo 13 CE.

42. Por lo que respecta, más en particular, a la protección de los discapacitados en el mercado laboral, también cabría encontrar una base jurídica en el artículo 137 CE, que confiere a la Comunidad competencia para tomar medidas destinadas a apoyar y completar la acción de los Estados miembros, entre otros, en la lucha contra la exclusión social [artículo 137 CE, apartado 1, letra j)].

43. Sin embargo, este fundamento jurídico presenta un carácter distinto del que tiene el artículo 13 CE. Crea una base jurídica que permite completar la armonización de algu-

nos aspectos de la política social de los Estados miembros. Por este motivo, constituye una base jurídica más amplia que el artículo 13 CE, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, puesto que también resulta aplicable a categorías de «excluidos» distintas de las contempladas en el artículo 13 CE y porque puede perseguir objetivos diferentes de la mera prohibición de discriminación.

44. La diferencia de alcance también se manifiesta en los distintos tipos de medidas que pueden tomarse sobre la base del artículo 137 CE, apartado 1, letra j). Por ejemplo, pueden consistir en medidas especiales de estímulo y protección para poner fin a determinadas formas de exclusión, que los Estados miembros deberán incorporar a su normativa nacional. La prohibición de discriminación por motivo de discapacidad establecida en el artículo 13 CE, tal como la desarrolla la Directiva 2000/78, implica un requisito cualitativo general que los Estados miembros deben cumplir cuando legislan y adoptan actos administrativos en materia de empleo y ocupación con respecto a los discapacitados y que también debe cumplirse en las relaciones horizontales entre empresarios y trabajadores en el mercado laboral.

45. Por este motivo es correcto elegir el artículo 13 CE como única base jurídica de la prohibición general de discriminación por motivo de discapacidad. En consecuencia, procederá responder a las cuestiones planteadas a la luz de los términos y del alcance de esta disposición.

2. La interpretación del artículo 13 CE y de la Directiva 2000/78

46. De los trabajos preparatorios para la adopción del artículo 13 CE y de los términos del mismo se desprende que los autores del Tratado fueron reticentes en la elaboración de esta disposición complementaria de no discriminación. A medida que avanzaban las negociaciones para la firma del Tratado de Ámsterdam se iban restringiendo cada vez más las propuestas iniciales de dicho artículo. [6]

47. Se nota esta reticencia en la redacción del artículo 13 CE.

En primer lugar, da lugar a una base jurídica que sólo vale para la adopción de «acciones adecuadas».

En segundo lugar, la descripción de los motivos por los que se prohíbe la discriminación es exhaustiva, a diferencia de los clásicos tratados internacionales sobre derechos humanos y, por ejemplo, también del artículo II-21 del Tratado Constitucional, que formulan de manera enunciativa la lista

6 — Véanse, entre otros, Bell, M. y Waddington, L.: «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article, 25», *Industrial Law Journal*, 1996, pp. 320 a 326; Barents, R.: *Het Verdrag van Amsterdam*, Deventer, 1997, pp. 40 a 43, y de Schutter, O.: «Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam», en Lejeune, Y. (ed.): *Le Traité d'Amsterdam*, Bruselas, 1999, pp. 154 a 188, en particular, pp. 184 a 187.

de motivos por los que se prohíbe la discriminación.

En tercer lugar, la restricción relacionada con el carácter subsidiario ya se ha mencionado anteriormente.

En cuarto lugar, para aplicar el artículo 13 CE resulta necesario que la acción considerada se sitúe «dentro de los límites de las competencias atribuidas [por este Tratado] a la Comunidad».

48. A mi juicio, existen argumentos convincentes para que en la interpretación del artículo 13 CE y de las «acciones adecuadas» adoptadas con arreglo a esta disposición, como en el caso de autos la Directiva 2000/78, se tomen en cuenta las definiciones y delimitaciones establecidas en estas normas. Desde una fecha relativamente reciente, tales definiciones y delimitaciones reflejan la voluntad expresa de los autores del Tratado y del legislador comunitario.

49. Además de estos argumentos basados en los trabajos preparatorios del Tratado y en razones gramaticales, también existen motivos de fondo que rechazan una interpretación extensiva.

