

La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022

Raquel Aguilera Izquierdo



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD
ANTE LA CONTRATACIÓN LABORAL Y EL DESPIDO.
ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA LEY 15/2022

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV
del Tribunal Supremo

Yolanda Cano Galán, Letrada del Gabinete del Tribunal Supremo y Profesora
Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense,
presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y
Seguridad Social, Universidad de León.

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de
Madrid.

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social,
Universidad de Sevilla.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de
Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

**LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS
DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN
LABORAL Y EL DESPIDO.
ESTADO DE LA CUESTIÓN
TRAS LA LEY 15/2022**

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

16

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

**AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2023**

Primera edición: abril de 2023

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercialSinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).



© De los contenidos, Raquel Aguilera Izquierdo
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición.

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO papel: 090-23-046-9
NIPO en línea PDF: 090-23-047-4
NIPO en línea ePUB: 090-23-048-X
ISBN: 978-84-340-2917-0
Depósito legal: M-9359-2023

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
I. Introducción	9
II. El despido del trabajador enfermo: postura jurisprudencial anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2022.....	13
1. La enfermedad como factor de discriminación. El inciso del artículo 14 CE «cualquier tipo de condición o circunstancia personal o social».....	14
2. La consideración de la enfermedad como una forma de discapacidad.....	18
3. Vulneración del derecho a la integridad física, del derecho a la salud y del derecho a la dignidad.....	25
III. Las causas de discriminación relacionadas con la salud incluidas en la Ley 15/2022, de 12 de julio. Sus efectos en materia de despido.	33
1. El concepto de discriminación en la doctrina constitucional.....	33
2. La enfermedad como causa de discriminación introducida por la Ley 15/2022.	43
<i>a)</i> La enfermedad como factor de exclusión o marginación....	43
<i>b)</i> El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal.....	54
<i>c)</i> Primeros pronunciamientos judiciales sobre la calificación del despido en situación de incapacidad temporal.	62
3. Las condiciones de salud, el estado serológico y la predisposición genética como causas de discriminación.....	66
4. La prueba indiciaria. La información relativa a la salud del trabajador y el derecho a la intimidad.....	78
5. Los ajustes razonables en la Ley 15/2022.....	92

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

	Páginas
IV. Causas de discriminación por motivos de salud e ingreso en la empresa....	101
1. Cuestiones generales.....	101
2. Los controles médicos previos a la contratación.....	109
3. Ofertas de empleo.	118
4. La entrevista de trabajo.	124
V. Conclusiones.....	127
VI. Bibliografía.	133
VII. Anexo jurisprudencial.....	139

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, tiene como objetivo, según se deduce del artículo 1 de la ley y de su exposición de motivos, garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato, así como prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas de tales discriminaciones que se produzcan en cualquier ámbito público y privado. Se trata de una ley transversal que pretende establecer un marco general de tutela frente a toda clase de discriminaciones, ya sea en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos, ya sea en las relaciones entre particulares.

Esta técnica reguladora fue también acogida en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. La propia Exposición de Motivos de la LO 3/2007 se hace eco de la «dimensión transversal de la igualdad», llegando a calificarla de «seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio» y «principio fundamental» de la propia ley ¹.

Pues bien, en esta misma línea, la Ley 15/2022 acoge el principio de transversalidad, proyectando sus efectos en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social y singularmente en el empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y la publicidad y medios de comunicación, estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionalmente a todas las administraciones públicas y en la forma que la propia ley establece en el caso de las relaciones entre particulares. La ley también se ca-

¹ Ver, Montoya Melgar, A. (Director): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007.

racteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación. Por lo que respecta al ámbito subjetivo, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo: «cualquier otra condición o circunstancia personal y social».

Este enfoque integral supone una novedad respecto de la situación existente en la legislación sobre igualdad de trato y no discriminación que, hasta el momento actual, se ha centrado –a nivel comunitario y nacional– en aquellos concretos motivos de discriminación y en aquellos específicos ámbitos que demandaban una atención prioritaria por parte de los poderes públicos. Las directivas comunitarias y la mayoría de las leyes nacionales aprobadas en la materia han abordado el fenómeno de la desigualdad de trato desde una perspectiva singular, regulando las cuestiones más relevantes que se planteaban en función del concreto motivo de discriminación y del específico ámbito objeto de tales normas.

Por lo que se refiere a la materia laboral, del contenido de la norma resulta claro que la misma se proyecta sobre el empleo por cuenta ajena, público o privado, y por cuenta propia.

En particular, en el empleo por cuenta ajena, la norma se proyecta sobre el acceso al empleo, la formación para el empleo, la promoción profesional, la retribución, la jornada y demás condiciones de trabajo, la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo (art. 9.1 Ley 15/2022).

En términos generales puede decirse que la ley no incorpora elementos muy innovadores en el ámbito de las relaciones laborales. Como ha señalado alguno de los primeros comentarios publicados sobre la norma, «la mayoría de sus contenidos tanto en lo que se refiere a lo que cabe entender por discriminaciones en el ámbito laboral como en cuanto a los mecanismos de tutela frente a tales discriminaciones resultaban, en buena medida, ya deducibles de lo previsto en otras normas y algunos otros parecen contar con algunos antecedentes en la doctrina de los tribunales»². Con todo, el aspecto de la norma que sí parece tener una clara incidencia en el ámbito de las relaciones laborales es la

² OLEART ABOGADOS: «Nota sobre la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y los despidos asociados a la salud del trabajador», 20 julio 2022, Nota sobre la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y los despidos asociados a la salud del trabajador - Oleart Abogados.

incorporación expresamente como causa de discriminación de los siguientes motivos asociados a la salud: la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos.

Al estudio de los efectos que estas nuevas causas de discriminación pueden tener en la extinción del contrato de trabajo y en el acceso al empleo se dedica este estudio.

II. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO: POSTURA JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2022

La problemática sobre las causas no tipificadas de discriminación ha sido particularmente relevante en nuestro país en relación con la enfermedad, de manera que la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación en el artículo 2 de la Ley 15/2022 ha reabierto de nuevo el debate sobre cómo incide esta previsión en la calificación del despido.

El artículo 55.6 ET en su versión original de 1980, establecía que «El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia». De este modo, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal se consideraba nulo salvo que el empresario consiguiera demostrar que existía una justa causa para proceder a su despido. Sin embargo, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, eliminó esta previsión legal, de manera que «Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador». El despido de un trabajador con contrato suspendido dejó de ser nulo y pasó a ser declarado improcedente si no existía causa que lo justificara.

Sin embargo, parte de la doctrina judicial ha seguido calificando como nulo el despido de un trabajador enfermo que no estuviera amparado en una causa legal, al considerarlo discriminatorio pues se establece un trato peyorativo para quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social.

Los argumentos de los partidarios de la nulidad del despido por enfermedad han sido variados y han ido evolucionando a lo largo de los años. Pueden sintetizarse de la siguiente manera.

1. LA ENFERMEDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN.
EL INCISO DEL ARTÍCULO 14 CE «CUALQUIER TIPO DE
CONDICIÓN O CIRCUNSTANCIA PERSONAL O SOCIAL»

Se ha defendido el carácter discriminatorio de los despidos por enfermedad sobre la base de la cláusula genérica contenida en el artículo 14 CE referida a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». En efecto, a pesar de que la Ley 11/1994 modificó el texto del artículo 55 ET, muchos Tribunales Superiores de Justicia consideraron que la extinción del contrato de trabajo durante la situación de incapacidad temporal quedaba subsumida en la genérica cláusula de discriminación del artículo 14 CE. Así, por ejemplo, se afirmó con rotundidad que «no hay duda de que se discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social establecida en las normas laborales y de seguridad social»¹.

Sin embargo, pronto el Tribunal Supremo rechazó esta argumentación. Así, en su Sentencia de 29 de enero de 2001², el Tribunal Supremo insiste en que no pueden confundirse dos principios constitucionales –el principio de igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria– que tienen un distinto alcance. Recuerda que «el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de estas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado» y «esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en estas, como señala la sentencia 34/1984, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación». Los motivos de discriminación son los específicamente enunciados en el artículo 14 CE («nacimiento», «raza», «sexo», «religión», «opinión») y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»). Ahora bien, la cláusula final del artículo 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, «pues en ese caso la prohibición de discrimina-

¹ STSJ Cataluña 28 de febrero de 2000, núm. 1891/2000, AS 2000/1230. Esta sentencia fue casada y anulada por la STS de 29 de enero de 2001, rec. núm. 1566-2000. En sentido similar, STSJ Cataluña 2 de abril de 2001, rec. núm. 9436-2000, AS 2001/766.

² Rec. núm. 1566-2000, RJ 2001/2069.

ción se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta». Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que «históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas». En los términos de la STC 166/1988, se trata de «determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas» que han situado a «sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE».

Para el Tribunal Supremo, el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, por ello afirma que «la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación».

Esta doctrina ha sido reiterada en numerosos pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo en los que se insiste en que desaparecida la sanción de nulidad, por fraude de Ley, ya que la verdadera causa de despido es la falta de conveniencia para la empresa en conservar a un trabajador con bajas por enfermedad prolongadas, no cabe otorgar otra calificación que la de improcedencia³.

Esta postura fue corroborada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008, de 26 de mayo. En este supuesto la resolución recurrida, siguiendo doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, entendió que el estado de salud del trabajador no fue utilizado en el caso de autos como un factor de diferenciación discriminatorio, sino con una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo determinante de que el mantenimiento de la relación resultase excesivamente oneroso para la empresa. La parte recurrente sostuvo que un despido con tal fundamento causal debe ser calificado como nulo por vulnerar el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales (art. 14 CE), entre las que debe hallarse la enfermedad o estado de salud del trabajador.

³ Entre otras, SSTS 23 de septiembre de 2002, rec. núm. 449-2002, RJ 2006/1923; 12 de julio de 2004, rec. núm. 4646-2002, RJ 2004/7075; 22 de noviembre de 2007, rec. núm. 3907-2006, RJ 2008/1183; 23 de mayo de 2005, rec. núm. 2639-2004, RJ 2005/9656; 11 de diciembre de 2007, rec. núm. 4355-2006, RJ 2008/2884;

El recurso de amparo fue desestimado. Para el Tribunal Constitucional no puede apreciarse en la decisión extintiva la existencia de una discriminación por razón de enfermedad temporal:

«Aun cuando el despido se produjera encontrándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, no es dicho proceso de incapacidad temporal el causante del mismo, sino la enfermedad preexistente que dicho proceso puso de manifiesto y que la empresa afirma conocer únicamente a partir de ese momento, y no en el momento de la contratación. No puede hablarse, por tanto, de una discriminación por enfermedad temporal, al no existir indicio alguno de que fuera esta la causa del despido, y ello al margen de que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el artículo 14 CE.

[...]

Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

No es este, sin embargo, el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla. [...]. Hemos de concluir, por todo ello, que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que esta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria.»

II. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO: POSTURA JURISPRUDENCIAL... ■

El Ministerio Fiscal sostenía que entre la enfermedad temporal y la incapacidad permanente hay una categoría intermedia caracterizada por una disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que esta llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante. A su juicio, el colectivo afectado por esta patología merecería la tutela antidiscriminatoria, pues estaría abocado a ser expulsado del mercado de trabajo sin recibir las correspondientes prestaciones sociales. Esta postura es la que también defiende el magistrado que firma el voto particular de la sentencia al afirmar, «que existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los arts. 4.2.c) y 17.1 LET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre esta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” del artículo 14 CE». Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechaza esta tesis porque «tal caracterización carece de la identidad y la concreción que requeriría la apreciación de la concurrencia de un factor de discriminación, toda vez que la realidad descrita no conforma una categoría homogénea, sino una situación que puede adoptar múltiples manifestaciones y responder a causas diferentes, no siendo posible extender el concepto de discriminación hasta el límite de hacerlo coincidir con el principio genérico de igualdad».

Para el Tribunal Constitucional la enfermedad podrá ser causa de discriminación cuando sea tomada en consideración como un elemento de segregación basado en su mera existencia, pero no cuando la enfermedad se pone en relación con la aptitud del trabajador para desarrollar su trabajo.

En este sentido, se ha declarado nulo el despido de un trabajador por ser portador del VIH⁴.

⁴ Declarando nulo por discriminatorio el despido de un trabajador afectado por SIDA, cabe citar la STSJ Madrid de 5 de noviembre de 2007 (AS 2008, 490) o la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de la Plana de 7 de junio de 2005, AS 2005/2559. También, la STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2009 (AS 2009, 3135). En este mismo sentido, por parte de la doctrina, cabe citar a BLASCO JOVER, C.: «El despido del trabajador sero positivo o enfermo de SIDA», en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006; FERNÁNDEZ PROL, F.: «Análisis de la discriminación por enfermedad en el ámbito laboral. Especial referencia al caso del SIDA», en *Historia clínica y protección de datos laborales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores de VIH*, directores Garriga Domínguez, A., y Álvarez González, S., Ed. Dykinson, 2011.

2. LA CONSIDERACIÓN DE LA ENFERMEDAD COMO UNA FORMA DE DISCAPACIDAD

A partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que dio nueva redacción al artículo 4.2.c), párrafo 2.º ET, incluyendo como causa de discriminación la discapacidad, se añade un nuevo argumento a la tesis de la nulidad del despido por enfermedad y es la equiparación de la enfermedad a la discapacidad. En efecto, la Ley 62/2003, con el objeto de adaptar el derecho español a la Directiva 2000/78/CE⁵, modificó los artículos 4.2.c) y 17 ET, convirtiendo la discapacidad efectivamente en causa legal de discriminación al prever el artículo 4.2.c), párrafo 2.º ET que: «Los trabajadores... en la relación de trabajo... [t]ampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate». Por su parte, el artículo 17 ET pasó a disponer lo siguiente: «1. 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. [...]». Se pretende así, una vez recogida la discapacidad como causa de discriminación en el Estatuto de los Trabajadores, equiparar los conceptos de enfermedad y discapacidad y de este modo calificar el despido de un trabajador por motivo de enfermedad como nulo en lugar de improcedente.

Esta cuestión llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid planteó al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: «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

⁵ La Directiva 2000/78 en su artículo 1 señala que es discriminatoria cualquier diferencia de trato en el ámbito del empleo y la ocupación que obedezca a motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

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 señal identitaria adicional frente a las que proscriben discriminación la Directiva 2000/78?».

La respuesta a estas cuestiones dio lugar a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006 (Caso Chacón Navas contra Eurest Colectividades, SA). Por lo que se refiere a la primera cuestión, la sentencia afirma que una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido en la Directiva 2000/78. Los argumentos para llegar a esta conclusión se pueden resumir del modo siguiente. El TJCE afirma que el concepto de «discapacidad» no se define en la Directiva 2000/78, que tampoco remite al Derecho interno de los Estados, por lo que resulta necesaria una interpretación autónoma y uniforme de dicho término en toda la Comunidad. Para abordar esta tarea, el tribunal tiene en cuenta que, al adoptar el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Es necesario, pues, excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos. Por otra parte, la importancia que el legislador atribuye a la adopción de las medidas necesarias para adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada «durante un largo período». Por lo tanto, para que se pueda hablar de «discapacidad» es necesario que la probabilidad de la limitación sea «de larga duración». No hay discapacidad «tan pronto como aparezca cualquier enfermedad», pero una enfermedad que provoque una limitación en la actividad profesional «de larga duración» sí puede ser causa de una discapacidad.

Y, por lo que se refiere a la segunda cuestión, por la que el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si cabe considerar la enfermedad como un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe la discriminación, la respuesta del TJCE es negativa. Señala que ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal. Es cierto que el principio general de no discriminación, que forma parte de los principios generales del derecho comunitario, vincula a los Estados miembros cuando la situación sobre la que versa el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, pero «de ello 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».

La doctrina de esta Sentencia fue pronto recogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, la STS de 11 de diciembre de 2007 (rec. núm. 4355/2006) afirma que la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido recogida en la STJCE de 11 de julio de 2006, y siguiendo dicha doctrina afirma que «la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un “estatus” que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido». Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas sentencias del Tribunal Supremo en las que se insiste que no es equiparable la enfermedad con la discapacidad⁶.

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. España ratificó tanto la Convención como el Protocolo (BOE de 21 de abril de 2008 y BOE de 22 de abril de 2008, respectivamente), incorporándose así a nuestro derecho interno. La Convención también fue incorporada al ordenamiento comunitario. En efecto, un aspecto destacable de la Convención lo constituye el hecho de que no solo está abierta a la participación de los Estados, sino también de organizaciones regionales de integración, lo que permitió su ratificación por la Unión Europea el 23 de diciembre de 2010, convirtiéndose de este modo en el primer tratado internacional sobre derechos humanos adoptado por las Naciones Unidas en el que es parte una organización internacional.

La incorporación al ordenamiento comunitario, de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, llevó al TJUE a matizar su doctrina en su Sentencia de 11 de abril de 2013 (Caso Ring). Comienza el Tribunal advirtiendo que, tras la sentencia Chacón Navas, se ha incorporado al ordenamiento comunitario la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y recuer-

⁶ SSTS 13 de febrero de 2008, rec. núm. 4739-2006, RJ 2008/2900; 27 de enero de 2009, rec. núm. 602-2008, RJ 2009/1048; 27 de enero de 2009, rec. núm. 602-2008, RJ 2009/1048.

da que los acuerdos internacionales que celebra la Unión Europea tienen primacía sobre las disposiciones de Derecho derivado, de forma que estas deben interpretarse de conformidad con dichos acuerdos. En este contexto, está claro que la Directiva 2000/78 debe interpretarse de conformidad con la Convención. Pues bien, de acuerdo con el artículo 1.2 de la Convención, «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Basándose en este precepto, el TJUE concluye que «si una enfermedad, curable o incurable, acarrea una limitación que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede ser incluida en el concepto de discapacidad».

La enfermedad, en cuanto tal, que no cumpla estas condiciones no se incluye en el ámbito de protección de la Directiva.

Se acoge, por tanto, el concepto de discapacidad previsto en el artículo 1 de la Convención de la ONU, un concepto mucho más amplio y flexible, y también ambiguo al incluir la expresión deficiencias «a largo plazo».

Para un sector doctrinal, esta sentencia constituye «una verdadera rectificación de lo afirmado en 2006» e implica «un cambio de enorme relevancia conceptual», que obliga a revisar la separación entre enfermedad y discapacidad, dando paso «a una nueva enfermedad asimilada»⁷. Para otros, «no es tanto una rectificación como una matización»⁸. En este sentido, hay que tener en cuenta que la Sentencia Chacón Navas ya incluía en el concepto de discapacidad las limitaciones de «larga duración».

La primera Sentencia del Tribunal Supremo que se dictó después del Caso Ring, es la STS de 3 de mayo de 2016 (rec. núm. 3348/2014), en la que se reconoce que para delimitar el concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 hay que acudir al artículo 1 de la Convención de la ONU, pero concluye que «no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la incapacidad temporal por alta médica poco después». Parece mantenerse la doctrina del Tribunal Supremo existente hasta esa fecha, pero se corrige el concepto de discapacidad de conformidad

⁷ SEMPERE NAVARRO, A.: «Discriminación laboral por enfermedad», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013.

⁸ VELASCO PORTERO, T.: «El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?», *Revista General del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, p. 153.

con la dispuesto en la Convención de la ONU. Como ha señalado la doctrina, la lógica del TJUE es la de superar el modelo médico-asistencial de discapacidad, sustituyéndolo por el modelo social⁹.

Al acogerse el concepto de discapacidad de la Convención de la ONU, la clave del problema planteado acerca de la posible equiparación de los conceptos de enfermedad y discapacidad está en determinar qué se entiende por limitación a largo plazo. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, opta en su artículo 1 por una definición abierta y dinámica que deja margen para que los Estados puedan incorporar otros colectivos y para posibles actualizaciones futuras. Literalmente señala que: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». La Convención parece así optar por un concepto de discapacidad basado en el modelo social, lo que se refleja en el Preámbulo de la Convención cuando sostiene que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

En esta evolución de la jurisprudencia comunitaria, un paso más lo constituye la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (Caso Daouidi,) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona. Esta sentencia ha pretendido aclarar qué se entiende con la exigencia de que la limitación en la vida profesional sea «a largo plazo».

El Sr. Daouidi fue víctima de un accidente laboral por el que se dislocó el codo izquierdo. Unos seis meses después de dicho accidente laboral, el codo del Sr. Daouidi seguía enyesado y, por tanto, no podía desarrollar su actividad profesional. En estas circunstancias, para el TJUE el Sr. Daouidi ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física. Por consiguiente, para determinar si cabe considerar al Sr. Daouidi una «persona con discapacidad» con arreglo a la Directiva 2000/78, e incluida, por tanto, en el ámbito de aplicación de esa Directiva, hay que analizar si esa limitación de su capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de

⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGO LOZANO, P.: «La cosificación del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral: estudio jurídico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 C-270/16, Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad», *La Ley Unión Europea*, 57 (La Ley 2491/2018).

condiciones con los demás trabajadores, es «duradera» en el sentido de la jurisprudencia comunitaria.

Señala el Tribunal que «corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter “duradero”, ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico».

A la hora de valorar esa circunstancia, el Tribunal advierte de la importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas de adaptación del artículo 5 de la Directiva, lo que, a su juicio, demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante «un largo período».

Entre los indicios que permiten considerar que una limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

El Tribunal termina señalando que en la comprobación del carácter duradero de la limitación de la capacidad del trabajador, el juzgado debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular «en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos médicos y científicos actuales».

