

RESUMEN DE LA SENTENCIA

D. LUIS MARTÍN DE NICOLÁS MUÑOZ Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 2 de CIUDAD REAL tras haber visto los presentes autos sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES...

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA num. 12/08

ANTECEDENTES DE HECHO Y HECHOS PROBADOS

Todo el que haya seguido el caso ya los conoce. Pueden consultarse en esta misma web, y lo recomendamos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No hay debate sobre los hechos que constan en la prueba documental que en cada uno se indica...

SEGUNDO.- Procede con carácter previo delimitar la pretensión aquí ventilada. Para ello es necesario establecer que, a pesar de que por la parte actora se ha pretendido establecer el debate genérico capacidad laboral versus diabetes, tal debate es ajeno, por razones obvias, al pronunciamiento que debe realizarse en esta sentencia. **Son loables los esfuerzos de las organizaciones representativas del colectivo de diabetes... de establecer con carácter general que la diabetes, por sí misma, no incapacita genéricamente para cualquier trabajo, ni para el hecho de trabajar. Se corresponde, además, con la realidad, porque gracias a los avances científicos de la medicina, el impacto que causa la patología es, felizmente, cada vez menor y por tanto apriorísticamente el postulado puede tenerse por cierto.**

.../...

CUARTO.-... La primera petición de ordenar la retirada de la Diabetes Mellitus insulino dependiente del cuadro de exenciones no puede estimarse, pues se trata de una especie de instrucciones internas de la empleadora que no tienen ninguna virtualidad normativa. El hecho de que hayan sido seguidas es este caso, no determina que puedan ser objeto de control jurisdiccional como tales, sino en función de su utilización en el caso concreto **y es la decisión adoptada, la que sí puede valorarse jurídicamente con independencia de que se hayan utilizado o no esas instrucciones. No tiene en definitiva, efectos jurídicos por sí misma y no puede ser objeto de pronunciamiento judicial.** Todo ello sin perjuicio de que... podrían inaplicarse sin necesidad de declarar su nulidad si, careciendo de rango de ley, fueran contrarias a la Constitución.

.../...

Las demás peticiones están comprendidas o serían consecuencia **de la existencia de discriminación en la conducta descrita** y por tanto debe primero decidirse sobre la discriminación y después, en su caso, sobre sus consecuencias.

QUINTO.- El art. 14 de la Constitución Española establece el principio de igualdad, en la Ley y en la aplicación de la Ley, y la prohibición de discriminación. Ésta, que tiene plena vigencia en las relaciones laborales, presupone un trato desigual peyorativo en supuestos idénticos e inspirado en causas odiosas, en

el sentido de que en absoluto pueden justificar el trato desigual. Se requiere, por tanto, partir de supuestos iguales (para lo que debe realizarse el juicio de identidad), un trato desigual perjudicial para el discriminado y una causa, generalmente ocultada o negada, que en función del sistema de valores constitucionales, está descartada para justificar el trato desigual y convierte la decisión de adoptarlo en irracional, arbitraria y antijurídica. **Se trata de eliminar causas de distinción históricamente arraigadas, la raza, el sexo, pero incompatibles con un sistema plenamente democrático.**

En nuestro supuesto el juicio de identidad es claro, porque a estos efectos pueden considerarse supuestos iguales todos los contratados que no sufren diabetes, pues debe partirse de que el diabético debe situarse en plano de igualdad con el que no lo es.

También es patente el trato desigual perjudicial para su derecho al trabajo, consistente en no haber procedido a la contratación, que sí se ha hecho con los demás.

La peculiaridad surge en la causa, la patología citada. En principio la salud no está entre las causas consideradas históricamente odiosas para el acceso al empleo, como el sexo, la raza o la religión, aunque sí puede considerarse entre las condiciones o circunstancias personales a que se refiere el art. 14 de la Constitución Española, en función de las circunstancias que concurren y de las que se desprenda la arbitrariedad y falta de objetividad de la decisión.