50. El objeto de algunas discriminaciones prohibidas enumeradas en el artículo 13 CE, como las discriminaciones por razón de edad y discapacidad, implica que toda forma de desigualdad prohibida que se compruebe en el trato tiene como reverso de la misma moneda el derecho material a la igualdad de acceso a la profesión o a la empresa, o al mantenimiento en las mismas, así como el derecho material a la igualdad de condiciones laborales, al beneficio de una formación particular o de infraestructuras que compensen o reduzcan las limitaciones causadas por la edad o discapacidad. Habida cuenta de las consecuencias potencialmente drásticas, en el plano económico y financiero, que tales prohibiciones de discriminación puedan tener en las relaciones horizontales de los ciudadanos entre sí y en las verticales entre las autoridades públicas y los ciudadanos interesados, el legislador suele definir con precisión, en el ámbito nacional, el alcance de tales prohibiciones, incluidas las excepciones y limitaciones justificadas, así como las medidas que razonablemente deban tomarse con carácter compensatorio.

51. Las especificaciones que la Directiva 2000/78 introduce con respecto a la prohibición de discriminación por motivos de edad y discapacidad, en particular en sus artículos 5 y 6, indican que también el legislador comunitario era consciente de estas repercusiones económicas y financieras potencialmente drásticas.

52. Procede tomar en serio las definiciones y delimitaciones establecidas en la Directiva

2000/78, dado que los efectos económicos y financieros de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad se dejan notar sobre todo en ámbitos cubiertos, efectivamente, por el Tratado, pero respecto de los cuales la Comunidad tiene, como mucho, competencias compartidas, aunque más a menudo complementarias. Éste es el caso de la política de empleo, respecto de la cual la Comunidad tiene una reducida competencia de coordinación, regulada en los artículos 125 CE a 130 CE, y de la política social, respecto de la cual, según el artículo 137 CE, apartado 1, primera frase, se «apoyará y completará» la acción de los Estados miembros en una serie de aspectos. En los ámbitos de la enseñanza y formación profesional (artículos 149 CE y 150 CE) y de la salud pública (artículo 152 CE), igualmente relevantes en este contexto, las competencias de la Comunidad tienen un carácter complementario similar.

53. De lo anterior deduzco que el Tribunal de Justicia tendrá que respetar las opciones hechas por el legislador comunitario en la normativa de desarrollo del artículo 13 CE en lo que se refiere a la definición de la prohibición de discriminación y a la delimitación material y personal de dicha prohibición y que no podrá ampliar estas opciones alegando la delimitación general de este artículo «dentro de los límites de las competencias atribuidas [por este Tratado] a la Comunidad». A mi juicio, todavía queda menos margen para ampliar el ámbito de aplicación material del artículo 13 CE al amparo del principio general de igualdad.

54. Tal interpretación extensiva del artículo 13 CE y de la normativa adoptada por el legislador comunitario para dar cumplimiento a este artículo tiene como consecuencia, por así decirlo, que se crea un punto de apoyo, como defendió Arquímedes, a partir del cual pueden utilizarse las prohibiciones de discriminación definidas en el artículo 13 CE para corregir, sin intervención de los autores del Tratado ni del legislador comunitario, las consideraciones hechas por los Estados miembros en el ejercicio de las competencias que, todavía, tienen atribuidas. Teniendo en cuenta que, según el Tratado CE, el centro de gravedad de estas competencias sigue estando en los Estados miembros, aun cuando el legislador comunitario activara las competencias comunitarias en la materia, no es deseable llegar a tal resultado, tanto desde la perspectiva de la sistemática del Tratado como desde el punto de vista del equilibrio institucional.

55. A mayor abundamiento deseo observar lo siguiente. Hacer operativas en la práctica las prohibiciones de discriminación aquí relevantes requiere siempre que el legislador haga opciones dolorosas, si no trágicas, cuando pondera los intereses en juego, como los derechos de los discapacitados o de los trabajadores mayores frente a la flexibilidad de funcionamiento del mercado laboral o al incremento de la participación de los grupos de trabajadores de mayor edad. No es infrecuente que la aplicación de estas prohibiciones de discriminación requiera unas compensaciones financieras, que se considerarán razonables, entre otras, en función de los recursos públicos disponibles o del nivel de bienestar general de los Estados miembros de que se trate. En el ámbito nacional no se realizan tales consideraciones en un vacío de Estado de Derecho. Por regla

general, suelen ser cotejadas con los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales y con las disposiciones relevantes de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos. Pues bien, desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia, en su calidad de juez comunitario, debe disponer de una base de competencias indiscutible y superior si desea corregir las decisiones que, de conformidad con los requisitos impuestos por la constitución nacional correspondiente y el Derecho internacional, adopte un legislador nacional que, además, actúe dentro del respeto de las competencias que tenga atribuidas.