En el caso del señor Daouidi, el Tribunal afirma que, en principio, su estado físico parece reversible, pero que es el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona quien, de acuerdo con lo anterior, debe valorar el carácter duradero o no de la limitación que sufre. En todo caso, el Tribunal de Justicia recuerda que si se llega a la conclusión de que la limitación es «duradera», habrá que tener en cuenta que un trato desfavorable por motivo de discapacidad solo vulnera la Directiva cuando resulta discriminatorio conforme a lo dispuesto en su artículo 2.1.

Por lo tanto, según el TJUE primero debe determinarse si la enfermedad es de larga duración o a largo plazo y, por tanto, puede incluirse en el concepto de discapacidad y después, una vez apreciada la discapacidad, habrá que determinar si el despido es discriminatorio.

Como ha señalado la doctrina, la sentencia Daouidi no contradice la doctrina del Tribunal Supremo: «la enfermedad “sin cualificaciones adicionales” no constituye un factor de discriminación ni puede equipararse a la discapacidad. Ahora bien, sí ha habido desajustes en los conceptos de discapacidad que se han venido manteniendo»¹⁰. En un principio, el Tribunal Supremo acogió

¹⁰ DESDENTADO DAROCA, E.: «El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas», *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2017.

un concepto restrictivo de discapacidad, al exigir la existencia de «una situación de minusvalía permanente» que altera también «de manera permanente las condiciones de vida de la persona»¹¹. En este mismo sentido, la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, también, al definir la discapacidad se refiere a «deficiencias previsiblemente definitivas»¹². Sin embargo, el TJUE, siguiendo la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, no exige que las limitaciones sean permanentes sino, como venimos reiterando, «de larga duración» o «a largo plazo».

De este modo, a partir de esta jurisprudencia comunitaria descrita, el TS ha tratado de adoptar un criterio más flexible o amplio de discapacidad. Precisamente respetando y asumiendo la doctrina del asunto Ring, el Tribunal Supremo señaló ya en STS de 3 de mayo de 2016 (rec. núm. 3348/2014) que era necesario introducir una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad.

Así, por ejemplo, en la STS de 15 de marzo de 2018¹³ se afirma que «la situación de incapacidad en que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el período máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE». En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2020¹⁴, considera, en aplicación de los criterios que derivan de la jurisprudencia comunitaria, que en el caso resuelto no hay discriminación por discapacidad, puesto que se trata «de un trabajador que inicia un proceso de IT en fecha 26 de noviembre de 2016 y es despedido el 2 de diciembre de 2016, sin que ni tan siquiera consten los motivos concretos de las dolencias que hayan podido motivar la baja médica, ni aparezca ningún otro dato que permita valorar mínimamente la posible discapacidad del trabajador en razón de tales dolencias. No hay el menor elemento de juicio que permita considerar que pudiese tratarse de una limitación de larga duración que impidiera la participación plena y efectiva del trabajador en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás traba-

¹¹ STS 11 de diciembre de 2007, rec. 4355-2006, RJ 2008/2884; 13 de febrero de 2008, rec. núm. 4739-2006, RJ 2008/2900; 27 de enero de 2009, rec. núm. 602-2008, RJ 2009/1048.

¹² Artículo 2. «A efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

¹³ Rec. núm. 2766/2016, RJ 2018/1403.

¹⁴ Rec. núm. 3387/2017, RJ 2020/4041.

jadores, por lo que la calificación del despido no puede ser otra que su improcedencia».

Y, también en este mismo sentido, la STS de 22 de mayo de 2020¹⁵, sostiene que no puede deducirse la condición de discapacitado del trabajador cuando los únicos datos de los que se dispone son los de la «existencia de dos períodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que conste las circunstancias o causas de las bajas. Se hace extremadamente difícil deducir de ello que, en efecto, nos encontremos ante una situación de “dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”, por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor. Las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social. No cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente. Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita».

3. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA, EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA DIGNIDAD

Un tercer argumento para defender la nulidad del despido por enfermedad ha sido el de entender vulnerado el derecho a la integridad física previsto en el artículo 15 CE, derecho que se ha entendido vulnerado en unos casos junto con el derecho a la salud (art. 43 CE) y, en otros, junto con el derecho a la dignidad (art. 10 CE).

La vulneración del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) ha sido rechazada por los Tribunales por tratarse de un principio rector del orden social y económico, y no de un derecho fundamental¹⁶. Ahora bien, la referencia al derecho a la salud no se suele hacer sola sino conectada al derecho fun-

¹⁵ Rec. núm. 2684/2017, RJ 2020/2065.

¹⁶ STS 22 de septiembre de 2008 (rec. núm. 3995/2006).

damental a la integridad física, artículo 15 CE. Sin embargo, la jurisprudencia no ha aceptado tampoco esta asimilación entre ambos derechos.

Los defensores de esta argumentación consideran que el temor de los trabajadores a perder su puesto de trabajo puede hacer orillar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto de trabajo, asumiendo un sacrificio en absoluto exigible, incluso pudiendo complicar su evolución patológica.

Si bien es cierto que el TC ha establecido una cierta conexión entre el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, no se debe forzar esa doctrina llegando a la identificación entre ambos derechos y extendiendo de tal modo esa conexión a un supuesto en el que no existe relación entre aquellos. El trabajador que se halla de baja por incapacidad temporal y está recibiendo la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social no está ejercitando el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE, ni cabe sostener que tal situación esté amparada por ese precepto. Tampoco se comparte, en consecuencia, la idea de que el despido del trabajador motivado por la apreciación empresarial de que la inasistencia por enfermedad es excesiva o contraria a sus intereses económicos o productivos constituya un menoscabo del derecho a la integridad física del trabajador, pues ese derecho no se halla en juego en este supuesto.

El derecho a la integridad física, en su concepción inicial y más obvia, ampara a todas las personas frente a actuaciones materiales agresiones, intervenciones, actuaciones, etc., realizadas en o contra su cuerpo, que pongan en peligro o mermen su integridad corporal. Incluye además la protección frente a toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular aunque no haya malestar, riesgo o daño para la salud (STC 207/96 de 16 de diciembre, que distingue entre inspecciones y registros corporales, que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, e intervenciones corporales, consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial).

La conexión con el derecho a la salud que reconoce el Tribunal Constitucional se hace en el sentido de que también se consideran comprendidas en el derecho a la integridad física esas mismas actuaciones materiales dirigidas al cuerpo cuando pongan en peligro la salud.

Esta conexión del derecho a la integridad física con el derecho a la salud se reconoce en la STC 35/1996 de 11 de marzo, en la que se declara que «el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal». El sentido de la declaración es claro: el derecho a que no se dañe o perjudique la salud queda comprendido en el derecho a la integridad física. No es todo el derecho a la

salud el que queda comprendido, sino este aspecto en concreto. En el supuesto examinado, se debatía si la lesión del derecho a la integridad física podría resultar eventualmente de la aplicación reiterada, o técnicamente incontrolada, de sesiones de rayos X. Después se ha matizado que «no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma» (STC 5/2002 de 14 de enero).

Es cierto que la relación entre el derecho a la salud y la integridad física se amplía a partir de la STC 220/2005 de 12 septiembre, al reconocer que la conducta lesiva no solamente puede consistir en actuaciones materiales. En este sentido se declara que «el derecho a la integridad física podría verse lesionado no solo por acciones, sino también por omisiones de los poderes públicos –como podría ser el caso de una negativa injustificada a conceder una prórroga de baja por incapacidad laboral– que deberían ser amparadas por los Tribunales si como consecuencia de aquellas se produjera una lesión del derecho de modo real y efectivo». Pero, aun así, «tal actuación solo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el artículo 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado». La sentencia niega que pudiera haber existido ese peligro, porque la denegación de las prórrogas de baja por incapacidad laboral no supuso un impedimento para seguir el tratamiento rehabilitador indicado por prescripción facultativa.

En la línea de la STC 220/2005 se hallan las SSTC 62/2007, de 27 de marzo y 160/2007, de 2 de julio. En ellas se admite que un cambio a puesto de trabajo no compatible con el estado de embarazo o una reincorporación a un puesto bajo la dependencia de un superior que había sido denunciado por la trabajadora, constituyen un riesgo para la integridad física y por ello se considera que las órdenes respectivas lesionan el derecho a la integridad física de la empleada. Se da dimensión constitucional a las obligaciones que al empleador impone la Ley de Prevención de Riesgos Laborales respecto a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. Ahora bien, aun en esta tendencia expansiva que experimenta la doctrina constitucional en la protección del derecho a la integridad física, lo que sin duda resulta exigible es una actuación empresarial de la que se derive un riesgo o produzca un daño a la salud del trabajador.

Sobre el artículo 15 CE señala la STC 160/2007, de 2 de julio, FJ 2, lo siguiente:

«Hemos recordado recientemente en nuestra STC 62/2007, de 27 de marzo, que el artículo 15 CE ampara de forma autónoma el derecho fundamental a «la integridad física y moral», y que, en relación con tal derecho, este Tribunal ha

tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege «la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5); que estos derechos, destinados a proteger la «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5); y que además de ello, en efecto, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Esta última concreción de la tutela propia de la integridad personal, en consecuencia, no implica situar en el ámbito del artículo 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud; supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, como precisó la propia STC 62/2007, de 27 de marzo, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el artículo 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para esta.

Precisamente por esa razón añadíamos aún que «para apreciar la vulneración del artículo 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras)».

En definitiva, el derecho a la integridad física protege inicialmente frente a actuaciones materiales sobre el cuerpo humano, que dañen la integridad corporal, que supongan un peligro grave y cierto para la salud, o que se produzcan sin consentimiento del afectado y sin deber jurídico de soportarlas. Con posterioridad se ha ampliado la protección frente a actuaciones no materiales (órdenes empresariales) que incumplan las obligaciones legalmente impuestas al empleador en materia de prevención de riesgos laborales poniendo en peligro la salud de la trabajadora al destinarla a determinados puestos.

II. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO: POSTURA JURISPRUDENCIAL... ■

A la vista de la doctrina constitucional –brevemente reseñada– la jurisprudencia ha considerado que no es posible encontrar una conexión entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que despide a un trabajador con motivo de una situación de incapacidad temporal. De un lado, el despido es una conducta que no tiene repercusión física o material alguna sobre el trabajador, aunque sí pueda tenerla de orden moral. Y por otra parte, desde el punto de vista de las SSTC 220/2005, 62/2007, 160/2007 y 118/2019, en cuanto a la posible conexión entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad física, tampoco puede sostenerse que la medida extintiva empresarial ponga en peligro grave y cierto la continuación del tratamiento sanitario, ni la salud del trabajador afectado¹⁷.

Ahora bien, sí que se considera que existe una vulneración del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE, cuando estando en incapacidad temporal el trabajador es despedido por su negativa a reincorporarse al trabajo antes de haber obtenido el alta médica¹⁸. En este caso existe un ataque a la integridad física del trabajador que estando en situación de incapacidad tem-

¹⁷ SSTs 22 de septiembre de 2008, rec. núm. 3591-2006, RJ 2008/5533; 22 de noviembre de 2007, rec. núm. 3907-2006, RJ2008/1183.

¹⁸ La STS de 31 de enero de 2011 (RJ 2011\922) declaró la nulidad del despido por vulneración del derecho a la integridad física en un supuesto en que el trabajador, en situación de baja médica, fue presionado por su empresa para que se reincorporase a su puesto de trabajo. Dicha sentencia confirmó la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 810-2010 de 12 marzo. Posteriormente, la STSJ Andalucía 4 de octubre de 2011, rec. núm. 402-2011, AS 2011/2544, resolvió en un sentido similar, al afirmar lo siguiente: «La circunstancia de que en la carta de despido se añada que el actor se negó a atender el requerimiento que le fue efectuado por la empresa para que se reincorporase al trabajo con menos funciones o con funciones distintas y más livianas de las que tenía asignadas, además de no haberse acreditado, no desvirtúa en modo alguno lo anteriormente expuesto, sino que evidencia la existencia de una coacción o acoso con la misma finalidad de acortar el período de restablecimiento de la salud. Y pone de manifiesto la diferencia sustancial existente entre este supuesto y aquellos otros en los que el trabajador está de baja y existen indicios de que la situación de IT es la verdadera causa del despido [la Sala conoce esta doctrina, contenida entre otras en SSTs de 11 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 2884); 18 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 800) ; 13 de febrero de 2008; 22 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5533) y 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048)], dado que, en estos casos, no existe un ataque a la integridad física, puesto que, el trabajador continúa con su derecho a estar en situación de IT y disfrutando de su derecho a la asistencia médica y farmacéutica y del correspondiente subsidio sustitutivo del salario, mientras que, en los casos como el presente se pretende que se reincorpore al trabajo antes de haber obtenido el alta médica, sancionando con el despido su negativa a abandonar la protección que le ofrecía el sistema de la Seguridad Social en la situación de IT en que se hallaba desde el 28 de enero de 2010 y que se mantuvo, según consta hasta el 7 de abril de 2010, durante un tiempo de poco más de dos meses que en absoluto parece desmedido o excesivo. En este sentido se pronunció la sentencia del TSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (rec. 188/2010) (JUR 2010, 153801) referida a un supuesto, similar al presente, de una trabajadora de la misma empresa (Mercadona) a la que se conminó para que pidiese voluntariamente el alta médica en el proceso de IT en que se hallaba con la clara advertencia de que, caso de no hacerlo se la podría despedir, como así ocurrió al no haber aceptado la trabajadora, y más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2011 (rec. 1532/2010) (RJ 2011, 922), que vino a confirmar dicha sentencia, desestimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada».

poral es coaccionado por la empresa a reincorporarse, lo que puede causar un perjuicio para su salud. Cuando media un incumplimiento empresarial previo que pone en peligro la salud y la integridad física del trabajador, el despido debe ser declarado nulo.

Por último, también se ha invocado junto con el derecho a la integridad física la vulneración del derecho a la dignidad con el fin de justificar la nulidad del despido. En algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁹, después casadas y anuladas por el Tribunal Supremo, se afirmaba que «nuestro sistema de valores constitucionales no permite la consideración de la persona del trabajador unilateral y exclusivamente como una mera fuerza de trabajo, determinada hasta en su salud por la voluntad unilateral del empresario aplicando patrones de eficiencia económica estricta. La rentabilidad económica, el mercado, no puede ser la clave fundamental porque ello supondría derivar de la persona, del ser humano, al *Homo oeconomicus* utilitarista, pulverizando las normas y los valores que las inspiran y que contienen, hasta hacerlos coincidir con el universo de los poderes del mercado. Ello sucedería, dicho simplemente, si admitiéramos que el empresario puede prescindir del trabajador enfermo porque no le es productivo o económicamente rentable, como si de una máquina averiada, o ya inservible, se tratase».

Es cierto que no sería compatible con la dignidad humana la facultad libre del empresario, sin reacción alguna en contra del ordenamiento jurídico, de despedir a un trabajador por el mero hecho de estar enfermo, pero no es este el caso, ya que, como señala la doctrina judicial, «el derecho lo considera como un acto ilícito y en cuanto tal impone unas consecuencias indemnizatorias al empresario que lo realiza. Resulta excesivo vincular la dignidad humana con el despido que en efecto es injusto por causa de enfermedad, como lo es por muchos otros motivos que no se ajustan a derecho, pero para tales supuestos el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos resarcitorios a cargo de la empresa unidos a otros de protección social, sin que en ninguna norma internacional o comunitaria se haya llegado a tachar de contrario a la dignidad humana el despido en tales circunstancias, aunque se halle motivado por razones que no encuentran amparo jurídico»²⁰.

De todas formas, como recuerda el Tribunal Supremo, lo cierto es que no se trata de un derecho fundamental susceptible de protección autónoma (STC 64/1986, de 21 de mayo, FJ 1; y ATC 149/1999, de 14 de junio, FJ 2),

¹⁹ STSJ Madrid 18 de julio de 2006, rec. núm. 1309-2006, JUR 2006/279688; STSJ Madrid 18 de julio de 2006, rec. núm. 2469-2006, AS 2006/2985.

²⁰ STSJ Madrid 4 de diciembre de 2007, rec. núm. 2956-2007, AS 2008/2745.

sino que únicamente opera en relación con los derechos fundamentales propiamente dichos, de manera que la falta de vulneración del alguno de estos derechos «comporta la inargumentabilidad de aquel “valor espiritual y moral inherente a la persona” [STC 53/1985, de 11 de abril, F. 8]»²¹. Por lo tanto, si se llega la conclusión de que no hay vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE), no puede argumentarse que hay vulneración del derecho a la dignidad (art. 10 CE).

²¹ STS 22 de noviembre de 2007, rec. núm. 3907-2006, RJ 2008/1183.

III. LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN RELACIONADAS CON LA SALUD INCLUIDAS EN LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO. SUS EFECTOS EN MATERIA DE DESPIDO

1. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

No existe una ley específica y única en nuestro ordenamiento jurídico que desarrolle el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación regulados en el artículo 14 CE, por lo que su desarrollo lo encontramos en múltiples leyes. Su regulación es, por tanto, extensa y dispersa.

Con el objeto de garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, así como respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 CE, se ha aprobado la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. A pesar de regular un derecho fundamental, como es la igualdad, se trata de una ley ordinaria y no orgánica, lo que ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional. En síntesis, la jurisprudencia constitucional considera que la reserva de Ley Orgánica del artículo 81.1 de la Constitución no alcanza a todos los derechos y libertades del capítulo II del título I sino únicamente a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1.^a del capítulo II del título I, es decir, a los consagrados en los artículos 15 a 29 (SSTC 76/1983, de 5 de agosto y 160/1987, de 27 de octubre). En consecuencia, el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 14 CE y que es objeto de regulación en la Ley 15/2022, al no estar comprendido en la sección 1.^a del capítulo II del título I, no está sujeto a reserva de Ley Orgánica, sin perjuicio de que –como ha

advertido el Tribunal Constitucional en el primero de los pronunciamientos mencionados— la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales al amparo del artículo 149.1.1.^a de la Constitución pueda tener carácter orgánico, no por su referencia a la igualdad sino por la materia objeto de regulación, cuando esta coincida con alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas comprendidos en la sección 1.^a del capítulo II del título I.

Esta ley, como señala su Preámbulo, «tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas»¹. Con esta ley, sigue señalando su Preámbulo, se pretende dar respuesta a una necesidad normativa concreta: «crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la adopción más moderna de los derechos humanos». La ley trata así de culminar un proceso de iniciativas legislativas a favor de la igualdad de trato y no discriminación que se han venido desarrollando desde hace años en nuestro país y que, en materia laboral, tienen como referente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de derechos de las personas con discapacidad y la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con reglas también en este ámbito.

La Ley 15/2022 es una ley de garantías que «no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 CE incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto» (Exposición de Motivos). Es una ley general, «frente a las leyes sectoriales, que opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación» (Exposición de Motivos). Y es una Ley integral respecto de los motivos de discriminación. Su artículo 2, relativo al ámbito subjetivo de aplicación, señala que «Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapaci-

¹ En el año 2011 se aprobó un Anteproyecto de Ley Integral de Igualdad de Trato y No Discriminación, que pretendía también «completar el desarrollo del artículo 14 CE». Sin embargo, este Anteproyecto no llegó a aprobarse. Sobre el mismo, ver, SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, A.: «Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: discriminación por enfermedad», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2011. Ver, también, Dictamen del Consejo de Estado de 26 de mayo de 2011 al citado Anteproyecto.

dad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

El ámbito subjetivo de la ley parte del artículo 14 de la Constitución (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión) y de otros motivos de discriminación recogidos en la normativa europea, en la normativa nacional o incorporados por la jurisprudencia constitucional por la vía de las circunstancias personales a las que alude el citado precepto –entre ellas la discapacidad o la edad–, pero, a su vez, incorpora expresamente otros no directamente deducibles de aquellas normas ni de la jurisprudencia, tales como los que se refieren, por lo que aquí interesa, a «enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos»².

La pluralidad de causas de discriminación enumeradas por el artículo 2 de la Ley 15/2022 no resulta explícitamente definida. Los conceptos, con todas sus variedades y matices, parece que se sobreentienden, «en una tácita remisión al estado de la cuestión en los grandes referentes de los que se parte según el Preámbulo de la norma: la Constitución española, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las Convenciones de las Naciones Unidas para evitar la discriminación en distintos campos, la Convención Europea de Derechos Humanos y las numerosas normas comunitarias en materia de discriminación».³ Así, muchas de las causas de discriminación prohibidas en esta ley tienen tras de sí una normativa y una jurisprudencia internacional y nacional que las interpreta, pero otras, como por ejemplo, la condición de salud, no la tienen, de manera que al no señalar la norma la extensión del área protegida y sus peculiaridades, debemos, a mi juicio, partir del concepto de discriminación para tratar de concretar su contenido. En efecto, si, como venimos señalando, la Ley 15/2022 pretende establecer un régimen uniforme de protección frente a la discriminación por cualquier motivo (artículo 2.1) y en todos los sectores de la vida política, económica, social y cultural (artículo 3), que proporcione una cobertura integral a todas las formas de discriminación, la primera cuestión que debemos plantearnos es qué se entiende por discriminación.

² La regulación de la UE prevé los siguientes motivos prohibidos: sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión, creencias y orientación sexual. La Ley 15/2022 agrega los siguientes: «[...] enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías o trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica».

³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *Temas Laborales*, núm. 165, 2022.

Por lo que se refiere al concepto de discriminación, el Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que ha ocurrido con el principio general de igualdad de trato –que en líneas generales ha sido interpretado de un modo bastante regular– ha optado por soluciones interpretativas muy diferentes. Como ha destacado la doctrina en relación con la prohibición de discriminación, los vaivenes jurisprudenciales han sido muy espectaculares, conviviendo en un determinado momento distintas referencias teóricas según cual fuera la causa de discriminación alegada⁴.