Ocurre en este caso que la causa, no es ocultada ni negada, sino que mientras por el actor se reprocha que fundamenta la discriminación, por la empleadora se alega que es causa justa, objetiva y razonable y que la decisión se adopta en su propio beneficio para protegerlo de los riesgos que provoca el trabajo en relación con su situación.

Debe aclararse que, como se indicó por el Ministerio Fiscal, la empleadora como parte del contenido del poder de dirección y en este caso de conformidad con el art. 18 del convenio aplicable tiene el derecho y el deber a aplicar criterios de idoneidad entre el puesto de trabajo y la salud de los trabajadores a contratar, aunque, **como se ha repetido por el Tribunal Constitucional tal derecho queda modulado por la prohibición de discriminación...**

SEXTO.-... Por la parte demandante se mantiene, así lo indican los informes presentados y el proyecto de ley mencionado (sic), que debe descartarse la diabetes como causa de incapacidad genérica, debiendo estarse a la situación individual de cada uno en relación con las características del puesto de trabajo y que en el caso del actor su situación, en buena parte gracias a su actitud consciente y diligente, esta perfectamente controlada... No existen, en su caso, riesgos, pues la hipoglucemia avisa, y desde los primeros síntomas, conocidos perfectamente por el actor, que cuenta con la educación terapéutica adecuada, tiene solución sencilla y eficaz, mediante la ingesta de glucosa (azucarillo) Además en todo caso el mayor riesgo de su trabajo, el estrés, manifestado en momentos de mayor actividad respecto a su tarea de extinción de incendios, produce hiperglucemia lo que disminuye el riesgo de hipoglucemia. Por otra parte, el actor puede asumir en su situación cualquier esfuerzo físico, compatible, con su preparación y con la diabetes que sufre.

Para decidir sobre el debate debe excluirse la regla general de que la existencia de diabetes tipo I determina por sí misma la exclusión de cualquier

trabajo que requiera esfuerzo físico o produzca estrés en determinadas ocasiones, y concretarse la situación del que la padece y las circunstancias del puesto de trabajo para fundamentar la exclusión del derecho al trabajo sin incurrir en discriminación...

Sin embargo en este caso, la decisión de la empresa carece de justificación y es por ello arbitraria, porque no valora la situación del actor que, según los informes que conocía, como se manifestó en la prueba oral por la pericial por ella aportada, tiene controlada y compensada la diabetes como se deduce del nivel de hemoglobina glicosilada 5,9 sólo un 0,3% mayor a las personas no diabéticas y que había recibido instrucción respecto de hiperglucemias e hipoglucemias. De esta forma desconoce que en estas circunstancias, que en la actualidad posibilita el tratamiento, el actor estaba plenamente capacitado para realizar un trabajo.

Por todo ello su exclusión, basada exclusivamente en la existencia del diagnóstico y con desconocimiento de las demás circunstancias, debe tacharse de discriminatoria.

SÉPTIMO.- Procede, por último, determinar el contenido de la condena.

De conformidad con el art. 180 de la L.P.L. debe declararse en primer lugar, la nulidad radical de la conducta y además reponer la situación y reparar las consecuencias derivadas de la conducta discriminatoria, incluida la indemnización que procediera.

.../...

Procede, por todo ello, reponer la situación y reparar las consecuencias de la conducta discriminatoria. En este sentido la primera pérdida que le produjo su ausencia de contratación fue lucrar los salarios, por lo que procede la **condena al abono de los salarios dejados de percibir...** Además, la ausencia de contratación no puede suponerle ninguna pérdida de derecho o expectativa de derecho, muy especialmente en su camino a la consolidación de su condición de fijo discontinuo, por lo que procede la declaración de que **debe considerarse a todos los efectos que el actor ha realizado la campaña de 2007.**

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que... declaro la nulidad radical de la conducta discriminatoria de la empleadora de no realizar al actor el contrato correspondiente a la temporada de 2007, así como que, a todos los efectos y en especial al de su consideración de fijo discontinuo, debe partirse de que el actor fue contratado y realizó la campaña de 2007, y condeno a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones así como a abonar al actor los salarios dejados de percibir como consecuencia de no haber sido contratado.