56. En consecuencia, en virtud de los argumentos antes señalados abogo a favor de una interpretación y aplicación más restrictivas de la Directiva 2000/78 que la empleada por el Tribunal de Justicia en el asunto Mangold.[7] Con ello, me anticipo a la respuesta a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente.

3. El concepto de «discapacidad» como concepto del Derecho comunitario.

57. El concepto de «discapacidad» es un concepto jurídico indeterminado susceptible de múltiples interpretaciones en su aplicación práctica. La circunstancia de que el concepto aparezca en el artículo 13 CE, que tiene por objeto la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, prohibición que la Directiva 2000/78 activa y desarrolla a continuación, obliga a dar a este concepto una definición de Derecho comunitario.

58. Cumplir tal obligación resulta aun más necesario si se tiene en cuenta que el concepto de «discapacidad», no sólo como término médico-científico, sino también en su significado social, está sujeto a una evolución relativamente rápida. A este respecto, no cabe descartar que determinadas deficiencias físicas o psíquicas tengan la consideración de «discapacidad» en un contexto social determinado, mientras que en otro no sea así.

59. Por un lado, esta versatilidad y sensibilidad del concepto de «discapacidad», según el contexto en el que se inscribe, puede llevar a grandes diferencias en la interpretación y aplicación de la prohibición de discriminación. Ello aboga a favor de una interpretación uniforme. Por otro lado, la combinación de la dinámica y la variación que se produce en la percepción científica y en la idea que la Sociedad se forma del fenómeno de la discapacidad impone prudencia a la hora de buscar la uniformidad. Sobre este aspecto volveré más adelante.

60. A lo largo de la historia social de los dos últimos siglos se ha ampliado indudablemente el círculo de personas consideradas discapacitadas. Ello está relacionado con la drástica mejora de la salud pública en las sociedades de mayor bienestar. Esta mejora tuvo como consecuencia que quienes no podían disfrutar de la misma, por estar discapacitados debido a dolencias físicas o psíquicas más o menos permanentes, se hacían más visibles.

61. Los progresos de las ciencias biomédicas han llevado a entender mejor las dolencias

7 — Citado en la nota 2.

físicas y psíquicas que causan discapacidades. Así, han contribuido igualmente a la ampliación del concepto de «discapacidad». Una mayor vulnerabilidad a serias dolencias a causa de un defecto genético puede acarrear considerables limitaciones para los afectados.

62. Este último ejemplo indica que también el contexto social especial en el que se mueven los discapacitados puede ser importante para responder a la cuestión de si éstos son considerados como tales. Mientras no se haya comprobado el defecto genético, la persona en cuestión no se verá confrontada con actos discriminatorios. Esta situación puede cambiar de repente, nada más hacerse pública la noticia, porque empresarios o compañías aseguradoras no desean asumir el mayor riesgo de contratar o asegurar a la persona que se trate.

63. Como una de las características con las que la literatura distingue la discapacidad de la enfermedad se menciona a menudo la permanencia de la deficiencia física o psíquica. Efectivamente, en la mayoría de los casos este criterio sirve de ayuda. Sin embargo, existen enfermedades que se van desarrollando progresivamente y que durante un período considerable privan a los pacientes seriamente de sus funciones, de modo que éstos se ven tan drásticamente limitados que en la vida social no se distinguen sustancialmente de los discapacitados «permanentes».

64. Ello me lleva a la conclusión de que la discapacidad prevista en la Directiva 2000/78 es un concepto de Derecho comunitario que en el ordenamiento jurídico comunitario debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate. [8]

65. La necesidad de que el concepto de «discapacidad» contenido en esta Directiva sea objeto de una interpretación comunitaria uniforme es también obvia por motivos de contenido, aunque sólo sea para garantizar que el ámbito de aplicación personal y material de la prohibición de discriminación presente un mínimo de unidad necesaria. El grupo de personas protegidas y la delimitación de las deficiencias funcionales que deben tomarse en cuenta no pueden ser divergentes. De otro modo, variaría dentro de la Comunidad la protección que dispensa esta prohibición de discriminación.