En un principio, la doctrina constitucional entendió que era discriminatoria aquella diferencia de trato no razonable o suficientemente justificada. «El mandato de no discriminación se consideraba así, tan sólo, una manifestación del principio de igualdad. Desde este punto de vista, si la exigencia de igualdad implica un juicio previo de razonabilidad para justificar las diferencias, el listado del artículo 14 facilitaba este proceso al establecer como criterio constitucional la no razonabilidad, en principio, de las diferencias de trato que tuvieran su causa en las especificaciones previstas»⁵. Así, por ejemplo, la STC 34/1981, de 10 de noviembre, señala que «lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable», de tal modo que «la esencia del propio principio de igualdad rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria». Según esta doctrina constitucional, el «principio de igualdad lo proclama el artículo 14 de la CE en una amplia fórmula generalizadora, tras una enumeración concreta de condiciones o circunstancias, pero que, en suma, lo que impide es un tratamiento diferenciado en situaciones iguales» (SSTC 26/1984, de 24 de febrero; 49/1983, de 1 de junio).

Sin embargo, la STC 128/1987, de 16 de julio, constituye un cambio importante en la materia. Esta sentencia abre paso a una interpretación más estricta del término discriminación, al afirmar que, el artículo 14 CE «representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE». Esta doctrina constitucional ha sido recogida posteriormente en otras muchas sentencias.

⁴ PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., y REY GUANTER, S. del: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, 1993.

⁵ APARISI MIRALLES, A.: «Notas sobre el concepto de discriminación», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*.

Pues bien, al recoger el artículo 14 CE una cláusula abierta que permite la incorporación de nuevas causas de discriminación, el hecho de que se mantenga una u otra interpretación del concepto de discriminación tiene una indudable trascendencia. Así, por ejemplo, ha sido distinta la interpretación del concepto de discriminación en la doctrina constitucional cuando ha incluido como causa de discriminación la discapacidad, la condición de transexual o la identidad de género, que cuando ha incluido la discriminación por razón de edad o por circunstancias familiares.

En efecto, la discapacidad, la edad, la orientación homosexual, la condición de transexual, la identidad de género o las circunstancias familiares no aparecen enumeradas expresamente entre las causas de discriminación en el artículo 14 CE, pero el Tribunal Constitucional las ha considerado causas de discriminación al entender que están incluidas en la expresión cualquier otra «circunstancia personal» a la que alude dicho precepto.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido que el padecimiento de una discapacidad constituye una circunstancia personal a la que protege el artículo 14 CE, contra cualquier forma de discriminación.

Así, la STC 269/1994, de 3 de octubre, en relación con la discapacidad física, declara en su fundamento jurídico 4 que «la discriminación, tal como es prohibida por el artículo 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquellos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el artículo 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación». Y, con alcance a todas las situaciones de discapacidad (física o psíquica), la STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, precisa que ha de estarse al marco normativo específico del derecho que pretende ejercitar la persona en cada momento, puesto en relación con «el artículo 14 CE que prohíbe “discriminación alguna” por “cualquier circunstancia o condición personal” y el artículo 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de los discapacitados». La discapacidad constituye, por tanto, una circunstancia personal que el artículo 14 CE protege contra cualquier forma de discriminación, tal y como recuerda la STC 3/2018, de 22 de enero, o la STC 172/2021, de 7 de octubre. La histórica situación de exclusión y marginalidad que desde siempre ha padecido el colec-

tivo de personas discapacitadas es un hecho notorio, y de ahí, su inclusión expresa entre las causas de discriminación prohibidas⁶.

En términos similares se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en relación con la condición de transexual y la orientación homosexual. En estos casos el Tribunal Constitucional ha señalado, que «si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, [...], de la constatación» de que la transexualidad y la orientación homosexual comparten «con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado» a los transexuales y a los homosexuales, «tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas» (SSTC 176/2008, de 22 de diciembre; 41/2006, de 13 de febrero).

Y la misma doctrina ha sido recogida en la STC 67/2022, de 2 de junio, en la que se reconoce que «la identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE), y este rasgo de la identidad, cuando no se ajusta a parámetros hetero-normativos clásicos, es decir, allí donde identidad de género y sexo de la persona no son absolutamente coincidentes, puede hacer al individuo acreedor de una posición de desventaja social históricamente arraigada de las que prohíbe el artículo 14 CE».

Sin embargo, la doctrina constitucional no se ha mostrado tan clara al considerar como causa de discriminación la edad o las circunstancias familiares.

La consideración de la edad como factor de discriminación del artículo 14 CE, ya fue reconocida en la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2, donde el TC declaró que «la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad». Desde entonces y a lo largo de los años la consideración de la edad

⁶ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B.: «La salud del trabajador como causa de discriminación», *REDT*, núm. 162, 2014.

como factor de discriminación ha dado lugar a una heterogeneidad de resultados tal como destaca la STC 66/2015, de 13 de abril, FFJJ 3 y 4, dada la singularidad como es lógico de cada caso.

Asimismo, el Tribunal Constitucional consideró en su Sentencia 26/2011, de 14 de marzo⁷, que lo que se planteaba en dicho asunto era un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador varón demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral. El recurso de amparo resuelto por esta Sentencia invocaba que el rechazo por parte del empresario de la pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en el turno de noche supuso una discriminación sexual (art. 14 CE). Afirma la Sentencia que no puede existir lesión sobre el derecho invocado, discriminación por razón de sexo, ya que la denegación al recurrente de que fuera adscrito al horario nocturno no se fundamentaba en su condición de varón. Sin embargo, considera que en la medida en que pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral del recurrente, es susceptible de ser analizada desde la perspectiva del derecho a la no discriminación pero en relación con las «circunstancias familiares».

El Tribunal introduce así una nueva categoría discriminatoria, las circunstancias familiares.

Si la determinación de una nueva categoría discriminatoria, distinta de las expresamente recogidas en el artículo 14 CE, exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4), resulta muy dudoso, como señala el voto particular a la STC 26/2011, que en el caso de las circunstancias familiares estemos ante una causa de discriminación que reúna las características señaladas. La circunstancia de tener dos hijos de corta edad, señala el voto particular, «no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una

⁷ Sobre esta Sentencia, ver, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (reflexiones en torno a la STC 26/2011)», en *REDT*, núm. 155, 2012; GIL PLANA, J.: «La STC núm. 26/2011, de 14 de marzo, relativa al derecho del progenitor a conciliar la vida laboral y el cuidado de hijos menores y la configuración de esta circunstancia personal como factor discriminatorio», en *REDT*, núm. 154, 2012; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)», *Foro de Labos*, núm. 2, 2021.

situación contraria a la dignidad de la persona que permita identificarla como una categoría discriminatoria en el sentido del artículo 14 CE». Y lo mismo podríamos decir de la edad sin más, sin ningún otro calificativo.

Ciertamente, la cláusula abierta que contiene el artículo 14 CE, al recoger la expresión «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», permite que el ordenamiento se adapte mucho mejor a la aparición de nuevas causas de discriminación. Esta es la técnica también adoptada en el ámbito del Derecho Internacional, de manera que los distintos instrumentos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos⁸, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁰, Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹, ...), tras la enumeración de diversas causas de discriminación, incluyen una cláusula abierta que se refiere a «cualquier otra condición» o «cualquier otra condición social»¹². Como ha señalado la doctrina, «la lista de causas de discriminación casi nunca es cerrada: se mantiene abierta a supuestos no previstos en que la condición o la situación social de un determinado colectivo requiera la tutela antidiscriminatoria»¹³. El de discriminación es un concepto técnico, «pero sus finalidades emancipadoras de colectivos victimizados y las técnicas generadas con este fin le hacen idóneo para seguir el devenir social probablemente con

⁸ Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948: «Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

⁹ Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

¹⁰ Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

¹¹ Artículo 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

¹² Una solución contraria ha adoptado el ordenamiento jurídico inglés, que ha optado por un sistema de lista cerrada en relación con las causas de discriminación. En este sentido, ver, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J.: «Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido», *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014.

¹³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto», *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, p. 15.

mayor agilidad de la que hemos demostrado los juristas y los instrumentos internacionales a la hora de su detección»¹⁴.

De esta manera, las nuevas causas de discriminación pueden ser previstas por los Tribunales (por ejemplo, como hemos señalado, las circunstancias familiares) o venir recogidas en distintas normas. Así, por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores contiene dos preceptos en los que se incluyen distintas causas de discriminación que encajan en la cláusula «cualquier otra circunstancia o condición personal» del artículo 14 CE: el artículo 4.2.c) ET señala que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho, «a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español»; y el artículo 17 ET según el cual, «se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español». Pues bien, haciendo uso de esta posibilidad que reconoce el artículo 14 CE, el artículo 2 de la Ley 15/2022, ha previsto, como hemos señalado, nuevas causas de discriminación que no aparecen expresamente recogidas ni en la Constitución ni en la normativa comunitaria.

La falta de definición de estas nuevas causas de discriminación obliga, como hemos señalado, a analizar el concepto de discriminación y su diferencia con el principio genérico de igualdad que recoge el artículo 14 CE. La CE no impide reconocer nuevas causas de discriminación, y lo que parece exigir la jurisprudencia constitucional mayoritaria, aunque con algunas excepciones, es que esas nuevas causas sean «análogas» a las previstas en el artículo 14 CE, en el sentido de que las mismas se refieren a «determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han situado a grupos de la población en posi-

¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto», *op. cit.* pp. 56-57.

ciones contrarias a la dignidad humana» (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 2). Por ello, se hace referencia a que el criterio de diferenciación utilizado tenga un carácter estigmatizante o una «naturaleza particularmente odiosa, que lo convierte «en elemento de segregación, cuando no de persecución» (STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 5; 62/2008, de 28 de mayo, FJ 5). Como reitera el Tribunal Constitucional, no todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación, pues en tal caso esta prohibición se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es «la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes» (STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 5)¹⁵.

La Constitución, al enumerar determinadas causas de discriminación, en realidad estaría realizando un diagnóstico sobre el peligro de ciertos fenómenos sociales de segregación que deberían evitarse y erradicarse. La discriminación se perfilaría así «como una situación de marginación sistemática, histórica y profundamente arraigada en un momento dado y en una determinada sociedad, que incide sobre ciertos colectivos de sujetos, caracterizados, bien por razones derivadas de opciones legítimas de todo ser humano, o por concurrir en ellos rasgos inseparables de la persona, sobre cuya pervivencia esta no tiene ninguna posibilidad de elección»¹⁶.

¹⁵ Como señala, MONTROYA MEDINA, D.: «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las SSTC 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo)», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2011, «todo rasgo o característica de un individuo o un colectivo social que, pese a no encontrarse expresamente mencionada por el artículo 14 CE, reúna dichos elementos (constituya una diferencia históricamente arraigada y sitúe al individuo en una posición desventajosa y contraria a la dignidad por encontrarse ligada a formas de opresión o segregación), quede incluida en la cláusula “cualquier otra opinión o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la prohibición de discriminación. Expresado en términos negativos, no puede entenderse que exista un factor de discriminación que encaje en la dicción final del artículo 14 CE cuando el mismo no tenga una caracterización social análoga a la del resto de factores citados por el precepto».

¹⁶ PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., y REY GUANTER, S. del: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 13.

De este modo, el inciso segundo del artículo 14 CE puede decirse que establece una prohibición más rigurosa que va más allá de la mera razonabilidad o no arbitrariedad de las leyes, de su aplicación y de las actuaciones de los poderes públicos, y que supone la prohibición de determinados fenómenos sociales especialmente graves y rechazables por la naturaleza de las circunstancias que se tienen en cuenta para fundamentar la diferencia de trato. Este proceso en muchas ocasiones llegará a negar la igual dignidad de determinados grupos o personas.

Esta es la interpretación que considero debe prevalecer de las causas de discriminación, a pesar de que, como hemos señalado, este carácter restringido del concepto de discriminación y su vinculación a colectivos que arrastran históricamente situaciones de opresión no parece insalvable cuando el propio TC, en determinadas ocasiones, ha mostrado una mayor flexibilidad a la hora de extender el contenido de la cláusula abierta del artículo 14 CE¹⁷. La propia exposición de motivos de la Ley 15/2022 alude a este carácter estigmatizador o excluyente de las causas de discriminación, al señalar que la ley «parte del supuesto de que no cualquier trato diferenciado constituye un acto de discriminación, y es de destacar que aborda expresamente la cuestión de los límites del trato igual, de manera que en este no se puedan amparar conductas que en realidad atenten contra la igualdad de trato sea directa o indirectamente. Resulta relevante tener en cuenta que los actos discriminatorios se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos».

2. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 15/2022

a) **La enfermedad como factor de exclusión o marginación**

La primera duda que plantea la inclusión de la enfermedad sin ningún tipo de calificativo como causa de discriminación es si nos encontramos realmente ante una diferenciación que ha colocado históricamente a un sector de la población en una situación contraria a la dignidad de la persona.

¹⁷ Ver, LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «A vueltas con la calificación del despido por enfermedad», *REDT*, núm. 209, 2018.

La enfermedad no era una situación expresamente contemplada como causa de discriminación en artículo 14 CE ni en el artículo 17 ET ni en el artículo 2.2 de la Directiva 2000/78. Sin embargo, sí era reconocida como causa de discriminación por la jurisprudencia tal y como hemos señalado. De este modo, la inclusión en la Ley 15/2022 de esta causa de discriminación es coherente con la jurisprudencia constitucional que proscribe la discriminación basada en el solo hecho del padecimiento de una enfermedad, sin perjuicio de las diferencias de trato que puedan derivarse de la propia naturaleza de la dolencia sufrida.

Ahora bien, la inclusión de la enfermedad entre las causas de discriminación, igual que sucede con otras causas que han sido introducidas por la jurisprudencia constitucional o por el legislador, supone en parte una redefinición del concepto de discriminación. En efecto, la enfermedad como tal no tiene las implicaciones y el significado que como factores de exclusión o marginación típicos tienen el nacimiento, el sexo, la razón, la ideología o la confesión religiosa.

En términos generales, lo que caracteriza la prohibición de discriminación es que el factor de diferenciación utilizado merece especial rechazo porque toma en consideración condiciones personales ligadas históricamente a formas de opresión o de segregación del grupo de pertenencia de la persona a la que se discrimina¹⁸.

La enfermedad ya era considerada causa de discriminación antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2022 en diferentes normas. Por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, añade un nuevo apartado a bis)¹⁹ al artículo 1 y modifica el artículo 2.b)²⁰ de dicha ley e incluye en ambos preceptos la enfermedad como causa de discriminación en materia educativa; la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, incluye, entre los principios que fundamentan la acción voluntaria, la no discriminación por razón de enfermedad²¹; o, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, dedica su artículo 6

¹⁸ STS 29 de enero de 2001.

¹⁹ «a bis) La calidad de la educación para todo el alumnado, sin que exista discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, origen racial, étnico o geográfico, discapacidad, edad, enfermedad, religión o creencias, orientación sexual o identidad sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

²⁰ «b) La educación en el respeto a los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de nacimiento, origen racial o étnico, religión, convicción, edad, de discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, o cualquier otra condición o circunstancia».

²¹ «Artículo 5.2.i): La no discriminación de los voluntarios por razón de nacionalidad, origen racial o étnico, religión, convicciones ideológicas o sindicales, enfermedad, discapacidad, edad, sexo, identidad sexual, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

al derecho a la igualdad y señala que en las actuaciones de salud pública no puede producirse discriminación por razón de enfermedad²².

El artículo 2.1 de la Ley 15/2022 recoge como factor de discriminación la enfermedad y el artículo 2.3, por su parte, señala que «la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública». El artículo 2.3 de la Ley 15/2022, reproduce el contenido del artículo 6.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que regula el derecho de todas las personas a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad y no discriminación.

No contiene, por tanto, la norma ninguna definición de lo que se entiende por discriminación por razón de enfermedad. En este sentido, debemos tener en cuenta, como ya hemos señalado, que la Ley 15/2022 se caracteriza por establecer una regulación integral en materia de igualdad de trato que resulta aplicable a cualquier situación de desigualdad, con independencia del motivo de discriminación que la ocasione y del ámbito del sector público o privado en que se produzca. Como señaló el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, de 26 de mayo de 2011²³, que finalmente no llegó a convertirse en ley pero que constituye el antecedente de la actual Ley 15/2022, «la elaboración de una Ley general e integral en materia de igualdad de trato reúne dificultades evidentes, derivadas de la propia naturaleza de la materia regulada». A este respecto, procede recordar que la STC 76/1983, de 5 de agosto, señaló que «la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas», de ahí que «pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione que tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general» (FJ. 2). Esta afirmación no puede ser entendida, señala el Consejo de Estado, «en el sentido de que el ordenamiento constitucional excluya la posibilidad de una Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, pero es reveladora de las complicaciones con que se encuentra una norma de este alcance, habida cuenta de que el con-

²² Artículo 6.1: «Todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

²³ Referencia 625-2011.

tenido del derecho de igualdad –al igual que sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva, como el propio Tribunal Constitucional ha sugerido (Sentencia núm. 22/1986, de 14 de febrero, FJ. 3)– se modula en atención a las particulares circunstancias de las relaciones jurídicas en que actúa: constituye, pues, un derecho de contenido dinámico y no meramente estático». Por esta razón, que es de orden dogmático, las normas comunitarias y nacionales aprobadas hasta el momento en materia de igualdad de trato han adoptado siempre un enfoque particularista, persiguiendo la discriminación ocasionada por determinados motivos y en unos concretos ámbitos.

Este enfoque particularista ha llevado a cada norma a enumerar distintos motivos de discriminación, lo que ha provocado en algunos casos problemas de coordinación normativa. Así, por ejemplo, aunque la enfermedad no aparece incluida entre las causas de discriminación enumeradas en los artículos 4.2.c) ni 17.1 ET, el artículo 314 del Código Penal, LO 10/1995, de 23 de noviembre, relativo a los delitos de discriminación laboral, enumera, entre las causas de discriminación que pueden dar lugar a este delito, la enfermedad²⁴. Como ha señalado la doctrina, «la enfermedad o el parentesco con otros empleados sí se consideran susceptibles de fundamentar un trato discriminatorio en el delito de discriminación laboral pero al no preverse ni en el Estatuto de los Trabajadores ni en el Estatuto Básico del Empleado Público deviene imposible su constitución en la práctica, salvo que se hiciera una interpretación amplia de la referencia en el Estatuto Básico del Empleado Público de cualquier otra condición o circunstancia personal o social o, en el Estatuto de los Trabajadores, de la condición social. Finalmente, y por poner otro ejemplo de los problemas de coordinación normativa, el uso de alguna de las lenguas oficiales solo podrá considerarse una circunstancia sospechosa de discriminación en el delito de discriminación laboral en el caso del empleo privado ya que no consta en la normativa del empleado público»²⁵.

Pues bien, estos problemas de coordinación parece que quedarán superados con la aprobación de la Ley 15/2022.

²⁴ Según este precepto:

«Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses».

²⁵ TAPIA BALLESTEROS, P.: «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberação técnica legislativa deficiente?», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 55, 2019.

En efecto, la Ley 15/2022, como venimos señalando, tiene una vocación integral y pretende «crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir» (Exposición de Motivos). De ahí que no se defina lo que se entiende por discriminación por enfermedad ni por ninguna de las otras causas de discriminación introducidas por la norma.

De este modo, el factor de discriminación alegado puede tener matices diferentes según la singular relación jurídica en que se produce. En este sentido, por ejemplo, el artículo 510 CP regula los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución y, en concreto, los denominados delitos de odio. Este precepto ha sido modificado por la LO 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El artículo 510 CP concreta el listado de situaciones que pueden integrar la motivación discriminatoria. Entre esas situaciones, ya con anterioridad a la modificación del precepto por la norma señalada, figuraba la enfermedad. Pues bien, a la hora de interpretar el concepto de discriminación por enfermedad, la Fiscalía General del Estado en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, viene a señalar que las definiciones de enfermedad son demasiados amplias y que «la enfermedad como categoría de discriminación contemplada en el precepto penal parece limitarse a la de carácter permanente o duradero, como sostienen algunos autores. El caso más común, aunque no el único, es el de quienes actúan por odio discriminatorio a personas portadoras del VIH [en este sentido, Resolución 1536 (2007), de 25 de enero, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre VIH/Sida en Europa]».

Si aceptamos esta interpretación de la discriminación por enfermedad, llevada a cabo en el ámbito penal, en el ámbito laboral, es decir, que la enfermedad debe tener un carácter permanente o duradero para ser causa de discriminación, estaremos incluyendo en el concepto de discriminación por enfermedad aquella situación que la jurisprudencia comunitaria ha asimilado a la discriminación por discapacidad. Debemos, por tanto, determinar cuál es la interpretación del concepto de discriminación por enfermedad desde el punto de vista laboral.

La RAE define el término enfermedad como «alteración más o menos grave de la salud». El Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946) define el término «salud» como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». Sin duda, estas nociones son demasiado amplias y de ellas es difícil deducir cómo debe ser interpretado el concepto de discriminación por enfermedad.

Esta falta de definición de lo que se entiende por discriminación por enfermedad nos lleva a tomar como referente la doctrina del Tribunal Constitucional que en su STC 62/2008, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión. El Tribunal Constitucional ha descartado que la enfermedad pueda ser considerada como una causa autónoma de discriminación, pero no que la enfermedad pueda ser una causa de discriminación «cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece». Para que la discriminación opere en este caso debe actuar como instrumento de segregación social, como un elemento de estigmatización y marginación de un colectivo.

Por lo tanto, aunque la enfermedad no estaba recogida como causa de discriminación en la CE ni en ninguna otra norma, el TC venía entendiendo que existe discriminación por enfermedad cuando la enfermedad sea tomada como elemento de segregación, lo que sucederá en los casos de enfermedades que supongan un estigma para la persona que las padece, o cuando se discrimine por el mero hecho de estar enfermo y al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación objeto del contrato.