66. Sin embargo, cuando se elabora una interpretación uniforme del concepto de «discapacidad» deben tenerse en cuenta la dinámica, antes brevemente mencionada, en la percepción social del fenómeno «discapacidad» como una limitación funcional causada por una deficiencia psíquica o física, la evolución de los conocimientos médicos y

8 — Véanse, entre otras, las sentencias de 18 de enero de 1984, EKRO (327/82, Rec. p. 107), apartado 11; de 19 de septiembre de 2000, Linster (C-287/98, Rec. p. I-6917), apartado 43; de 9 de noviembre de 2000, Yiadom (C-357/98, Rec. p. I-9265), apartado 26; de 6 de febrero de 2003, SENA (C-245/00, Rec. p. I-1251), apartado 23; de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931), apartado 35, y de 27 de noviembre de 2003, Zita Modes (C-497/01, Rec. p. I-14393), apartado 34.

biomédicos y las grandes diferencias contextuales en la apreciación de una gran variedad de discapacidades.

67. Ello aboga a favor de la postura de que es preferible no intentar dar definiciones más o menos exhaustivas y definitivas del concepto de «discapacidad». La interpretación que el Tribunal de Justicia dé del concepto deberá proporcionar al órgano jurisdiccional nacional unos criterios y argumentos de Derecho comunitario que le permitan encontrar una solución a la cuestión jurídica de la que conozca. [9]

68. Así, dentro de la Comunidad cabe asegurar una interpretación y aplicación convergentes del concepto de «discapacidad», sin menoscabar el carácter abierto del mismo. A este respecto, comparto las observaciones que el Gobierno neerlandés ha presentado sobre este particular. [10]

4. Discapacidad, discriminación y compensación

69. En el transcurso de los tiempos, el legislador de los Estados sociales y de Derecho europeos se ha preocupado de tres maneras por proteger a las personas con discapacidad.

70. Ya en los inicios de la legislación en materia de seguridad social, se elaboraron disposiciones especiales para personas que ya no podían participar en el proceso laboral por haber sufrido una incapacidad permanente tras un accidente de trabajo. Posteriormente, se creó una subsistencia mínima mediante el abono de prestaciones sociales a las personas que por su discapacidad no estaban en condiciones de sustentarse a sí mismas.

71. La conciencia de que las discapacidades no pueden dar pie a discriminaciones injustificadas en el mercado de trabajo ni en cualquier otra parte de la vida social ha ido desarrollándose paulatinamente después de la Segunda Guerra Mundial. Ha dado lugar a una modalidad específica del principio de igualdad, centrada en la discriminación por motivo de discapacidad. En el Derecho comunitario, tal modalidad específica ha sido plasmada en el artículo 13 CE y en la Directiva 2000/78.

72. El progreso de los conocimientos médicos, junto con las crecientes posibilidades tecnológicas, ha tenido como consecuencia que, en un número de casos cada vez mayor, es posible encontrar una compensación para la deficiencia y/o limitación de las restricciones derivadas de dicha deficiencia, de modo que los discapacitados puedan reanudar en todo o en parte sus actividades laborales, a diferencia de antes, cuando el trato particular

9 — Además, ello coincide con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia sobre la naturaleza de la cooperación entre el juez comunitario y el órgano jurisdiccional nacional. A este respecto, véase la sentencia de 4 de febrero de 1964, Albatros (20/64, Rec. p. 41).

10 — En nombre del Gobierno neerlandés se insiste, en particular, en que el carácter abierto del concepto hace que una definición exhaustiva no sea necesaria ni conveniente. A su juicio, el significado del término «discapacidad» depende, en definitiva, de las circunstancias del caso concreto (punto 23 de las observaciones escritas).

de los discapacidades en el mercado de trabajo y en cualquier aspecto de la vida social estaba justificado porque (ya) no cumplían los requisitos para ejercer un empleo o realizar otra actividad.

73. El hecho de que se disponga cada vez más de posibilidades razonables para compensar las discapacidades o para restringir las consecuencias de éstas implica que cada vez resulta más difícil encontrar una justificación aceptable para las diferencias de trato por motivo de discapacidad. El reverso positivo, en términos de obligaciones para el empresario, de la prohibición de discriminación en principio negativa se halla elaborado en el artículo 5 de la Directiva 2000/78. [11]

74. A la luz de estas cuatro observaciones preliminares intentaré responder a continuación a las cuestiones prejudiciales.

C. *La primera cuestión prejudicial*

75. La respuesta a la primera cuestión prejudicial puede deducirse fácilmente de las observaciones preliminares tercera y cuarta.

11 — Esta disposición desarrolla el punto 26 de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, citado en el punto 9 de las presentes conclusiones.

76. Discapacitados son personas con serias limitaciones funcionales (discapacidades) causadas por deficiencias físicas, mentales o psíquicas.

77. Ello permite llegar a dos conclusiones:

— debe tratarse de limitaciones, de carácter duradero o permanente, que tengan su origen en un problema de salud o en una malformación fisiológica de la persona afectada;

— el problema de salud, como causa de la limitación funcional, debe diferenciarse, en principio, de esta limitación.

78. En consecuencia, una enfermedad como causa de una posible futura discapacidad no puede asimilarse, en principio, a tal discapacidad y, por lo tanto, no constituye ningún indicio para la prohibición de discriminación, en el sentido del artículo 13 CE, en relación con la Directiva 2000/78.

79. Sólo existe una excepción a esta regla si a lo largo de la enfermedad se manifiestan limitaciones duraderas o permanentes que también puedan calificarse de discapacidades, sin perjuicio de la enfermedad que sigue su curso.

80. Por consiguiente, un despido por enfermedad sólo puede constituir un acto discriminatorio por motivo de discapacidad, prohibido por la Directiva 2000/78, si la persona afectada puede demostrar que el despido no está motivado por la propia enfermedad, sino por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma.

81. En aras de la exhaustividad, añado que en este supuesto el despido puede, no obstante, resultar justificado si las limitaciones funcionales de que se trate, esto es, la discapacidad, imposibilitan o complican seriamente el ejercicio de la profesión o la realización de la actividad en cuestión. [12]

82. Sin embargo, sólo cabe admitir esta justificación si el empresario no dispone de medios razonables para reducir o compensar la discapacidad de que se trate, de modo que el discapacitado pueda seguir ejerciendo su profesión o realizando su actividad. [13]

83. El requisito de que tales medios sean razonables depende, en el fondo, de los costes involucrados para sufragar los medios que puedan resultar indicados, de la proporcionalidad de estos costes en la medida en que no sean reembolsados por las autoridades públicas, de la reducción o compensación de la discapacidad que tales medios permitan conseguir y de las posibilidades que se ofrezcan al discapacitado en cuestión de acceder a otras profesiones o actividades para las que su discapacidad no constituya ningún obstáculo o un obstáculo considerablemente menor.

D. *La segunda cuestión prejudicial*

84. La respuesta a la segunda cuestión prejudicial puede deducirse de la segunda observación preliminar:

— ni los trabajos preparatorios ni los términos del artículo 13 CE y de la Directiva 2000/78 permiten calificar la enfermedad como objeto autónomo de la prohibición de discriminación;

— tal prohibición de discriminación tampoco puede considerarse una modalidad específica del principio general de igualdad.

12 — Véase la Directiva 2000/78, artículo 4, apartado 1.
13 — Véase la Directiva 2000/78, artículo 5.

V. Conclusión

85. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid:

«1) Una enfermedad como causa de una posible futura discapacidad no puede asimilarse, en principio, a tal discapacidad y, por lo tanto, no constituye por sí sola ningún indicio para que rija la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, en el sentido del artículo 13 CE, en relación con 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. Sólo existe una excepción a esta regla si a lo largo de la enfermedad se manifiestan limitaciones duraderas o permanentes que puedan calificarse de discapacidades. Entonces, el interesado que quiera acogerse a la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad tendrá que demostrar que el despido no está motivado por la propia enfermedad, sino por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma.

2) Ni los trabajos preparatorios ni los términos del artículo 13 CE y de la Directiva 2000/78 permiten incluir la enfermedad, como motivo autónomo de la prohibición de discriminación, entre los motivos por los que se prohíbe la discriminación. Desde esta perspectiva, tal prohibición de discriminación tampoco puede considerarse una modalidad específica del principio general de igualdad.»