Al incluirse la enfermedad entre las causas de discriminación en el artículo 2 de Ley 15/2022 y no ofrecer la ley ninguna definición de lo que se entiende por discriminación por enfermedad, habrá que acudir a la doctrina constitucional señalada, sin olvidar que toda discriminación produce estigmatización y marginación de un colectivo. En este sentido, si bien el artículo 2 de la Ley 15/2022 no hace alusión a ese carácter estigmatizante de las causas de discriminación, ya hemos señalado como la exposición de motivos de la ley sí hace alusión al mismo y también puede deducirse del artículo 9.1 de la ley, relativo al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena. Según este precepto: «No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo»²⁶.

²⁶ Este carácter estigmatizante de las causas de discriminación queda, por ejemplo, patente en el artículo 39 del Proyecto de Ley de Empleo (BOCG 1, de julio de 2022), relativo a la no discriminación por edad, sexo o discapacidad, según el cual:

No hay duda, por tanto, de que la enfermedad es discriminatoria cuando la enfermedad es elemento de segregación. Cuando el trabajador ha sido despedido por su enfermedad y no por la limitación en su capacidad de trabajo que la enfermedad provoca, no hay duda de que estamos ante un despido discriminatorio por enfermedad. Lo estábamos antes de la Ley 15/2022 y lo seguimos estando ahora.

Así, por ejemplo, en el caso del COVID-19 podemos encontrar algunos pronunciamientos recientes en los que los trabajadores despedidos alegan discriminación por razón de enfermedad al entender que su despido es consecuencia del COVID-19, lo que constituye, a su entender, un elemento de segregación²⁷. Dependiendo de las circunstancias de cada supuesto las conclusiones a las que lleguen los órganos judiciales son diferentes. En este sentido, la STSJ Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2022²⁸ declara el despido improcedente, pues tratándose de una enfermedad de corta duración, y en un entorno empresarial en el que «no solo hay varias contrataciones temporales sino que además se dieron en el mismo tiempo de la extinción contractual de la recurrente varios contagios del personal de la Residencia donde prestaba servicios la demandante, debe concluirse que no existió vulneración de derechos fundamentales ni cabe por tanto declarar la nulidad del despido de la trabajadora recurrente». También en este mismo sentido la STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2022 [RS 271/2022 (JUR 2022, 197394)], niega el carácter estigmatizante de la enfermedad y se centra en señalar que el diagnóstico de enfermedad por COVID-19, con una duración estimada de 14 días, no tiene un efecto discapacitante.

Por el contrario, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Murcia de 10 de diciembre de 2020²⁹ declara nulo el despido de una trabajadora en

«Sin perjuicio de la atención que debe observarse para combatir cualquier causa de discriminación, en la planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad se guardará especial cuidado en evitar discriminaciones por edad, sexo o discapacidad, así como la toma de cualquier decisión que pueda implicar un sesgo o estereotipo negativo de las personas por estos motivos».

²⁷ Ver, PÉREZ GUERRERO, M. L.: «La discriminación por razones sanitarias: el impacto del COVID-19 en las relaciones laborales», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 5, Universidad de Sevilla, 2022.

²⁸ Rec. núm. 1863-2021, AS 2022/560.

²⁹ Procedim. núm. 275/2020, AS 2021/2. Frente a esta Sentencia se interpuso recurso de suplicación que fue desestimado por STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2021 [rec. núm. 339/2021 (JUR 2021, 393409)]. La Sentencia pone de relieve que «no se ha despedido a la trabajadora (como también acontece en el caso de *litis*) por el mero hecho de encontrarse en situación de IT, ni por la mayor o menor duración del periodo de cuarentena o por la baja rentabilidad que pueda suponer para la empresa. El verdadero motivo del despido (se advierte) es el hecho que la trabajadora, que prestaba servicios de atención al público, era sospechosa de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa. Y esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir, enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo. Hay que tener en cuenta (avanza la Sala en su razonamiento) el momento en que se produce el despido (20 de abril de 2020). En dicha fecha solo había pasado un mes de la declaración del estado de alarma y había una situación sin precedentes de temor generalizado a contagios masivos (que a día de hoy todavía perdura). Es

situación de incapacidad temporal por COVID. Señala la sentencia que «no se ha despedido a la trabajadora por el mero hecho de encontrarse en situación de IT, ni por la mayor o menor duración del periodo de cuarentena o por la baja rentabilidad que pueda suponer para la empresa. El verdadero motivo del despido es el hecho que la trabajadora, que prestaba servicios de atención al público, era sospechosa de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa. Y esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir, enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo. Hay que tener en cuenta el momento en que se produce el despido (20 de abril de 2020). En dicha fecha solo había pasado un mes de la declaración del estado de alarma y había una situación sin precedentes de temor generalizado a contagios masivos (que a día de hoy todavía perdura). Es indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no. Lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás, al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio. Y en el presente caso hay prueba suficiente para estimar que la empresa acordó el despido de la trabajadora, no porque estuviera de baja, sino porque era sospechosa de haberse contagiado de coronavirus y podía ser percibida por terceras personas como un foco de riesgo de contagios. Recordemos que la trabajadora prestaba servicios de atención al público en una carnicería. Todo conduce a pensar que la empresa habría decidido despedir a la trabajadora por temor a las consecuencias que podrían derivarse del hecho de que una de las empleadas de atención al público en la sección de carnicería estuviera infectada por una enfermedad altamente contagiosa y que estaba (y está) generando una gran alarma social».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró, de 1 de febrero de 2021³⁰, al entender que ha quedado probado que la empresa acordó el despido el 27 de marzo de 2020, no porque estuviera de baja médica, sino por sospecha de haberse contagiado de Covid, lo que podía ser percibido por terceras personas como foco de riesgo de contagios tras dos semanas de la declaración del estado de alarma, en que había una

indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no. Lo relevante (sigue diciendo dicha sentencia) es el temor estigmatizante que genera en los demás, al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio. Y en el presente caso (se concluye) hay prueba suficiente para estimar que la empresa acordó el despido de la trabajadora, no porque estuviera de baja, sino porque era sospechosa de haberse contagiado de coronavirus y podía ser percibida por terceras personas como un foco de riesgo de contagios. Recordemos que la trabajadora prestaba servicios de atención al público... (lo que) conduce a pensar que la empresa habría decidido despedir a la trabajadora por temor a las consecuencias que podrían derivarse del hecho de que una de las empleadas de atención al público en la sección de carnicería estuviera infectada por una enfermedad altamente contagiosa y que estaba (y está) generando una gran alarma social».

³⁰ AS 2021/46.

situación sin precedentes de temor generalizado y estigmatizante frente a contagios masivos al menos durante el tiempo de riesgo de contagio.

Esta postura ha sido reiterada por algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia³¹.

La discriminación por razón de enfermedad la puede sufrir también una persona que no padece la concreta enfermedad discriminatoria pero está en contacto con personas que sí la padecen o han padecido, «principalmente familiares o convivientes (discriminación por asociación)»³². Como es sabido, este tipo de discriminación fue aplicado en primer término por el TJUE³³ para proteger a los trabajadores que sufran medidas laborales perjudiciales por su condición de familiar de una persona con discapacidad, y resulta razonable extenderla al caso señalado. Es pertinente recordar que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han admitido que se incurre en discriminación refleja o por asociación cuando una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06, Coleman) ha procedido a una interpretación amplia del alcance de los supuestos protegidos por 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, al declarar que se incurre en discriminación directa cuando una persona es tratada de forma menos favorable por razón de uno de los rasgos o características protegidos, aunque no concurren en ella misma, si el motivo del trato menos favorable se fundamenta en dicha característica. En el mencionado asunto Coleman, en el que la Gran Sala aborda en concreto un supuesto de discriminación por razón de discapacidad, se declara que los objetivos y el efecto útil de esta Directiva «se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha

³¹ STSJ Islas Canarias 23 de diciembre de 2021, rec. núm. 1315-2021, JUR 2022/115959; STSJ Cataluña 27 de julio de 2022, rec. núm. 2726/2022, JUR 2022/293463.

³² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 109. En este sentido, la STSJ de Canarias de 23 de diciembre de 2021, rec. núm. 1315-2021, JUR 2022/115959, declara nulo por discriminación por razón de enfermedad, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal a partir de contacto estrecho con un caso declarado de contagio por COVID-19.

³³ STJUE de 17 de julio de 2008, Caso Coleman.

recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado» (párrafo 48). De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su sentencia de 22 de marzo de 2016 (asunto Guberina contra Croacia, párrafo 79) que el trato menos favorable recibido por el recurrente por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el artículo 14 del Convenio europeo de derechos humanos, aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna. Este tipo de discriminación ha sido también aplicada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 71/2020, de 29 de junio. En este supuesto, la recurrente en amparo, enfermera en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, solicitó un permiso laboral de dos días para atender a su hermana, hospitalizada por parto. Tras requerirle que justificase los motivos de la hospitalización, la solicitud fue desestimada. La resolución del servicio de salud interpretó que la hospitalización por parto está excluida de los motivos establecidos para obtener tal permiso en el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del servicio de salud. Así, el servicio de salud denegó el permiso de dos días, al afirmar que el parto no era una enfermedad grave, aunque el acuerdo establece entre los motivos del permiso tanto la enfermedad grave como la hospitalización. La sentencia otorga el amparo por vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo, pues la única razón de la denegación de la licencia es que el motivo de la hospitalización de la familiar es el parto. Sin embargo, el acuerdo regulador únicamente exige la hospitalización del familiar para el otorgamiento del permiso, con independencia de los motivos del ingreso hospitalario. En consecuencia, la actuación del servicio de salud le ocasionó a la recurrente una «discriminación refleja». En la medida en que las resoluciones aplican un criterio directamente discriminatorio a su familiar, proyectan también efectos perjudiciales en el patrimonio jurídico de la recurrente a través de la denegación de la licencia solicitada. Este tipo de discriminación ha sido recogido en el artículo 6.2 de la Ley 15/2022, según el cual, «a) Existe discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio».

La inclusión en el artículo 2 de la Ley 15/2022, relativo al ámbito subjetivo de aplicación, de una referencia expresa a la enfermedad en el apartado 3, puede plantear la duda de si la ley ha querido ir más allá de lo previsto en la Constitución. El artículo 2.3, reproduciendo, como hemos señalado, el artículo 6.3 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, afirma que «la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de

tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública». El hecho de que, en sentido positivo, la Ley 15/2022 admita expresamente determinadas diferencias de trato relacionadas con la enfermedad, lo que no hace con ninguna otra causa de discriminación de las enumeradas en el artículo 2.1, no supone, a nuestro entender, ninguna modificación en el concepto de discriminación por enfermedad. Se trata simplemente de establecer determinadas puntualizaciones o matizaciones en relación con esta causa de discriminación, de manera que, al margen de las diferencias propias que resulten del padecimiento de la enfermedad, no puede admitirse diferencia de trato distinta de las limitaciones objetivas que la enfermedad imponga en relación con determinadas actividades o de las exigidas por la salud pública. Se introducen así garantías adicionales «con una finalidad preventiva o promocional, que podrían aplicarse sin necesidad de acreditar la concurrencia de discriminación»³⁴ y con las que se intenta combatir las desigualdades sistémicas que padecen las personas enfermas. Puede, de este modo, haber diferencias de trato relacionadas con la enfermedad que no son discriminatorias, porque no tienen un efecto estigmatizante o de marginación, pero pueden ser contrarias al principio de igualdad.

En todo caso, conviene tener en cuenta que la prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado. Utilizando palabras literales de la doctrina constitucional: la prohibición de discriminación «no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 5)» (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 6). Cualquier comparación que se realice, o pauta relacional que se incorpore, a un juicio de discriminación, no puede emplearse como sustento de la negación de su concurrencia, sino, a lo más, como apoyo en la acreditación de su existencia. Y ello porque el juicio sobre la discriminación del segundo inciso del artículo 14 CE no requiere un término de comparación que lo desvele. Basta constatar que el factor protegido ha sido intencionalmente dañado, provocando un perjuicio o minusvaloración al trabajador enfermo.

Por último, otra duda que puede plantear la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación en el artículo 2 de la Ley 15/2022 es si las enfermedades de larga duración, que según la doctrina del TJUE han sido consi-

³⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, p. 109.

deradas como una forma de discapacidad, van a continuar siendo incluidas en dicha causa de discriminación o, por el contrario, pasarán a ser un supuesto más de discriminación por razón de enfermedad.

A mi juicio, partiendo del concepto de discriminación por enfermedad señalado, serán un supuesto de discriminación por enfermedad siempre que dicha enfermedad de larga duración constituya un elemento de segregación o estigmatización de quien la padece. Es indiferente el carácter duradero o no de la enfermedad a efectos de su inclusión en esta causa de discriminación, ahora bien, lo que no es irrelevante es el carácter estigmatizante de la enfermedad padecida porque si dicho carácter no se da no estaremos ante un supuesto de discriminación por enfermedad, aunque sí podríamos estar ante un supuesto de discriminación por discapacidad.

b) El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal

En materia de despido, el problema que se plantea en la práctica es el de determinar si el mero hecho de despedir a un trabajador que tiene su contrato suspendido por incapacidad temporal constituye indicio suficiente de una posible discriminación por enfermedad; es decir, ¿actúa en estos casos la enfermedad como un elemento de exclusión o de segregación social?

En la doctrina laboralista y, también en la doctrina judicial, existen desde hace muchos años dos posturas diferentes sobre esta cuestión.

La primera postura, que es la mantenida por el TC y por el Tribunal Supremo, entiende, como venimos señalando, que el despido por enfermedad es discriminatorio cuando la enfermedad es elemento de segregación y no cuando es mero factor que hace inconveniente la relación laboral para la empresa. En definitiva, cuando es el hecho de la enfermedad en sí y del estado de salud del trabajador el motivo central de la decisión extintiva, sin relación alguna con otras valoraciones relacionadas con la aptitud, la cualificación, la competencia y el trabajo del trabajador enfermo. Se despide al trabajador por estar enfermo y no por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar el trabajo. Por eso, el mero hecho de despedir a un trabajador estando en incapacidad temporal no constituye indicio suficiente de discriminación.

Los casos más típicos de despidos discriminatorios por enfermedad son los relacionados con enfermedades infecciosas, pues estas suelen tener un efecto estigmatizante.

Por su parte, la segunda postura doctrinal existente considera que el despedir a un trabajador en situación de baja laboral, sin constar ningún otro mo-

tivo que dicha circunstancia, constituye una causa de discriminación, al entender que se estigmatiza al trabajador por estar enfermo. «Precisamente, este comportamiento discriminatorio –despedir por enfermedad bajo una aparente falta de aptitud sin apoyo probatorio alguno– se convierte en el mejor indicio que el trabajador eventualmente discriminado puede presentar»³⁵. Considera parte de la doctrina laboralista que cuando se eligen a determinados trabajadores, justamente por su enfermedad, «para aplicarles medidas perjudiciales en relación con otros trabajadores de la empresa, o se les valora negativamente como trabajadores prescindibles, poco útiles y escasamente productivos, de los que es necesario desprenderse por ser trabajadores enfermos», el estado de salud está actuando como un factor discriminador prohibido³⁶.

En este mismo sentido, algunos Tribunales Superiores de Justicia consideran que cuando se invoca por la empresa la enfermedad como causa del despido, es decir, se despide por estar enfermo, se incide en la discriminación proscrita por el artículo 14 de la Constitución, llegando a afirmarse³⁷, que la enfermedad se identifica como un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad, clase a la que se reduce o niega importantes derechos incluido el de la ocupación, y a la que se da un trato de inferioridad que debe incluirse entre los vedados por la prohibición contenida en el artículo 14 CE. Así, por ejemplo, se afirma que la empresa «se ha limitado a constatar que el trabajador se ha enfermado en varias ocasiones, con una duración cada vez mayor de las bajas, y por eso ha procedido a su despido, sin atender a si la enfermedad limitaba o no la capacidad del trabajador». Se deja de lado, pues, su consideración «como persona, como ser humano, y se le da el tratamiento de una cosa, como si de una máquina se tratase que hay que sustituir porque no funciona con la regularidad que se debe observar». Es obvio que «desde el punto de vista empresarial se estigmatiza la propia enfermedad de tal forma que el trabajador que enferma y coge bajas hay que rechazarlo»³⁸. En esta misma línea la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 28 de marzo de 2019³⁹ llega

³⁵ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B.: «La salud del trabajador como causa de discriminación», *op. cit.*

³⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Extinción del contrato de trabajo y estado de salud del trabajador», en *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Cate-drático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015, p. 607.

³⁷ STSJ Cataluña de 12 de julio de 2006 (AS 2007, 509), casada por la STS de 22 de enero de 2008 (RJ 2008, 1621); SSTSJ Cataluña de 20 y 28 de julio de 2006 (JUR 2006, 252061), casadas por las SSTS de 13 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2900) y 11 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 2884); STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2007, casada por la STS de 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048).

³⁸ STSJ Canarias 22 de diciembre de 2010; STSJ Canarias 25 de enero de 2011.

³⁹ Rec. núm. 2467-2018, AS 2019/1551.

a la conclusión de que «efectivamente existe un indicio de discriminación, concretamente que se está extinguiendo el contrato de trabajo de la actora por el único motivo de que su baja médica se prolonga en el tiempo y es costosa para la empresa, que no solo tiene que hacer frente al pago de las cuotas de la seguridad social de la trabajadora, y que también debe complementar la prestación de Incapacidad Temporal hasta el 100% del salario, sin poder contar con sus servicios, como consecuencia precisamente de la citada situación de baja médica. Así pues, acreditado el indicio de discriminación, por razón de enfermedad, corresponde a la empresa acreditar que la extinción del contrato de trabajo es razonable y está alejada de cualquier móvil discriminatorio».

De este modo, el despido de una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal se considera indiciariamente discriminatorio⁴⁰. El elemento de segregación parece sostenerse, para los partidarios de la interpretación señalada, en el hecho de encontrarse el trabajador de baja por enfermedad y ser despedido⁴¹. Bastará que el trabajador alegue que ha sido despedido en situación de incapacidad temporal para que recaiga sobre el empresario la carga de probar que su actuación tuvo una causa real absolutamente extraña a la pretendida vulneración del derecho a la no discriminación por enfermedad.

Pues bien, la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación en la Ley 15/2022 plantea la duda de si supone algún cambio con respecto a la situación descrita o si supone que el legislador se ha inclinado por una de estas dos posturas doctrinales.

Entre los primeros comentarios de la norma algún autor se ha inclinado por centrar la diferencia con la situación precedente en el artículo 2.3 de la Ley 15/2022. Así, para Goñi Sein⁴², «Si bien con esta nueva norma los derechos del trabajador de baja médica quedan especialmente protegidos, no se excluye que pueda haber despidos basados en la enfermedad del trabajador si esta es limitante para el ejercicio de determinadas actividades. La ley admite

⁴⁰ En este sentido, ver, LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Despido y discapacidad tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Revista de Derecho Laboral VLex*, diciembre 2022, p. 51, según el cual «entendemos, (como ya hemos dicho que entendíamos antes de la Ley 15/2022 en virtud de la doctrina Daouidi) que el despido de la persona trabajadora durante una situación de incapacidad temporal sea indiciariamente discriminatorio, ahora ya por enfermedad (con independencia de la duración o de la previsión de duración, si bien si esta no es precisa ni aquella corta, seguimos entendiendo que también por discapacidad), correspondiendo a la empresa acreditar que el despido obedece a razones objetivas, suficientemente probadas y aplicadas proporcionalmente que excluyen todo propósito o efecto discriminatorio».

⁴¹ Ver, AZAGRA SOLANO, M.: «Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2011.

⁴² GOÑI SEIN, J. L.: «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad», *Revista Justicia y Trabajo*, núm. 1, 2022, p. 20.

que, en función de las circunstancias concurrentes, pueda haber una desigualdad o diferenciación de trato no prohibida, cuando la enfermedad comporta una limitación objetiva para el ejercicio del desempeño del puesto de trabajo. Dicho de otra manera, la nueva ley protege a los trabajadores que padezcan una enfermedad no pudiendo ser, en principio, motivo de despido, salvo que dicha enfermedad pudiera dificultar su normal desempeño profesional. [...] La clave está en el alcance de la excepción, es decir, en cómo debe interpretarse la frase “las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades”, para que la excepción no impida que la regla general de la igualdad de trato y no discriminación por enfermedad alcance su plena virtualidad. A nadie se le oculta que una interpretación amplia de la excepción puede vaciar de contenido y dejar sin efecto el derecho de la persona trabajadora a no ser discriminada por razón de enfermedad».

Sin embargo, a mi juicio, la previsión del artículo 2.3 en la Ley 15/2022 no supone ninguna modificación con respecto a la situación precedente como ya hemos señalado. El que se incluya la enfermedad expresamente como causa de discriminación implica, evidentemente, que la enfermedad, al igual que la discapacidad, puede ser causa de nulidad del contrato de trabajo y acaba con las dudas que pudieran existir acerca de si la enfermedad era o no causa de discriminación. La enfermedad queda comprendida en la protección antidiscriminatoria. Ahora bien, la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación no cambia la situación preexistente, pues como ha señalado la doctrina, «el legislador ordinario no puede modificar el concepto constitucional de discriminación»⁴³. A mayor abundamiento, como hemos señalado, esta causa había sido ya reconocida expresamente en el artículo 6.1 de la Ley 33/2011, General de Sanidad y su apartado 3 ha sido reproducido literalmente en el artículo 2.3 de la Ley 15/2022. Por lo tanto, si se incluye expresamente la enfermedad como causa de discriminación en el artículo 2 de la Ley 15/2022, «debe entenderse que se hace en el marco de la doctrina del TC sobre el artículo 14 CE»⁴⁴.

El artículo 2.3 de la Ley 15/2022 señala las diferencias de trato por razón de enfermedad que no están justificadas y, por tanto, en sentido contrario las que sí lo están. La enfermedad a la que se refiere este precepto podrá ser discriminatoria o no. En efecto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el artículo 2.3 utiliza el término enfermedad y no enfermedad como causa de discriminación y, en segundo lugar, que la discriminación se puede concretar o no en una desigualdad de trato. En este sentido, el Tribunal Constitucional, como ya hemos señalado, bien con carácter

⁴³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, p. 108.

⁴⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *op. cit.*, p. 108.

general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando «la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados (o los perjuicios causados, al margen de cualquier contraste entre situaciones) respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe. Así, por tanto, la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 5)» (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 6).

Así, por ejemplo, el SIDA, el cáncer, el Covid, pueden ser enfermedades estigmatizantes y, por tanto, discriminatorias. El despido de una persona que padezca alguna de estas enfermedades será discriminatorio si se acredita que el despido tiene su causa en dicha enfermedad, pero no si se acredita que dicha enfermedad supone una limitación objetiva para el ejercicio del puesto de trabajo. En este caso la diferencia de trato estaría justificada. Se está recogiendo, de este modo, la doctrina constitucional.

Pero también podemos encontrarnos con supuestos en los que la enfermedad no actúa como elemento de discriminación y sin embargo da lugar a una diferencia de trato que podría en ese caso infringir el mandato contenido en el primer inciso del artículo 14 CE. Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el principio general de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Esto es, no toda desigualdad de trato supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. En suma, como afirma la STC 141/2011, de 26 de septiembre, FJ 3, y las en ella citadas, en su vertiente de igualdad ante la ley, el artículo 14 CE prohíbe «las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados». De este modo, lo que hace el artículo 2.3 de la Ley 15/2022, como hacía ya la Ley General de Salud Pública, Ley 33/2011, es señalar expresamente, para que no haya lugar a dudas, las diferencias de trato motivadas por una enfermedad que no están justificadas porque se entiende que no vienen fundadas en criterios objetivos y razonables.

A mi juicio, la existencia de las dos posturas jurisprudenciales y doctrinales descritas en este epígrafe, que creo van a poder seguir manteniéndose tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, ponen de manifiesto la necesidad de reformar, de un lado, la regulación del despido y, de otro, la regulación de la incapacidad temporal, pues «la regulación vigente no refleja adecuadamente el equilibrio que debe existir entre los distintos intereses que se encuentran en juego, de un lado, el derecho del trabajador a restablecer la salud, de otro, el interés empresarial en mantener la productividad y el normal funcionamiento de la empresa»⁴⁵.

Sin duda, el despido en situación de incapacidad temporal es un acto antijurídico, cuya antijuridicidad se repara con la declaración de improcedencia del despido. Cuestión distinta es que la protección que se dispensa por la vía del despido improcedente pueda no considerarse adecuada o insuficiente en estos casos. De la normativa internacional o europea no se deriva la necesidad de que en estos casos deba procederse a la readmisión del trabajador. El artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 24 de la Carta Social Europea instan a que el trabajador despedido sin una razón válida reciba protección a través de una indemnización adecuada o de otra reparación apropiada. Por su parte, el artículo 6 del Convenio 158 OIT sobre terminación de la relación de trabajo establece que la enfermedad no deberá constituir causa justificada de terminación de la relación laboral, pero remite a la legislación interna para determinar los concretos requisitos y las limitaciones que puedan preverse para su aplicación.

Como ha señalado la doctrina, «dentro de un sistema ordenado por la prohibición del despido libre, el despido improcedente con opción de indemnización opera en ciertos casos como una especie de desistimiento indemnizado». Precisamente el límite a esta especie de desistimiento indemnizado está constituido por los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales, «lo que lleva a intentar encajar, con mayor o menor fortuna, las motivaciones ilícitas de determinados despidos en la infracción de un derecho constitucional, saltando de la Ley a la Constitución. Los despidos por bajas médicas son una buena muestra»⁴⁶. Recuérdese como el artículo 55.6 del derogado ET de 1980 estableció que «el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia», explicándose el precepto del modo siguiente: «lo que el ET sanciona con nulidad es el inten-

⁴⁵ DUEÑA HERRERO, L.: «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 1 de diciembre de 2016», *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, núm. 5, 2017.

⁴⁶ CÁMARA BOTÍA, A.: «De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2007.

to de despedir tanto por la circunstancia determinante de la suspensión [enfermedad (...)] como por cualquier otra no probada, cuya invocación durante el período de suspensión podría situar al trabajador en indefensión»⁴⁷. Pero, como es bien sabido el vigente artículo 55.5 ET establece una regulación bien distinta. Por lo tanto, si lo que se quiere es declarar nulo el despido por bajas médicas lo que tendría que hacer el legislador es incluir esta previsión expresamente en el ET, como anteriormente estaba incluida. Pero tratar de llegar a esa misma solución declarando discriminatorio el despido parece contrario al concepto de discriminación. Esta opción, es decir, declarar la readmisión del trabajador, no requiere necesariamente que se califiquen de discriminatorios los despidos, pues se trata, ante todo, «de establecer una garantía reforzada de la estabilidad en el empleo para los trabajadores en situación de incapacidad temporal»⁴⁸.

Y, de otro lado, la otra institución que sería necesario revisar sería la regulación de la incapacidad temporal, acompañada del recurrente tema del fraude y de la idoneidad de los sistemas de control de la misma, hasta el punto de que los despidos se utilizan como radical medida defensiva.

Es aquí, en relación con los costes que para el empresario implica la incapacidad temporal de un trabajador, donde a mi juicio, se encuentra el verdadero problema de los despidos vinculados a la enfermedad del trabajador. Es evidente que la repetición y duración de las faltas al trabajo por enfermedades es una situación que incomoda a los intereses empresariales. Cuando la enfermedad se convierte en permanente afectando de manera constante y presumiblemente definitiva a la capacidad laboral del trabajador, el ordenamiento laboral ofrece al empresario la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo bien a partir de la calificación, por parte de los servicios gestores de la Seguridad Social de la situación del trabajador como de incapacidad permanente total o absoluta [artículo 49.1.e) ET], o bien por la vía del despido por ineptitud sobrevenida [art. 52.a) ET]. Pero cuando la enfermedad no genera una incapacidad permanente sino una pura incapacidad temporal, el empresario no tiene más opción que mantener al trabajador con los costes que esta situación acarrea. En efecto, la incapacidad temporal exige mantener la cotización por el trabajador enfermo, cotizar por el sustituto y pagar al trabajador el período inicial de la prestación (hasta el decimoquinto día de la baja). Además, el período de suspensión del contrato de trabajo no termina con la declaración de incapacidad permanente, sino que de acuerdo con el artículo 48.2 ET, se prolonga durante dos años más «cuando, a juicio del

⁴⁷ MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 20.^a edición, 1996.

⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, p. 104.

órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo». Esta regulación «lleva a algunas empresas a tratar de cerrar los procesos de incapacidad temporal con el recurso a despidos injustificados, como vía para reducir costes cuando la indemnización por despido es notablemente inferior al importe del mantenimiento de la suspensión por incapacidad»⁴⁹.

Los altos costes que la incapacidad temporal suponen para el empresario han llevado al abuso de los despidos en incapacidad temporal. Esta actuación abusiva del empresario se trata de penalizar con la calificación del despido como nulo por discriminatorio, olvidando que el coste económico de la enfermedad del trabajador se ha desplazado en gran medida al empresario. La insuficiencia protectora del Estado social y democrático de derecho en este caso se ha tratado de remediar a expensas del empresario, de manera que, ante la imposibilidad de controlar el fraude que en muchos casos acompaña a la incapacidad temporal, se ha cargado el coste de la prestación en el empresario⁵⁰.

La solución, como se ve, no es sencilla, pero adoptar, como medida disuasoria, la nulidad del despido, al considerarlo discriminatorio por razón de enfermedad, constituye una solución técnica discutible. Como ha propuesto la doctrina, para lograr proteger más a los trabajadores enfermos en el contrato de trabajo, se debería prever en la ley expresamente la nulidad extintiva en despidos sin causa durante las bajas médicas y, al mismo tiempo, reducir los costes empresariales, de manera que «la prestación de incapacidad temporal sea pagada íntegramente por la Seguridad Social y que esta asuma las cotizaciones empresariales durante toda la duración de la baja médica, facilitando a la empresa la contratación de interinos»⁵¹. Esto supone desviar los costes empresariales a la Seguridad Social, con los consiguientes cambios que deberían introducirse en el control del fraude en las bajas médicas, pero todo ello con el objetivo de proteger el trabajo durante la situación de enfermedad.

⁴⁹ DESDENTADO DAROCA, E.: «El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016...», *op. cit.*

⁵⁰ En opinión de LAHERA FORTEZA, J.: «Proteger la enfermedad en el trabajo», *Diario del Derecho*, Iustel, 2 de diciembre de 2019, «no se debe desplazar el coste económico de la enfermedad a la empresa, al igual que no se debe poder despedir a enfermos. La prestación de la enfermedad debe ser asumida íntegramente por la Seguridad Social, al igual que las cotizaciones sociales durante la baja médica. El despido por enfermedad debe ser, como regla general, nulo con readmisión. Y hay que mejorar el control público del fraude en las bajas médicas, porque su ineficiencia termina aceptado este tipo de cálculo de costes».

⁵¹ LAHERA FORTEZA, J.: «Objetivo: proteger al empleado enfermo y el interés empresarial», *Diario Cinco Días*, 21 de noviembre de 2019.

c) Primeros pronunciamientos judiciales sobre la calificación del despido en situación de incapacidad temporal

Las primeras resoluciones que se han dictado en supuestos de despido en situación de incapacidad temporal aplicando la Ley 15/2022 mantienen una postura distinta a la aquí defendida y se han inclinado por la declaración de nulidad automática del despido fundado en la incapacidad temporal por enfermedad.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón de 15 de noviembre de 2022 considera que en el asunto planteado no solo concurren indicios de que el despido obedeció a la enfermedad, sino que se puede considerar que ese dato está probado. Los hechos probados de la sentencia son los siguientes. La demandante, que llevaba prestando servicios en la empresa desde el 8 de marzo de 2022, informó a su superior correspondiente que tenía que ser intervenida quirúrgicamente, por lo que el día 29 de junio tendría que hacer el preoperatorio y el 30 tenía cita con el anestesista. El día 7 de julio fue informada, en conversación por whatsapp con el hijo de la titular del establecimiento, de que la intención de la empresa era la de extinguir el contrato y volverla a contratar cuando estuviera en condiciones para trabajar. El 8 de julio la trabajadora causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, con una duración estimada de 90 días. Ese mismo día recibió la carta de despido en la que se le comunicaba que se ha decidido «proceder a su despido disciplinario con efectos del día 8 del presente, al no cumplir las expectativas para las que fue contratada. No obstante, ante la dificultad de probar los hechos anteriores, esta empresa ha decidido ejercitar la facultad prevista en el artículo 56.2 ET, reconociendo en este mismo momento la improcedencia de la decisión extintiva adoptada».

Señala la Sentencia que «la conversación por whatsapp con el hijo de la titular del establecimiento es tan rotunda que poco se puede decir al respecto y a la misma nos remitimos. Expresa el mismo, haciendo suyas las palabras de sus padres, que no pueden soportar el coste de la baja pero que, cuando la trabajadora se restablezca, la volverán a contratar, por estar contentos con su rendimiento. A ello sigue un despido sin causa para el que no cabe otra consecuencia que la nulidad».

De este modo, el Juzgado de lo Social considera que, acreditado que el despido tiene su única causa en el coste que la baja por enfermedad de la trabajadora tiene para la empresa, estamos ante un despido discriminatorio por enfermedad. En este caso la trabajadora no solo presenta como indicio la situación de incapacidad temporal sino la conversación por whatsapp en la que se informa claramente de los motivos de su despido.

La segunda sentencia que se ha pronunciado sobre esta cuestión es la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo de 13 de diciembre de 2022.

Según consta en los hechos probados de la Sentencia, el demandante permaneció en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común del 27 de junio al 1 de agosto de 2022. El día 19 de julio de 2022 la empresa le notificó la extinción de su contrato de trabajo con efectos desde el 31 de julio por finalización de contrato. Para la obra fueron contratados cuatro empleados temporales, siendo cesado solamente el demandante, único que estuvo en situación de incapacidad temporal, contratando al mismo tiempo a otros cuatro empleados más dos de una subcontrata por acumulación de tareas.

En base a los hechos descritos, afirma la Sentencia que el despido debe declararse nulo. «Como manifestó el segundo testigo del actor, que sigue trabajando en la empresa y fue contratado para la misma obra, fueron 4 los contratados y solo se cesó al demandante, único que estuvo en situación de incapacidad temporal. Pero el primer testigo, responsable de la plante y delegado de personal, también reconoció en grabación aportada por el actor, que se dio de baja al trabajador por su situación de incapacidad temporal. Estamos, por tanto, ante una discriminación prohibida expresamente por el artículo 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, por razón de enfermedad».

En la misma línea, aunque no declara la nulidad del despido porque los hechos tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, podemos citar también la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón de 27 de octubre de 2022, que tras reproducir los distintos preceptos de la Ley relacionadas con la discriminación por enfermedad, señala que «a la vista de tales disposiciones, cabe llegar a la conclusión de que el despido que tenga como causa la enfermedad del trabajador puede ser discriminatorio, esto es, la extinción del contrato durante la situación de IT del trabajador ofrece indicios suficientes de la existencia de discriminación por razón de enfermedad del trabajador, tal y como se indica en la citada ley que desarrolla el artículo 14 CE. Se añade así un nuevo factor que puede ser determinante de la existencia de un trato discriminatorio. La actora ha estado de baja durante dos períodos de aproximadamente medio mes y, de nuevo, en el momento de ser despedida, se encontraba en situación de IT. Atendida la escasa duración de la relación laboral, de menos de un año, cabría considerar que existen indicios de discriminación», pero como se presentó la demanda de despido anteriormente a la entrada en vigor de la referida ley, no resulta de aplicación.

Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada de 15 de febrero de 2023 (núm. Procedimiento 753/2022), tras reproducir el contenido de los arts. 2.1, 2.3 y 9 de la Ley 15/2022, afirma que «no puede sostenerse que la situación tras la entrada en vigor de la norma sea igual a la que existía hasta su aparición. El art. 55 ET prevé que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, y en

este caso la discriminación por situación de enfermedad se encuentra recogida en una ley con rango orgánico. El despido por tener el trabajador una enfermedad es además un supuesto de discriminación directa, en los términos en los que esta es definida en el art. 6.1.a) de la ley (la discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2). Aún en el caso de que no se considerase directamente aplicable el art. 55 ET, la aplicación de la ley conduciría a las mismas consecuencias que dicho precepto impone, ya que constatada la existencia de discriminación por las causas que señala la ley, el art. 26 impone la declaración de nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de la ley, y para reparar el daño causado el art. 27 exige fijar una indemnización y restituir a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio cuando sea posible, lo cual en supuestos de despido implica necesariamente la readmisión del trabajador en el puesto de trabajo. Además si existe discriminación se presume la existencia de daño moral».

Continúa la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, afirmando que, «es relevante por otro lado que la norma se refiere simplemente a enfermedad, sin exigir propiamente la situación de incapacidad temporal, aunque esta es un dato para comprobar su existencia. Tampoco establece que la enfermedad tenga una determinada intensidad, gravedad, o permanencia en el tiempo, separándola así de la noción de discapacidad. No estamos sin embargo ante un supuesto de nulidad objetiva de las previstas también en el art. 55 ET como el supuesto de embarazo. La ley prevé en su artículo 30 en términos similares a lo establecido en el art. 96.1 LRJS que corresponde a quien alegue la discriminación aportar indicios fundados sobre su existencia, y en tal caso corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En definitiva, hasta ahora como consecuencia de la prohibición de discriminación contenida en la Directiva comunitaria 2000/78 para los casos de discapacidad, los Tribunales venían entendiendo que si se producía el trato discriminatorio por dicha discapacidad el despido debería ser calificado como nulo. Con la Ley 15 / 2022 este espacio se amplía, y la nulidad no requiere de una existente o previsible discapacidad, sino que también queda protegido el trabajador ante actuaciones discriminatorias motivadas por la simple enfermedad».

La misma postura mantiene la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 24 de enero de 2023 (recurso de suplicación núm. 407/2022).

En este caso el trabajador demandante, días después de que pasara a la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, recibió escrito de la empresa en el que se le comunicaba que su contrato finalizaba ese mismo día por no superar el período de prueba. La sentencia considera que el cese es discriminatorio por razón de enfermedad. Afirma que, “coadyuva a nuestra conclusión el hecho de que el legislador, sin duda para prevenir -entre otras- actuaciones como la que aquí analizamos, mediante la Ley 15 / 2022 para la igualdad de trato y la no discriminación, haya recogido, como una de las causas de discriminación prohibida, la enfermedad o condición de salud, sin más adjetivos, como causa de discriminación distinta a la de discapacidad, poniendo fin con tal inclusión al debate de si la apreciación de la enfermedad como causa de discriminación debiera requerir el carácter imprevisible de su curación o su larga duración (STJUE Daouidi) o la concurrencia de un elemento intrínsecamente segregacionista (STS 29.1.01 y STC 62/08), elemento segregacionista que -incuestionablemente y en todo caso- también concurre en el presente caso ya que el demandante se ha visto injustamente despedido -y, por consiguiente, ‘segregado’ en su empleo laboral- por el solo hecho de estar enfermo y ejercer derechos tal elementales como el de la protección a la salud y el acceso a la prestación sanitaria, recogidos ambos como fundamentales» en la CDFUE y en la CSE.

Pero junto con estas sentencias, debemos citar también alguna otra que está empezando a cuestionar que la mera situación de incapacidad temporal sea suficiente para calificar como nulo el despido. Entre ellas destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de noviembre de 2022⁵², que aunque no aplica la Ley 15/2022 porque el despido del trabajador demandante en situación de incapacidad temporal tuvo lugar antes de la entrada en vigor de esta ley, sí afirma que «ni antes de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (que no es aplicable al presente procedimiento), ni tampoco siquiera después de ella, la situación de incapacidad temporal en el momento del despido conduce de forma automática a una declaración de nulidad. Son en ese sentido acertados los argumentos de la sentencia recurrida que incluyen la cita de las sentencias del Pleno de esta Sala de 1 de julio de 2014, y la del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018. A ellas puede añadirse la más reciente del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2022 en la que se recuerda que “para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante”. Sin embargo, ni la demanda en su día, ni el recurso ahora, dedican ningún apartado a razonar por qué motivo las características de la enfermedad que dio lugar a la IT de

⁵² Sentencia núm. 9675-2022.

la trabajadora debían llevar a la consideración de que sufría una discapacidad y, por el contrario, lo único que se registra en los hechos probados de la sentencia es que inició la baja con una duración estimada de 62 días. Ni tan siquiera se conoce diagnóstico ni duración real. Resulta por ello imposible apreciar en este caso la discriminación por razón de salud que viene a sostenerse en el recurso».

En esta misma línea, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mieres de 14 de febrero 2023 (rec. 64/2023) afirma: «Se postula la nulidad de lo que se reputa despido por la nuda circunstancia de que la parte actora cuando aquél se manifiesta se hallaba en situación de IT. No se comparte en absoluto la argumentación, por demás escueta, que sin más pretende subsumir esta situación bajo la vulneración del art. 14 de la CE con el recurso intermedio de la cita del art. 4 y concordantes de la Ley 15/2022 de 12 de julio. Debiendo presumirse aún que el legislador es conocedor de los textos legales que reforma y de la jurisprudencia que los ha interpretado e iluminado, es evidente que si desde la perspectiva del titular del poder legislativo todo despido de trabajador en situación de IT entrañare por definición causa de discriminación por motivo de salud así lo hubiera prescrito directamente a través de una modificación del art. 55 del ET. Al no haberlo hecho así, teniendo presente la redacción de este último precepto estatutario y de la jurisprudencia europea y nacional elaborada entorno al concepto de discapacidad, se está diciendo que no es suficiente la mera situación de IT para dar paso a la nulidad de un despido, rechazando el automatismo que pretende vincular despido e IT del indicado modo simplista. El concepto de enfermedad de aquella Ley no ha de reconocerse indefectiblemente en toda situación de IT, y la expresión condición de salud, que no estado o situación, alude desde luego a una circunstancia dotada de cierta permanencia o estabilidad». El mismo criterio reitera la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mieres 14 de febrero 2023 (rec. 23/2023).

Estas Sentencias parecen mostrar más dudas acerca de la calificación del despido en situación de incapacidad temporal, lo que pone de manifiesto que nos encontramos ante un tema conflictivo en el que vamos a encontrar pronunciamientos en diferentes sentidos.

3. LA CONDICIÓN DE SALUD, EL ESTADO SEROLÓGICO Y LA PREDISPOSICIÓN GENÉTICA COMO CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

El artículo 2 de la Ley 15/2022 no incluye solo la enfermedad como causa de discriminación, sino que habla de «enfermedad o condición de salud».

De nuevo aquí tampoco define la ley qué ha de entenderse por discriminación por razón de condición de salud⁵³.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua salud es el «estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones». Según la OMS, «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». Por su parte, condición según el diccionario de la Real Academia de la Lengua puede ser definido como «estado, o situación especial en que se halla alguien o algo».

Por lo tanto, condición de salud será un determinado estado o situación que afecta al organismo de una persona. Podemos decir, desde el punto de vista laboral, que es una determinada característica del estado fisiológico o morfológico de una persona que puede derivar en una enfermedad y, por tanto, en una incapacidad, temporal o permanente, para trabajar. Estamos, de este modo, ante conceptos sumamente imprecisos.

La inclusión del término condición de salud junto al de enfermedad supone, a mi juicio, reconocer como causa de discriminación determinadas circunstancias que pueden afectar a la salud de una persona, sin que en principio incapaciten para el trabajo. Se trata de determinadas patologías, dolencias, lesiones, que pueden favorecer la aparición de una enfermedad. Por ejemplo, una persona que tiene obesidad, hipertensión, hernia discal, disminución de la visión o audición, diabetes, asma, etc. Estas condiciones de salud no tienen por qué comportar limitaciones en la vida profesional si bien, en determinados momentos, pueden derivar en una alteración de la salud y dar lugar a una incapacidad temporal.

Esta nueva causa de discriminación, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, exige que actúe como elemento de segregación o estigmatización de la persona que la padece. Es decir, la condición de salud tiene que actuar como un factor de exclusión o marginación. La doctrina constitucional relativa a las causas de discriminación lleva a extraer la siguiente conclusión: solo se vulnera la prohibición de discriminación del artículo 14 CE cuando se trate de condiciones de salud socialmente «estigmatizadas» y en las que exista un elemento de segregación.

⁵³ El término ya ha sido utilizado en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. La Ley 4/2018, de 11 de junio, modificó esta ley y añadió una disposición adicional única, con el siguiente texto:

«Disposición adicional única. Nulidad de determinadas cláusulas.

1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud.
2. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud.»

De este modo, a mi juicio, la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación en la Ley 15/2022 no supone un cambio, como ya he señalado, con respecto a la situación anterior, pues la enfermedad ya era reconocida como causa de discriminación por la jurisprudencia en los términos señalados. La inclusión de la condición de salud sí supone una cierta precisión, pues hasta ahora esas situaciones quedaban incluidas por la jurisprudencia en la discriminación por razón de discapacidad.

En efecto, podemos citar, en este sentido, la jurisprudencia que se ha dictado en relación con el despido por razón de la obesidad del trabajador⁵⁴.

La doctrina judicial no había considerado la obesidad como causa de discriminación por discapacidad. En concreto, la STSJ, Sala de lo Social, de Valencia de 9 de mayo de 2012⁵⁵ declaró improcedente el despido de un trabajador fijo discontinuo que alegó discriminación por obesidad. A juicio de la Sala la obesidad puede ser considerada como una enfermedad, pero por sí misma no puede entenderse como una causa de discapacidad. Afirma que la obesidad del trabajador en anteriores campañas no supuso un impedimento para la ejecución de los cometidos propios de su puesto de trabajo y que el sobrepeso, como alteración de la salud, no puede ser considerado como una causa de segregación «odiosa», ni está prescrita por la ley, indicando que es enfermedad que afecta a la mayor parte de la población en las sociedades actuales, lo que se considera elemento adicional de refuerzo de su tesis.

Sin embargo, con posterioridad el criterio mantenido por esta Sentencia puede entenderse rectificado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014 [Caso Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)] responde a varias cuestiones planteadas por un tribunal danés en relación con la posible consideración de la obesidad como causa de discriminación en el empleo. El Sr. Kaltoft, había desempeñado durante largo tiempo funciones de cuidador de niños en su domicilio para el municipio de Billund. El municipio comunica al trabajador su intención de proceder a su despido argumentando como causa la reducción de niños en el municipio. Sin embargo, el trabajador argumenta que en realidad el despido se ha producido por causa de su obesidad, existiendo varios factores que le llevan a esa conclusión, entre los que pueden apuntarse los siguientes: que durante años el trabajador ha estado recibiendo ayuda económica del municipio para superar sus problemas de obesidad, sin haber obtenido resultados positivos, y

⁵⁴ Ver, BAILE AYENSA, J. I., y HERRERO LÓPEZ, J. M.: «Discriminación por obesidad en el ámbito laboral», *Trabajo y Derecho*, núm. 74, 2021.

⁵⁵ Rec. núm. 823-2012.

que él es el único de los cuidadores infantiles que desempeñan sus funciones en el citado municipio que es objeto de despido. El Sr. Kaltoft presenta un recurso ante un tribunal nacional reclamando daños y perjuicios al considerar que ha sido objeto de discriminación por razón de su obesidad. En este contexto el citado tribunal nacional plantea diversas cuestiones al Tribunal de Justicia acerca de la posible interpretación del Derecho de la Unión aplicable al caso.

Señala el TJUE que ninguna disposición de los Tratados UE y FUE contiene una prohibición de la discriminación por motivo de obesidad y tampoco el Derecho derivado de la Unión consagra un principio de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación. Concretamente, la Directiva 2000/78 no menciona la obesidad como motivo de discriminación. Ahora bien, señala el Tribunal, «en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarrearía una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de “discapacidad” a efectos de la Directiva 2000/78». Así sería, en particular, si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional⁵⁶.

En España, conscientes de la existencia del problema de discriminación de las personas obesas, se incluyó de manera asistemática y aislada una previsión

⁵⁶ Como ha señalado, MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal del Justicia de la Unión Europea: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *REDT*, núm. 191, 2016, en la referida sentencia FOA (Kaltoft), «el Tribunal ofreció relevantes criterios en orden a la interpretación de la naturaleza y del alcance de la discapacidad como causa de discriminación». Entre ellos, cabe destacar los siguientes: a) La noción de discapacidad es aplicable no solo a quienes por causa de dicha limitación se ven completamente imposibilitados para el ejercicio de una actividad profesional, sino también a quienes sufren una dificultad para dicho ejercicio y, por ello, sufren restricciones para acceder a un empleo o para ejercerlo. b) La discapacidad, como causa de discriminación protegida por la Directiva 2000/78/CE es independiente del comportamiento de quien la sufre. Así pues, merece la protección ofrecida por la Directiva la persona que, aun con su conducta o comportamiento, haya podido contribuir, agravar, o incluso causar, la discapacidad que sufre. c) La Directiva 2000/78/CE protege cualquier discapacidad, con independencia de las causas que la motiven. Es por ello que, como sucedió en este caso, la obesidad no se considera, en sí misma, una causa de discapacidad a efectos de la Directiva; pero si los efectos que produce sobre el trabajador dan lugar a una discapacidad, la obesidad, como causante de una discapacidad, merece la protección de aquella. Ver, PELAYO OLMEDO, J. D.: «Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación: la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015.

expresa de prohibición de discriminación en el artículo 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición⁵⁷. Junto con la regulación material de aspectos como la trazabilidad de los alimentos, su control e inspección, el papel de los laboratorios o las alertas alimentarias, aparece regulado también la prohibición de discriminación por obesidad⁵⁸. El texto legal considera discriminación directa por esta razón, la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable, mientras que se define la discriminación indirecta como la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente, neutros ponen a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Pues bien, a mi juicio, aunque la obesidad esté recogida expresamente como causa de discriminación en la Ley 17/2011, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 la obesidad también podrá ser considerada como una causa de discriminación por condición de salud. El sobrepeso o la obesidad son condiciones de salud que pueden derivar en una enfermedad, de ahí que puedan ser incluidas en esta nueva causa de discriminación.

Al margen de la obesidad, existen otras condiciones de salud que pueden tener un efecto discriminatorio. Resulta interesante a este respecto la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona de 14 de diciembre de 2020⁵⁹. Se trataba de una trabajadora que padecía diabetes, hipertensión y miocardiopatía,

⁵⁷ «Artículo 37. Prohibición de discriminación.

1. Está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad.
2. Se considera discriminación directa por esta razón, la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
3. Se considera discriminación indirecta, por esta razón, la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente, neutros pone a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.
4. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sobrepeso u obesidad.
5. Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto.
6. Los poderes públicos adoptarán medidas específicas, a favor de las personas con sobrepeso u obesidad, para corregir situaciones patentes de desigualdad, así como medidas de intervención y fomento para la prevención y tratamiento de la obesidad, especialmente, de la obesidad infantil y de otros trastornos alimentarios».

⁵⁸ Ver, PADRÓS REIG, C.: «Las otras discriminaciones: apariencia, edad y peso», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 37, 2022.

⁵⁹ Proced. Núm. 494/2020.

condiciones de salud que no comportaban ningún tipo de limitación funcional para el desarrollo de su profesión habitual de telefonista y no constaba que la empresa tuviera conocimiento de los concretos diagnósticos, únicamente de la consideración de la trabajadora como integrante del colectivo de riesgo frente a la COVID-19. Estas dolencias son especialmente comunes, y en condiciones normales, como señala la Sentencia, no pueden considerarse determinantes de una conducta de segregación por parte de terceros. Pero no estamos en un escenario de normalidad. La trabajadora insistió en poner de manifiesto su condición de paciente de riesgo frente al COVID-19 y cuando insistió en que se le certificaran los riesgos del puesto de trabajo, con la manifestada finalidad de obtener la baja médica en atención a su condición de persona de riesgo frente al COVID-19 se procede a su despido por faltas injustificadas al trabajo. Estas ausencias ya habían sido anunciadas por la trabajadora por motivos especialmente relacionados con su vulnerabilidad frente al COVID-19. Ante estas circunstancias, el Juzgado de lo Social estima vulnerado el derecho fundamental a no sufrir discriminación, «en atención a la situación especialmente sensible de la trabajadora como paciente de riesgo frente al COVID-19, la relación del despido con la revelación de esta circunstancia y las reclamaciones al respecto de la demandante».

Esta discriminación por la condición de paciente de riesgo frente al COVID-19 puede entenderse, a mi juicio, como un supuesto de discriminación por motivo de condición de salud. Los colectivos especialmente vulnerables al Covid constituyen «un grupo susceptible de ser discriminado por sus particulares circunstancias de salud»⁶⁰.

Alguna sentencia ha considerado que en aquellos casos de trabajadores que por su edad presenten un mayor riesgo frente al Covid, determinadas actuaciones empresariales pueden constituir una discriminación por razón de edad. Es el caso de lo que ha sucedido en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Orense de 5 de octubre de 2020, en el que la Universidad obligó a un profesor de 69 años que padece diabetes tipo dos a impartir clases presenciales. El profesor solicitaba que se le permitiera dar las clases on-line. La sentencia concluye que se está ante una persona vulnerable que ha de ser encuadrada en el nivel de riesgo 3, conforme con el protocolo elaborado por el Ministerio y que, en consecuencia, se deben adoptar medidas para que continúe con su actividad laboral evitando la posibilidad de contacto con personas contagiadas. En consecuencia, concluye la sentencia que la actuación de la Universidad constituye una discriminación por razón de edad.

⁶⁰ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Discriminación por motivos relacionados con la COVID-19 en las relaciones laborales», *Jurisdicción Social*, septiembre, 2021.

A mi juicio, tras la aprobación de la Ley 15/2022 este supuesto podría ser entendido más como una discriminación por condición de salud que por razón de edad, pues resulta dudoso que sea la edad el factor desencadenante de las posibles actuaciones discriminatorias. Es el hecho de que las personas de edad avanzada constituyan un grupo vulnerable frente al COVID-19 lo que provoca su discriminación.

Desde el punto de vista de la extinción del contrato de trabajo, esta causa de discriminación operará estando el trabajador en activo. En efecto, en estos casos no estaremos ante trabajadores que estando en situación de incapacidad temporal son despedidos, sino de trabajadores que estando en activo son despedidos alegando una causa ficticia para la extinción del contrato de trabajo. Si la condición de salud ha derivado en una incapacidad para trabajar, el trabajador estará en incapacidad temporal por enfermedad y entonces su despido podrá, en su caso, ser discriminatorio por razón de enfermedad.

La cuestión que se plantea ante esta causa de discriminación estriba en la dificultad de su prueba pues si el empresario no puede conocer datos relativos a la salud del trabajador porque resulta contrario al derecho a la intimidad, difícilmente va a poder alegarse que la razón del despido es la condición de salud que padece, salvo que sea algo notorio (por ejemplo, la obesidad) o el propio trabajador lo comunique voluntariamente (como el caso comentado del COVID-19). Esta misma cuestión se plantea con las otras dos causas de discriminación relacionadas con la salud del trabajador que recoge la Ley 15/2022: estado serológico y predisposición genética.

Como sucede con el resto de causas de discriminación incluidas en el artículo 2 de la Ley 15/2022, la Ley no define qué se entiende por discriminación por razón de estado serológico. El estado serológico es la situación en la cual una persona tiene o no tiene anticuerpos detectables contra un antígeno específico, medidos con un análisis de sangre (una prueba serológica). Por ejemplo, el COVID-19, el VIH –seropositivo significa que una persona tiene anticuerpos detectables contra el VIH; seronegativo significa que una persona no tiene anticuerpos detectables contra el VIH–.

La introducción de esta causa de discriminación, desde el punto de vista laboral, no supone una mayor protección con respecto a la situación anterior, pues la discriminación por estado serológico, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022, era un supuesto incluido en la discriminación por enfermedad dado el carácter claramente estigmatizante de esta situación. El ejemplo típico es el SIDA.

Así, por ejemplo, el TEDH se ha pronunciado en alguna ocasión sobre el despido de un trabajador portador del VIH/SIDA. En la STEDH de 3 de octubre

de 2013, Asunto Caso IB contra Grecia, el Tribunal llega a la conclusión de que el despido de un trabajador, portador del VIH/SIDA, fue discriminatorio por su estado de salud. El despido, señala el Tribunal, dio lugar a la estigmatización de una persona. El trabajador fue despedido con el fin de mantener la calma en la empresa ante el temor que existía entre el resto de trabajadores.

En el mismo sentido, en la STEDH de 10 de marzo de 2011, caso Kiyutin contra Rusia, el Tribunal de Justicia consideró que el estado de salud de una persona, en particular un problema de salud como el estado serológico, debe considerarse un motivo de discriminación comprendido en la expresión «cualquier otra situación» utilizada en el texto del artículo 14 de la Convención, ya sea en forma de discapacidad o simultáneamente. Consideró que el desconocimiento de las formas en que se propaga esta enfermedad ha alimentado prejuicios que han llevado a la estigmatización y marginación de los portadores del virus.

En nuestros tribunales, el despido de un trabajador por ser portador del VIH ha sido considerado discriminatorio por razón de enfermedad al tener el matiz segregacionista a que alude la doctrina constitucional y del Tribunal Supremo⁶¹.

La inclusión expresa del estado serológico como causa de discriminación supone dar una mayor visibilidad a estas situaciones y reforzar el compromiso del Estado por acabar con ellas. En este sentido, la Recomendación de la OIT sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200) señala que el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades, de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 y anima a todos los Estados a adoptar las medidas necesarias para luchar contra la discriminación.

El artículo 2.1 de la Ley 15/2022 también incluye como causa de discriminación la predisposición genética a sufrir patologías o trastornos. El derecho a la no discriminación genética en el seno de Naciones Unidas no fue reconocido hasta la promulgación de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aprobada en la UNESCO en el año 1977, cuyo artículo seis estableció que «nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad» (UNESCO, 1997). Esta declaración dio lugar por un lado a la resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre pri-

⁶¹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de La Plana de 7 de junio de 2005, Procedimiento núm. 128/2004, AS 2005/2559.

vacidad genética y no discriminación 2001/39, de 26 de julio de 2001 que exhorta a los Estados a garantizar que nadie sea sometido a discriminación por características genéticas (CECTE, 2003) y dos años más tarde a la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos del 16 de octubre de 2003 de la UNESCO cuyo artículo siete establece que «debería hacerse todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos no se utilicen con fines que discriminen o que produzcan la estigmatización de las personas» (UNESCO, 2003).

Finalmente, en el año 2007, la OIT, mediante la Conferencia Internacional del Trabajo en su 96.^a sesión, publicó un informe global cuyo objeto era el seguimiento de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el cual «se califica a la discriminación basada en factores genéticos como manifestaciones incipientes de discriminación». También se señalan los intereses que pueden surgir por parte de los empleadores en caso de disponer de datos genéticos, así como el riesgo de que en base a la información genética puedan producirse despidos improcedentes o denegaciones al acceso de puestos de trabajo (OIT, 2007).

Por lo que se refiere a Europa, el Consejo de Europa en 1977 aprobó el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano aplicado a la Biología y a la Medicina. Dicho Convenio, recoge en su artículo 11 la prohibición relativa «a toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético» (Consejo de Europa, 1997).

Además, la Recomendación núm. 3 de 10 de febrero de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre pruebas genéticas y de cribado con fines sanitarios en su artículo 6.a) señala que «la admisión a determinadas actividades, especialmente actividades laborales, o el continuado ejercicio de las mismas no deberán depender del sometimiento a pruebas genéticas o de cribado genético» (Consejo de Europa, 1992).

Resulta también conveniente destacar la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de marzo de 1989 sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética. Esta Resolución dispone de un apartado sobre el análisis del genoma de los trabajadores en el cual se subraya que debe prohibirse de forma jurídicamente vinculante la selección de los trabajadores según criterios genéticos, abogando por la prohibición genérica de los análisis genéticos tanto en los reconocimientos médicos sistemáticos como en investigaciones previas a la contratación de trabajadores, salvo los que estos libremente decidieran y se refirieran a su salud actual y a los posibles peligros debidos a las condiciones de un determinado lugar de trabajo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-96/1965, de 17 de abril de 1989).

Como puede observarse, la necesidad de garantizar la no discriminación genética en el ámbito laboral comenzó a ser, desde los años 90, objeto de preocupación de la Unión.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE 30 de marzo de 2010) en su artículo 21, relativo a la no discriminación, señala en su apartado 1 lo siguiente:

«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».

Se recoge, por tanto, como causa de discriminación las características genéticas. No obstante, resulta conveniente manifestar que este apartado fue objeto de controversia, concretamente en lo que respecta a la prohibición de discriminación genética. Y es que el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (DOUE, 1957), faculta a la Unión para aprobar actos legislativos que prohíban expresamente distintos tipos de discriminación, no encontrándose entre ellas la discriminación por causas de carácter genético. Se planteó de este modo una posible incompatibilidad entre el artículo 21 de la Carta y el 19 del TFUE, ya que la carta prohibía la discriminación por motivos de carácter genético y el TFUE no reconocía esta discriminación como una discriminación sobre la cual la Unión Europea podía legislar. Dicha confusión fue resuelta argumentando que ambos preceptos no son incompatibles, ya que se refieren a ámbitos diferentes.

Así, el precepto correspondiente al TFUE determina la posibilidad de legislar en el seno de la Unión Europea para prohibir la discriminación por una serie de motivos de entre los cuales no se incluyen los motivos genéticos. El artículo 21 de la Carta establece, sin embargo, no las materias sobre las que puede legislar, sino una serie de prohibiciones de discriminación en la aplicación por parte de los Estados de las leyes de la Unión Europea y de la propia Unión Europea en el ejercicio de las competencias atribuidas por los Tratados, prohibiciones entre las cuales se encuentra la discriminación genética.

A nivel interno, diversas normas autonómicas ya reconocían también esta causa de discriminación. Así, por ejemplo, la Ley de Salud 2/2002, de 17 de Abril, de La Rioja⁶², establece que el genoma no puede ser utilizado para nin-

⁶² Artículo 8, titulado «Derechos relacionados con la constitución genética de la persona», señala que: «El paciente tiene el derecho a la confidencialidad de la información de su genoma y que este no pueda ser utilizado para ningún tipo de discriminación ni individual ni colectiva, por lo que los registros de datos genómicos se configuran y dispondrán de mecanismos necesarios para garantizar la confidencialidad».

gún tipo de discriminación ni individual ni colectiva, o la Ley de Salud 6/2002, de 15 de abril de Aragón⁶³, prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.

La primera cuestión que plantea esta causa de discriminación es qué se entiende por predisposición genética a sufrir patologías o trastornos. La predisposición genética puede ser definida como una mayor probabilidad de desarrollar en un futuro una determinada enfermedad basada en las circunstancias genéticas de una persona.

La introducción de esta nueva causa de discriminación en el artículo 2 de la Ley 15/2022, sí supone una novedad frente a la situación anterior, pues mientras la condición de salud o el estado serológico pueden ser incluidas, como causas de discriminación, en la enfermedad o, en su caso, en la discapacidad, no sucede lo mismo con la predisposición genética. En este caso no nos encontramos ante una enfermedad, ni tampoco ante una enfermedad que por su larga duración pueda ser asimilada a la discapacidad. Se trata, por el contrario, de una situación que no se manifiesta y que se basa, bien en la realización de pruebas genéticas a partir de las cuales se puede deducir que hay una mayor probabilidad de desarrollar una enfermedad en el futuro, o bien en la sospecha de que existe esa mayor probabilidad por diversos motivos como los antecedentes familiares, la raza o la edad.

Para la doctrina, la discriminación genética se caracteriza por la ausencia de visibilidad de la causa discriminadora para terceros y, en muchos casos, para el propio sujeto pasivo⁶⁴. A mi juicio, desde el punto de vista laboral, la discriminación genética implica que se estará discriminando cuando, con independencia de la vía de acceso a la información genética, la decisión del empresario esté basada en la creencia u, obviamente, en la certeza, de que el trabajador posee una probabilidad más alta que otros, por su patrimonio genético, a sufrir determinada enfermedad.

En el ámbito laboral, como ha señalado la doctrina, «resultan conflictivos los usos secundarios que podrían tener algunas pruebas enmarcadas dentro del ámbito de la protección de riesgos laborales, como las de seguimiento genético

⁶³ El artículo 7 de establece, en primer lugar, en su párrafo 3 que «se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético»; mientras que, en segundo lugar, el apartado 4 sostiene que «Las pruebas predictivas de enfermedades genéticas, las que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o las utilizadas para detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, solo podrán realizarse con fines médicos o de investigación médica, con un asesoramiento genético apropiado y con consentimiento del paciente».

⁶⁴ Ver, FERIA BASILIO, I. R.: «Antesala al tratamiento jurídico de la enfermedad como elemento diferenciador: la discriminación por causa genética», *Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 3, núm. 1, 2015.

–para examinar los efectos de la persona trabajadora sobre una exposición continuada a un determinado ambiente– o las de control genético –para comprobar la predisposición a determinados riesgos laborales– en tanto que los test genéticos revelan mucha más información de la que realmente deviene necesaria a tales efectos, pudiendo producirse supuestos de discriminación genética, por ejemplo, al considerar las variables genéticas de una persona candidata a ocupar un determinado puesto de trabajo, cuando, además, ello puede dimanar de meros estudios predictivos»⁶⁵.

La indagación del empresario sobre aspectos genéticos de sus trabajadores solo será posible, a mi juicio, cuando esté conectada de una forma estricta con una exigencia de salud que le impida realizar los aspectos esenciales del concreto puesto de trabajo que está desempeñando, es decir, que afectan a su concreta aptitud actual –y no futura– para realizar las tareas esenciales de la prestación. Es decir, «solo si un concreto trabajo exige determinadas aptitudes actuales, podrá exigirse al sujeto un examen conveniente. Pero nótese que este tan solo deberá afectar a condiciones presentes y a caracteres relevantes para el trabajo de que se trate. Por ello, [...], solo podrá negarse el acceso a un determinado empleo si la enfermedad detectada se padece en ese momento y, asimismo, por sus especiales limitaciones, incapacita al individuo a realizar ese concreto trabajo»⁶⁶.

No existen ejemplos en nuestra jurisprudencia en los que la predisposición genética haya sido la causa de extinción de un contrato de trabajo o en los que se haya conseguido demostrar que esa es la causa por lo que un trabajador no ha sido seleccionado. Sin embargo, en otros países como Estados Unidos, estos casos han sido frecuentes debido a que el empresario, al tener que asumir el coste de un seguro de salud para sus trabajadores, prefiere despedir o no contratar a aquellas personas que podrían contraer una grave y costosa enfermedad. Este fue el caso, por ejemplo, en el año 2010 de una trabajadora que optó por someterse a un examen genético en el cual fue diagnosticada como portadora del gen BRCA2 que, junto con el BRCA1, eleva considerablemente las probabilidades de desarrollar cáncer de mama pero no indica que el paciente posea esa enfermedad o que necesariamente la vaya a poseer en un futuro. Posteriormente, la trabajadora decidió realizarse una mastectomía profiláctica (extirpación quirúrgica de ambos senos para evitar la aparición de un tumor), operación que fue comunicada por ella misma a su empresario. Cuando la trabajadora regresó a su

⁶⁵ SANCHO LÓPEZ, M.: «Los “big data” genéticos y sus límites legales. Especial mención a la investigación con datos genéticos y la crisis del COVID-19», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 57, 2021.

⁶⁶ APARISI MIRALLES, A.: «Igualdad y discriminación genética», *Anuario de Filosofía del Derecho XIII* (1996).

puesto de trabajo después de la operación fue despedida. La trabajadora demandó a su empresa ante la Comisión de Derechos Humanos por violación de la ley federal de *Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA) del año 2008⁶⁷, que prohíbe la discriminación genética en el empleo.

4. LA PRUEBA INDICIARIA. LA INFORMACIÓN RELATIVA A LA SALUD DEL TRABAJADOR Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

La especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional ha llevado al Tribunal Constitucional a elaborar su doctrina sobre la prueba indiciaria. Como es sabido, la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del demandante de aportar un indicio razonable de que el acto cuestionado lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). No constituye un indicio, sin embargo, la mera alegación de la vulneración constitucional, ni una retórica invocación del factor protegido, sino un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de la lesión (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7). Tras la aportación del conjunto indiciario, «recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado». En esta misma idea incide la STC 31/2014, de 24 de febrero, que exige para que se produzca el desplazamiento del *onus probandi* a la parte demandada, que se acredite, por parte de quien alega el trato discriminatorio, «la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato» (FJ 3).

Esta doctrina ha sido recogida en el artículo 30.1 de la Ley 15/2022 según el cual: «De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, correspon-

⁶⁷ El Título II de la Ley de No Discriminación por Información Genética (GINA, por sus siglas en inglés) de 2008, que prohíbe la discriminación por información genética en el empleo, entró en vigor el 21 de noviembre de 2009. En virtud del Título II de la GINA, es ilegal discriminar a empleados o solicitantes de empleo debido a la información genética. El Título II de la GINA prohíbe el uso de información genética al tomar decisiones laborales, impide que los empleadores y otras entidades cubiertas por el Título II (agencias de empleo, organizaciones laborales y otros) soliciten, exijan u obtengan información genética, y limita estrictamente la divulgación de información genética.

derá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Pues bien, tras la aprobación de la Ley 15/2022, la enfermedad, la condición de salud, el estado serológico o la predisposición genética son causas de discriminación expresamente recogidas en la ley. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta y con el artículo 30.1 de la citada ley, no basta con que el trabajador despedido demuestre tal dato objetivo, es decir, no basta que invoque simplemente el factor protegido, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. No basta la mera alegación sino la muestra de un panorama indiciario.

La calificación del despido de un trabajador como discriminatorio por alguno de los factores relacionados con la salud introducidos por la Ley 15/2022 va a plantear diferentes dificultades en función de si la causa alegada es la enfermedad o la causa alegada es la condición de salud, estado serológico o predisposición genética a sufrir patologías o trastornos.

Así, en primer lugar, cuando el trabajador despedido alegue como causa de discriminación la enfermedad, la situación será diferente dependiendo de si en el momento del despido se encuentra o no en incapacidad temporal. En este sentido, debemos tener en cuenta que la cuestión del despido del trabajador en el contexto de una enfermedad tiene una casuística más amplia que la del supuesto prototípico del trabajador que está en situación de incapacidad temporal en el momento de la extinción.

Si el trabajador es despedido estando en situación de incapacidad temporal y sostiene que la causa alegada por el empresario es ficticia y que la verdadera razón de su despido es la enfermedad, la duda que se planteará, siguiendo las dos posturas doctrinales existentes, es si el mero despido de un trabajador enfermo es indicio suficiente para entender que estamos ante un despido discriminatorio por enfermedad. Si entendemos, siguiendo la doctrina del TC y del TS, que el hecho mismo del despido de un trabajador enfermo no permite identificar un factor de discriminación, el trabajador tendrá que aportar indicios de los que derive que la enfermedad tiene un efecto estigmatizante o que la enfermedad acarrea una limitación de larga duración que puede ser incluida en el concepto de discapacidad. Si, por el contrario, se entiende que el despido de un trabajador enfermo es indicio suficiente de discriminación, bastará que el trabajador alegue que ha sido despedido en situación de incapacidad temporal para que se invierta la carga de la prueba.

Ahora bien, cuando el trabajador despedido no se encuentra en situación de incapacidad temporal y considera que su despido es discriminatorio por razón de enfermedad, deberá aportar, en todo caso, indicios de los que deriven la discriminación alegada, y lo mismo sucederá cuando el trabajador despedido alegue discriminación por razón de condición de salud, estado serológico o predisposición genética a sufrir patologías o trastornos, teniendo en cuenta, además, que la norma de prevención de riesgos laborales prohíbe al empresario indagar en la salud de los trabajadores. Luego, ¿cómo podrá el trabajador mostrar indicios de discriminación en relación con un estado de salud latente y que no conoce el empresario?

Si, de acuerdo con la doctrina del TC, el despido será discriminatorio por enfermedad cuando la enfermedad del trabajador conlleva un elemento de segregación o estigma social y, si entendemos, que el mero hecho de ser despedido por enfermedad no constituye una causa de estigmatización suficiente, será el tipo de enfermedad que padece el trabajador lo que pueda justificar su carácter discriminatorio. Y estos son precisamente, como ya hemos señalado, los casos en los que se ha declarado discriminatorio un despido por enfermedad. Es decir, ha sido la concreta enfermedad padecida, por ejemplo, VIH, Covid, etc., lo que ha llevado a los órganos judiciales a entender que estábamos ante un supuesto de discriminación por enfermedad, no la enfermedad con carácter genérico. Esto implica, por tanto, conocer la enfermedad padecida por el trabajador. Sin embargo, la naturaleza de la enfermedad que padece el trabajador y su alcance es una información que afecta a la esfera íntima del trabajador y que no figura, en consecuencia, en los partes de baja médicos ni en los informes de los servicios de prevención.

Como es sabido, el TC ha afirmado que el derecho a la intimidad comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante en su vida privada (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso LL c. Francia). A esta afirmación se añade la monición del TEDH que establece que, teniendo en cuenta que el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estado parte en la Convención, la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos

(SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, y caso L. L. c. Francia de 10 de octubre de 2006)⁶⁸.

La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no solo una información íntima (SSTC 202/2004, de 4 de junio, FJ 3, y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos). El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma⁶⁹.

Aunque la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) dispone que el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo (artículo 22.1), precisa para ello del consentimiento del trabajador afectado (artículo 22.1 párrafo segundo). En todo caso, como señala el propio precepto, deberá optarse por las medidas «que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo» y respetando siempre «el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador y la confiden-

⁶⁸ Como señala la STC 159/2009, de 29 de junio: «Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, F. 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. Dicha apreciación se cohesiona con nuestras pautas sociales, como lo demuestra el hecho de que en el ámbito de la legalidad ordinaria el acceso y el uso de información relativa a la salud se rodea de garantías específicas de confidencialidad, subrayándose la estrecha relación entre el secreto profesional médico y el derecho a la intimidad. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como recordamos en la ya citada STC 70/2009, ha insistido en la importancia que para la vida privada poseen los datos de salud (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L. L. c. Francia, § 32), señalando que “el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención”, por lo que “la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos [SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997 (TEDH 1997, 13), § 95, y caso L. L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006 (TEDH 2006, 57), § 44]”».

⁶⁹ Ver, TORTUERO PLAZA, J. L.: «La información relativa a la salud y el derecho a la intimidad en la doctrina del TC», en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, Ed. La Ley, Madrid, 2015.

cialidad de toda la información». Está proscrita, por tanto, «la búsqueda de información generalista del estado de salud del trabajador, es decir, que no se relacione con el tipo de trabajo que realiza y los riesgos inherentes al mismo, además de que tanto a la hora de realizar las pruebas y los controles médicos como en el tratamiento y uso de la información que se obtiene de ellos deberá respetarse al máximo la intimidad y dignidad del trabajador, para lo cual se establecen toda una serie de cautelas»⁷⁰.

Ahora bien, puede excepcionarse esta voluntariedad en los supuestos legalmente previstos: (a) cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; (b) cuando se trate de verificar si el estado de salud del trabajador puede ser un peligro para sí mismo, para otros compañeros o para otras personas (ver artículo 25.1); y (c) cuando exista una previsión legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Por su parte, el artículo 22.4 LPRL establece que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que tengan encomendada la vigilancia de la salud, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Al empresario solo se le comunicarán las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados. Esta garantía está claramente inspirada en el artículo 16 del Convenio núm. 161, de 7 de junio de 1985, de la OIT, sobre Servicios de Salud de Trabajo, a cuyo tenor el médico comunicará por escrito sus conclusiones al trabajador, si bien, la comunicación «no debería contener indicación alguna de índole médica», sino solo expresar, según los casos, «que el trabajador es apto para el puesto de trabajo previsto o bien especificar los tipos y las condiciones de trabajo que le está contraindicados temporal o permanentemente desde el punto de vista médico».

De este modo, si el empresario no puede indagar en la salud de los trabajadores, nos encontraremos con las siguientes situaciones:

- El empresario sabe que el trabajador está enfermo porque se encuentra en incapacidad temporal pero no conoce la enfermedad que padece;
- El empresario conoce la enfermedad que padece el trabajador o una determinada condición de salud, estado serológico o predisposición genética porque voluntariamente ha querido dar a conocer estos datos;

⁷⁰ THIBAUT ARANDA, J.: «Comentario al artículo 22 LPRL», en *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Dir. Pérez de los Cobos Orihuel, F., Ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 438.

III. LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN RELACIONADAS CON LA SALUD... ■

- El empresario conoce una condición de salud del trabajador porque resulta obvia sin ningún tipo de indagación, por ejemplo, la obesidad, la sordera, la pérdida de visión, etc.

Así, la enfermedad como tal –no la concreta enfermedad que se padece– será conocida por el empresario si da lugar a una incapacidad temporal, pero no cuando se alega la enfermedad como causa de discriminación sin estar el trabajador en situación de incapacidad temporal. Por su parte, las condiciones de salud –ciertamente no todas como hemos señalado– el estado serológico y la predisposición genética son situaciones no conocidas por el empresario y que quedan, por tanto, en la esfera de la intimidad personal del trabajador.

Si el trabajador alega discriminación por estas causas, la duda que se plantea es si es necesario que el empresario tenga conocimiento de dichas situaciones para entender que el despido es discriminatorio. Si consideramos que no es necesario el conocimiento empresarial, al trabajador le bastará con acreditar que está enfermo o que padece una determinada condición de salud, estado serológico o predisposición genética a sufrir determinadas patologías en el momento del despido. Por el contrario, si entendemos que es necesario el conocimiento empresarial, el trabajador deberá aportar indicios de los que se derive la discriminación alegada.

A mi juicio, no es posible trasladar aquí la doctrina de la nulidad objetiva en caso de embarazo, aunque algunas interpretaciones que se están haciendo de la Ley 15/2022 parecen mantener una postura contraria.

Conviene recordar, de este modo, la doctrina de la nulidad objetiva en los casos de embarazo u otros derechos relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, para determinar si dicha doctrina resulta aplicable en los supuestos de discriminación por alguna de las causas relacionadas con la salud de los trabajadores introducidas por la Ley 15/2022.

La Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en materia de despido modificó los artículos 53.4 ET, que regula los despidos objetivos, y 55.5 ET, referido a los despidos disciplinarios, en lo relativo a las posibles calificaciones de la extinción. Así, la ley declaró expresamente nulo el despido de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período, así como el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión, y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos en materia de conciliación o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia por

cuidado de hijos o familiares, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

La interpretación del nuevo texto legal suscitó un interesante debate tanto en la doctrina científica como en la doctrina judicial⁷¹, acerca de si era o no necesario que el empresario tuviera conocimiento formal o informal del estado de gestación de la trabajadora para que entrara en juego la causa directa de nulidad que enuncia el artículo 55.5.b) ET. Así, si no es necesario dicho conocimiento empresarial a la trabajadora le bastará acreditar que está embarazada en el momento del despido para que actúe la nulidad, mientras que si el conocimiento empresarial es necesario deberá acreditar dicho extremo para que entre en juego la nulidad extintiva.

La disparidad interpretativa manifestada en la doctrina científica y judicial trató de ser zanjada por el Tribunal Supremo. En efecto, la interpretación del nuevo texto legal llevó al Tribunal Supremo a sostener que era preciso que el empresario conociera el embarazo de la trabajadora y que, si tal conocimiento existía, la ley establecía una presunción *iuris et de iure* de móvil discriminatorio, de suerte que la nulidad solo estaría excepcionada de acreditarse la procedencia del despido. El Tribunal Supremo partía de considerar que el despido de la mujer embarazada constituía un supuesto particular de despido discriminatorio y rechazaba de este modo la tesis de la «nulidad objetiva», que abogaba por aplicar la nulidad prescindiendo del móvil de la decisión extintiva⁷². Esta postura enlazaba con la jurisprudencia constitucional que en sus SSTC 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2003, de 30 de enero, consideró necesario el conocimiento del embarazo por parte de la empresa para poder apreciar en el despido la existencia de una discriminación por razón de sexo⁷³.

⁷¹ Un análisis de la interpretación de la doctrina científica y judicial de la nulidad por razón de embarazo en GIL PLANA, J.: *El despido de la trabajadora embarazada*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 77-112.

⁷² SSTs 26 de marzo de 2006; 19 de julio de 2006; 24 de julio de 2007; 29 de febrero de 2008; 12 de marzo de 2008.

⁷³ Señaló el Tribunal Constitucional en esta sentencia, FJ 4, que «si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia». En el mismo sentido la STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 4, señala que «en situaciones como la de autos, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido –embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación –extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del artículo 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto». Para que se produzca «la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora

Sin embargo, la situación cambia a raíz de la STC 92/2008, de 21 de julio, a partir de la cual el Tribunal Constitucional ha defendido la tesis contraria, al considerar que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, el alcance de la protección frente al despido de las trabajadoras embarazadas debe entenderse modificado como consecuencia de la nueva redacción del artículo 55.5.b) ET introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. En efecto, la STC 92/2008 otorgó el amparo a la demandante y reconoció a la misma su derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, en un supuesto en el que, habiendo sido despedida estando embarazada, las resoluciones judiciales declararon la improcedencia del despido y no su nulidad por no haberse acreditado que el empresario conociera el embarazo de la trabajadora. Aplicando la doctrina general en materia de discriminación los órganos judiciales estimaron que la falta de conocimiento del embarazo impedía apreciar la existencia de indicios de discriminación. La STC 92/2008, sin embargo, entendió que el precepto legal aplicado –el artículo 55.5 ET en la redacción dada por la Ley 39/1999– establecía una garantía absoluta y objetiva de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (salvo que se acreditara su procedencia), no vinculada al conocimiento por el empresario del embarazo, y analizó desde la perspectiva constitucional el sentido y finalidad de dicha garantía, para concluir que la interpretación del precepto efectuada por los órganos judiciales resultaba injustificadamente restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de las exigencias de razonabilidad y motivación reforzadas que imponía la afectación del derecho fundamental sustantivo del artículo 14 CE. Posteriormente, la STC 124/2009 reiteró esta misma doctrina en un supuesto básicamente idéntico.

De este modo, el Tribunal Constitucional, con base en una interpretación legal que considera exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, por estar en juego un derecho fundamental, afirma que el legislador, al reformar el artículo 55.5 ET, ha optado por incrementar las garantías al no exigir el requisito de la previa notificación del embarazo al empresario por parte de la trabajadora; es decir, el legislador ha relevado a la trabajadora embarazada de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa. Estamos, por tanto,

esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio» (STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 4).

para el Tribunal Constitucional, ante una nulidad objetiva que opera «al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio»: si el embarazo es una realidad en el momento del despido, la nulidad de la medida es la consecuencia inmediata.

Pues bien, como hemos señalado, la inclusión, como causas de discriminación en la Ley 15/2022, de la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, puede plantear la duda de si estamos ante un supuesto de nulidad objetiva, de manera que si la enfermedad o alguna de las circunstancias señaladas es una realidad en el momento del despido, aunque el empresario lo desconozca, la consecuencia es entender que estamos ante un despido discriminatorio⁷⁴.

Son muchos los comentarios que han aparecido en los últimos meses en las redes sociales o medios de comunicación anunciando que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal es nulo tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022⁷⁵. En este sentido, se ha afirmado que «tal y como está redactada la norma (y, en especial, a partir del juego de la discriminación por error), el desconocimiento del empresario de la situación de enfermedad o de la condición de salud o de la predisposición del trabajador (y, por consiguiente, aunque no esté de baja) no sería un obstáculo para alcanzar idéntico resultado (la calificación del despido como nulo). Aunque es obvio que el “desconoci-

⁷⁴ La STSJ País Vasco de 14 de febrero de 2018, rec. núm. 133-2018, rechaza la nulidad del despido «porque la empresa no era conocedora de la enfermedad/diagnóstico del demandante (en IT) ni de su evolución y temporalidad».

⁷⁵ En este sentido, ver, entre otros muchos, Despedir a un trabajador enfermo: riesgo de nulidad (agmabogados.com); El despido por estar enfermo será nulo al entrar en vigor la ley de Igualdad de Trato | El Periódico de España (epe.es); *Análisis de la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación*, Servicio de Estudios UGT, Julio 2022, núm. 54, p. 12.

Para AGUSTÍ MARAGALL, J.: «La nueva Ley 15/2022, Integral para la Igualdad y no Discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía», *Jurisdicción Social*, núm. 235, 2022, «El despido por causa –directa o indirecta– de enfermedad o condición de salud debe ser declarado nulo, por su carácter discriminatorio. La nueva ley acaba definitivamente con un criterio doctrinal que, al anteponer el legítimo interés empresarial al insoslayable derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, nunca debió producirse».

Para MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Contribuyen a garantizar la igualdad integral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum Editorial*, núm. 4, 2022, la inclusión de la enfermedad o la condición de salud como causa expresa de discriminación, rompe «con una doctrina judicial que había negado esta circunstancia como motivo discriminatorio en los supuestos de despido. Viene a zanjar así la polémica sobre los despidos en situaciones de incapacidad temporal, apostando por su consideración como nulos (y no improcedentes) cuando no hubiera causa justificativa, superando la doctrina vertida por el TJUE que venía entendiendo que los despidos realizados a trabajadores enfermos que se encuentran en situación de incapacidad temporal de larga duración, de previsible larga duración o de duración incierta se podían considerar discriminatorios por su equiparación o asimilación a la discapacidad presunta».

miento” no es sinónimo de “error”, creo que es claro que lo segundo, en muchos casos, será inevitablemente la consecuencia de lo primero»⁷⁶.

El artículo 4.1 de la Ley 15/2022 considera vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, la discriminación por error. En el artículo 6 señala que la discriminación por error «es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas».

Esta definición de la discriminación por error ya aparecía en el Anteproyecto de Ley Integral de Igualdad de trato y no discriminación del año 2011. En el Dictamen del Consejo de Estado a dicho anteproyecto de ley se señalaba que «esta categoría resulta de una traducción más o menos afortunada de la expresión anglosajona “*perceived discrimination*”, que se recoge con el nombre de “discriminación basada en suposiciones” en una enmienda realizada por el Parlamento Europeo –mediante Resolución legislativa de 2 de abril de 2009– a la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, también conocida como “Directiva global contra la discriminación”. Serían los casos en que se discrimina a una persona creyendo que en ella concurre una condición o circunstancia personal o social de las enumeradas en el artículo 2.1 del anteproyecto de Ley, cuando realmente no es así».

Nótese que, en este supuesto, la clave es la intencionalidad discriminadora que parece que pesa más que el resultado discriminatorio, mientras que en otras tipologías de discriminación, como es el caso de la discriminación indirecta, existe trato discriminatorio aunque no haya intencionalidad.

En la doctrina judicial se han dictado recientemente dos sentencias en las que se ha entendido vulnerada la prohibición de discriminación por discapacidad por lo que consideran «apariencia» objetiva de incapacidad, y que algunos autores entienden que pueden ser útiles a efectos de entender la discriminación por error. La primera es la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021⁷⁷. Como venimos señalando, y tal y como recuerda esta Sentencia, el hecho de encontrarse una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal, de duración incierta, no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera a los efectos de apreciar la existencia de discapacidad, aunque sí es un indicio de tal carácter duradero, en particular, el que en la

⁷⁶ A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal? – *Una Mirada Crítica A Las Relaciones Laborales* (ignasibeltran.com).

⁷⁷ Rec. núm. 160-2021, AS 2021/742. Ver, GARCÍA ROMERO, B.: «Discriminación por apariencia de discapacidad: despido tras accidente de trabajo con baja de duración incierta o duradera», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021. Como señala la autora, «el motivo de la nulidad del despido, según esta sentencia, es su carácter discriminatorio por basarse en la apariencia de discapacidad y no que se produzca estando el trabajador de baja médica».

fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad de la persona interesada no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha discapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de esa persona, debiendo el órgano judicial basarse, en orden a comprobar ese carácter duradero, en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular en documentos y certificados relativos a esa persona, resultado de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales⁷⁸. Se debe estar a la situación existente «en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio» según señala literalmente la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Caso Daoudi, C-395/15, pues realizar un análisis *ex post facto* distorsiona los elementos objetivos a tomar en consideración en el momento decisivo del hecho presuntamente discriminatorio. Por lo tanto, hay que atenerse a los hechos en la fecha del despido.

En el supuesto resuelto por la citada sentencia el trabajador despedido fue atropellado por un vehículo que lo lanzó contra la calzada y tuvo que ser llevado de urgencia al Complejo Hospitalario Universitario de Ourense. El empresario acudió al hospital a interesarse por la salud del trabajador y ese mismo día lo dio de baja en la Seguridad Social. Considera la Sala de lo Social del TSJ de Galicia que estos hechos «configuran una apariencia razonable de incapacidad duradera en la persona del trabajador, en el sentido (expresado en las normas y jurisprudencia citadas) de que sus dolencias no presentaban una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha discapacidad podía prolongarse significativamente antes del restablecimiento de esa persona». Por ello, afirma la Sentencia que «nos encontramos, en suma, con una discriminación por apariencia por motivo de discapacidad perfectamente subsumible en el concepto de discriminación directa por discapacidad contemplado en el artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación [...] En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad».

La discriminación por apariencia por motivo de discapacidad se considera, por tanto, subsumible en el concepto de discriminación directa por discapacidad.

⁷⁸ STJUE 11 de abril de 2013, Caso Ring y Skouboe Werge, C-335/11 y C- 337/11; STJUE 18 de diciembre de 2014, Caso FAO, C-354/13; STJUE 1 de diciembre de 2016, Caso Daoudi, C-395/15.

La segunda sentencia que se ha dictado es la STSJ Cataluña de 1 de febrero de 2022⁷⁹. En este caso, la trabajadora fue despedida mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal sin haber sido acreditada causa justificativa de tal extinción de la relación laboral. La sentencia del Juzgado de lo Social entendió que no había sido acreditado que tras el período de incapacidad temporal la trabajadora estuviese impedida para el trabajo o presentase una limitación tal que permitiese equiparar su situación a la discapacidad a los efectos previstos en la doctrina jurisprudencial, ponderando al efecto el que pocos días después del despido fue dada de alta médica. Señala la Sala que «yerra la sentencia de instancia en la consideración de que es la ulterior condición como persona con discapacidad la que podría haber evidenciado el móvil discriminatorio –para el que conviene recordar que no es necesaria voluntad lesiva– en el momento del despido. Y ello por cuanto, en primer lugar, razones de temporalidad impiden que podamos enjuiciar la conducta empresarial partiendo de circunstancias conocidas posteriormente, cual fue el momento de su alta médica. Precisamente es en el momento de adopción de la medida extintiva empresarial cuando ha de dirimirse sobre el panorama indiciario vulnerador, tal como ha afirmado la doctrina europea. Así, en la fecha en que se comunicó el despido, 12 de febrero de 2021, habían transcurrido casi tres meses desde que la actora había sufrido accidente de trabajo (17 de noviembre de 2020), habiendo sido diagnosticada con amputación de otro dedo mano complicada. En tales circunstancias, la empresa le remitió un SMS informándole de que en fecha 28 de febrero de 2021 finalizaría la relación laboral, momento en que no consta que la empresa conociese que sería dada de alta en fechas próximas, concretamente el 4 de marzo de 2021». En supuestos como el que nos ocupa, concluye la sentencia, «concorre una discriminación por razón de discapacidad por apariencia».

A mi juicio, las dos sentencias comentadas que hacen referencia a la que denominan «discriminación por apariencia», difieren de la discriminación por error regulada en la Ley 15/2022.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la segunda sentencia señalada, STSJ Cataluña de 1 de febrero de 2022, a mi juicio, aunque concluye que estamos ante un supuesto de discriminación por apariencia, en realidad plantea un problema diferente y es el relativo al momento para apreciar el carácter duradero de las dolencias padecidas para que puedan ser incluidas en el concepto de discapacidad de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria. En efecto, según se deriva de la STJUE Caso Daouidi, una limitación de larga dura-

⁷⁹ Rec. núm. 5120-2021, JUR 2022/109248.

ción puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78; y, el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio. Como señala con claridad la STSJ Andalucía de 5 de abril de 2018 (rec. núm. 1884/2017) siguiendo la doctrina comunitaria, «ha de analizarse el estado de incapacidad del recurrente en la fecha del despido en la medida que la determinación carácter duradero o no de la limitación padecida por el trabajador es esencialmente fáctica, y por tanto la evaluación de la discapacidad debe efectuarse con los datos que se dispongan en el momento que se enjuicie el acto presuntamente discriminatorio, por ser el más cierto». No hay que evaluar, por tanto, circunstancias posteriores al acto presuntamente discriminatorio. Y este es precisamente el problema que en realidad se plantea en la STSJ Cataluña de 1 de febrero de 2022 pues se tienen en cuenta circunstancias posteriores al despido, como el hecho de que pocos días después del despido fue dado de alta médica.

La discriminación por apariencia, a la que sí se refiere la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021, difiere de lo que según la Ley 15/2022 se entiende por discriminación por error. Este tipo de discriminación se funda en una apreciación incorrecta, mientras que en la discriminación por apariencia puede haber un error o no en la apreciación.

El error, evidentemente, en muchos casos es fruto del desconocimiento, pero llegar a la conclusión de que al admitirse la discriminación por error no es necesario que el empresario conozca la enfermedad o condición de salud del trabajador para que el despido pueda declararse nulo, supone distorsionar la razón que justifica la introducción de este tipo de discriminación en la ley. A mi juicio, el error, basado en apreciación incorrecta, no puede hacerse equivar a desconocimiento. Si el empresario no conoce la situación, no puede alegarse error o apreciación incorrecta de una característica que desconoce, e incluso puede desconocer el propio trabajador (piénsese, por ejemplo, en la predisposición genética).

El órgano judicial solo podrá llegar a la conclusión de que hay una discriminación por error a partir de los datos aportados por quien alegue dicha discriminación. Por lo tanto, no bastará con que el trabajador alegue como causa de discriminación la enfermedad, porque no está enfermo, sino que tendrá que acreditar indicios de los que derivar que fue la errónea creencia del empresario de que estaba enfermo la que ha provocado el despido.

Por lo tanto, no creo que la discriminación por error pueda ser causa suficiente para entender que la discriminación por enfermedad o condición de salud, estado serológico o predisposición genética, constituyen supuestos de

nulidad objetiva o de nulidad automática, en el sentido de que no exigen móvil discriminatorio y surgen cualquiera que fuera el ánimo del empresario al adoptar su decisión extintiva. La falta de conocimiento por el empresario de la enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética impide apreciar la existencia de indicios de discriminación.

Una interpretación acorde con la garantía y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación que pretende la Ley 15/2022 conduce a ponderar el efecto perverso que la nulidad objetiva en caso de enfermedad, condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética podría tener. En efecto, en la interpretación del contenido de esta ley, de acuerdo con su artículo 7, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias, lo que exige, a mi juicio, la ponderación del impacto que tal interpretación normativa puede provocar sobre la real consecución de la igualdad material. Un exceso de protección de los trabajadores enfermos o con condiciones de salud que pueden derivar en una enfermedad, puede tener un efecto boomerang. La protección que debe otorgarse a estos trabajadores debe tratar de protegerlos no solo para que no sean expulsados del mercado de trabajo sino para evitar que sean excluidos de la contratación. Y, sin duda, el hecho de que al trabajador le baste con alegar que está enfermo o que tiene una determinada condición de salud, estado serológico o predisposición genética que le puede llevar a padecer determinada enfermedad para que el despido pueda ser declarado nulo, sin que el empresario tenga conocimiento de esta circunstancia, puede provocar un efecto contrario al pretendido y retraer con carácter general la contratación.

No exigir el conocimiento empresarial de la enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética y deslegitimar una conducta empresarial cuando desconoce la situación que se pretende proteger por la norma, es gravar en exceso al empresario. Por lo tanto, a mi juicio, el empresario deberá tener conocimiento de las situaciones señaladas en el momento del despido. Cuestión distinta, como ya hemos señalado, es la de determinar si, el mero conocimiento por parte del empresario de dichas situaciones es indicio suficiente del que derivar el carácter discriminatorio del despido.

En este punto, habría que distinguir, en todo caso, entre el despido en situación de incapacidad temporal, que es el más conflictivo en la doctrina, y el despido estando el trabajador en activo.

Cuando el trabajador está en situación de incapacidad temporal, de acuerdo con la postura doctrinal y judicial señalada anteriormente, el mero hecho del despido en dicha situación constituye indicio suficiente de una discrimina-

ción por razón de enfermedad y, por tanto, será el empresario el que tendrá que probar que existe razón suficiente que justifique el despido. Si por el contrario, entendemos, de acuerdo con la doctrina constitucional y del Tribunal Supremo, que la enfermedad para ser discriminatoria debe ser considerada como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al trabajador no le bastará con aportar como indicio el hecho del despido estando en situación de incapacidad temporal, sino que tendrá que aportar otros indicios de los que deriven que ha sido despedido por su enfermedad o por algún otro prejuicio excluyente relacionado con ella.

Cuando el trabajador no está en incapacidad temporal en el momento del despido, y alega discriminación por cualquiera de los motivos de salud señalados, tendrá que acreditar, en primer lugar, que el empresario tiene conocimiento de esta situación y, en segundo lugar, aportar indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato.

Por último, debemos hacer también referencia al efecto que tiene en la calificación judicial del despido, el conocimiento, de forma ilegítima por el empresario, de la enfermedad que padece el trabajador, de la existencia o no de anticuerpos, o de una posible inmunidad frente a una determinada enfermedad, o de las pruebas genéticas de un trabajador. Se plantea, así, la duda de cómo debe ser calificado el despido basado en el conocimiento ilícito de los datos señalados.

No estamos en este caso ante un supuesto de prueba ilícitamente obtenida sino ante un despido con posible violación de derechos fundamentales. Es decir, no estamos ante una infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba de los hechos en los que se basa la empresa para adoptar el despido.

Por lo tanto, si el empresario obtiene ilícitamente datos sobre la situación de salud del trabajador y en base a esos datos procede a su despido, el mismo será declarado nulo por vulneración del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE).

5. LOS AJUSTES RAZONABLES EN LA LEY 15/2022

El derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad comprende el derecho a los ajustes razonables en el puesto de trabajo cuando estos no impongan una carga desproporcionada o indebida al empleador. Además, si el empresario incumple este deber, ello priva «de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en

posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones» (STC 51/2021, de 15 de marzo)⁸⁰.

De este modo, una vez que se declare que la enfermedad del trabajador puede ser asimilada a discapacidad porque le provoca unas limitaciones tales que le impiden desempeñar de forma duradera sus funciones habituales, la jurisprudencia viene exigiendo un segundo requisito para calificar el despido nulo por discriminatorio: la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables por parte del empresario. Es decir, aunque lleguemos a la conclusión de que la causa del despido es la enfermedad del trabajador equiparada a la discapacidad en el sentido señalado, no puede declararse sin más el despido nulo, sino que será imprescindible el análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78 –así como el artículo 2 de la Convención de la ONU⁸¹–, que son exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad. Por lo tanto, como ha señalado el Tribunal Supremo, la nulidad del despido en estos casos, «vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables» (STS de 22 de febrero de 2018, rec. núm. 160-2016, RJ 2018/913)⁸².

En efecto, en el caso Chacón Navas, STJUE de 11 de julio de 2006, el TJUE aclaró que la Directiva 2000/78 no obliga al empresario a mantener en el puesto de trabajo a quien no tiene capacidad para desempeñar las tareas fundamentales de la prestación laboral, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para dicha persona a que se refiere el artículo 5.

Precisamente, en el caso de la Sra. Ring, STJUE de 11 de abril de 2013, se ponía de relieve la falta de ofrecimiento de medida alguna por parte de la empresa.

El artículo 5 de la Directiva 2000/78 prevé lo siguiente:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables.

⁸⁰ Ver, CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

⁸¹ El contenido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, fue asumido por el artículo 7 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta norma fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y en su artículo 40 hace alusión a los que el artículo 5 de la Directiva denomina ajustes razonables. Por su parte, la Convención ONU también asumió este concepto en su artículo 2.

⁸² En el mismo sentido, ver, STSJ Cataluña 7 de octubre de 2021, rec. núm. 2173-2020, AS 2021/311; STSJ Galicia 28-3-2018, rec. núm. 359-2018, AS 2018/1586; STSJ Galicia 13 de mayo de 2020, rec. núm. 6272-2019, AS 2020/2146.

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».

A este respecto, procede recordar que la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con la Convención de la ONU. Pues bien, según el artículo 2, párrafo tercero, de la Convención de la ONU, la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 protege en su artículo 1 a todos aquellos quienes «tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Y proscribde de inmediato en su artículo 2 la «discriminación por motivo de discapacidad», ante «cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables»; señalando el artículo 5.3 que los Estados parte «adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables».

Por tanto, según el Convenio existe discriminación por razón de la discapacidad tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado (el «efecto», en palabras del art. 2) debido a la acción de un responsable, que causa la «distinción, exclusión o restricción» de alguno de los derechos de quien es discapacitado, sin que tenga que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal.

De allí, la importancia que la propia Convención confiere a quien tiene a su cargo el evitar esas barreras restrictivas, de emplear los «ajustes razonables» que eviten el resultado discriminatorio, esto es, «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de con-

diciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2).

El modelo de protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad previsto en el citado Convenio de la ONU, ha sido trasladado a nuestro ordenamiento interno por el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (cuya exposición de motivos hace referencia a dicho Convenio). A partir de una definición similar de la discapacidad en el artículo 4 (aunque emplea el término «previsiblemente permanente», en vez de «a largo plazo» de la Convención, y reconoce en todo caso como tal, a la que haya sido reconocida en un «grado igual o superior al 33 por ciento»), se consagra también el principio de no discriminación por razón de la discapacidad [art. 3.a)], sea directa como indirecta [art. 2.c) y d)], así como la exigencia a las autoridades para la adopción de «los ajustes razonables» que se requieran [arts. 2.m) y 66].

El vigésimo considerando de la Directiva 2000/78 realiza una enumeración no exhaustiva de las medidas que se consideran ajustes razonables. En este sentido, señala que «es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre». El TJUE ha declarado que dicha norma realiza una enumeración no exhaustiva de las medidas adecuadas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo, dado que el artículo 5 de la Directiva, en relación con el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU, preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable»⁸³.

Como puede comprobarse, la normativa comunitaria y nacional insiste en que los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores. A este respecto, del considerando 21 de la Directiva 2000/78 se desprende que, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

Un cambio de puesto, según señala la STJUE de 10 de febrero de 2022 (C-485/20, *HR Rail*), puede ser una medida adecuada como ajuste razonable a

⁸³ Ver, en este sentido, la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11.

efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78. Concluye esta Sentencia que «el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “ajustes razonables para las personas con discapacidad” a efectos de dicha disposición implica que un trabajador, incluido el que realiza un período de prácticas tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario».

El deber empresarial de adaptar el puesto de trabajo ya estaba previsto en Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 15. Lo que ocurre es que la normativa antidiscriminatoria por razón de discapacidad, «además de precisar su contenido, lo ha incluido entre las acciones a tener en cuenta para evitar comportamientos discriminatorios»⁸⁴.

Por lo tanto, ante una enfermedad de larga duración que pueda ser incluida en el concepto de discapacidad, el empresario debe tener en cuenta debidamente los obstáculos específicos con los que se enfrenta el trabajador y cumplir con su obligación de adoptar ajustes razonables en el puesto de trabajo para garantizar a quien la padece el ejercicio de sus derechos en el ámbito del empleo en igualdad de condiciones que las demás personas. El empresario debe exteriorizar debidamente la motivación de la decisión adoptada, en particular si se aprecia la improcedencia o imposibilidad de los ajustes necesarios. Si ha intentado realizar los ajustes razonables, pero los mismos no son posibles, y se procede al despido del trabajador, este despido no será calificado de nulo por discriminatorio⁸⁵.

⁸⁴ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B.: «La salud del trabajador como causa de discriminación», *REDT*, núm. 162, 2014.

⁸⁵ Recientemente, por Auto de 30 de septiembre de 2022 del Tribunal de Justicia de Islas Baleares, JUR 2022\355357, se ha planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial en relación con el artículo 49.1.e) ET, que prevé la extinción del contrato de trabajo cuando un trabajador haya sido declarado en situación de incapacidad permanente total o absoluta. En concreto, las cuestiones planteadas son las siguientes:

«1. El artículo 5.º de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, a la luz los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Decisión 2010/48/ del Consejo, de 26 de noviembre de 2009), ¿Debe ser interpretados en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumpli-

Lo descrito hasta aquí trata de reflejar la situación existente en el momento de entrada en vigor de la Ley 15/2022. Ahora bien, al recoger esta norma los ajustes razonables como causa de discriminación directa se plantea la duda de cuál es el alcance de la previsión contenida en esta norma y en qué manera va a influir en materia laboral.

El artículo 4.1 de la Ley 15/2022 enumera las vulneraciones del derecho a la igualdad y entre ellas recoge expresamente la denegación de ajustes razonables, lo que puede hacernos pensar que la negativa a realizar ajustes razonables se prevé para cualesquiera de las causas de discriminación previstas en el apartado 1 del artículo 2. Sin embargo, a continuación, el artículo 6.1 a) de la Ley 15/2022, al definir qué se entiende por discriminación directa, señala en su segundo párrafo que «se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad» y seguidamente define lo que se entiende por ajustes razonables, al igual que hace con el resto de vulneraciones del derecho de igualdad (discriminación directa o indirecta, por asociación y por error, múltiple o intersectorial, acoso, inducción, orden o instrucción de discriminar, represalias, incumplimiento de medidas de acción positiva). Así, señala en su artículo 6.2 a) que se entiende por ajustes razonables «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

Por lo tanto, precisa que los sujetos protegidos son las personas con discapacidad. De este modo, parece que la denegación de ajustes razonables como discriminación directa queda circunscrita a la discapacidad aunque algunos primeros comentarios de la Ley han mantenido una postura contraria. Así, se afir-

miento por parte de la empresa del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5.º de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

2. Los artículos 2, apartado 2, y artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a la luz los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009), ¿Deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5.º de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?».

ma que «la denegación de ajustes razonables como discriminación directa no queda circunscrita a la discapacidad, sino que la Ley 15/2022 la prevé para cualquiera de las causas de discriminación previstas en la propia Ley (art. 4.2), entre ellas, como se ha dicho, la simple enfermedad o condición de salud»⁸⁶.

Es cierto que la doctrina de los ajustes razonables en supuestos de discapacidad es tradicional en nuestra jurisprudencia constitucional. En este sentido, la STC 51/2021, de 15 de marzo, como la más reciente, trata sobre la necesidad de adoptar ajustes razonables en el ámbito del empleo en un supuesto de sanción con suspensión de empleo y sueldo a un funcionario. Recuerda el Tribunal Constitucional que «actualmente puede llegar a concluirse que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el artículo 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes».

Cuestión distinta es que en algunos supuestos en los que debe realizarse una ponderación entre los derechos en juego, la jurisprudencia tenga en cuenta si la empresa ha adoptado las medidas necesarias para que el trabajador pueda disfrutar del derecho correspondiente. Así, por ejemplo, podemos citar, en este sentido, la STC 26/2011, a la que ya he hecho anteriormente referencia, en la que se entiende vulnerado el derecho a no ser discriminado por las circunstancias familiares al denegarse la asignación de horario nocturno a un trabajador y no analizar, las resoluciones recurridas en amparo, su necesidad para conseguir un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo. Señala la Sentencia que «era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno)

⁸⁶ Ver, Oleart Abogados: «Nota sobre la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y los despidos asociados a la salud de los trabajadores». La denegación de ajustes razonables se considera como una nueva causa de discriminación para MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación», *op. cit.* p. 40.

y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por este sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones». Acreditada la necesidad de la adaptación de horario por parte del trabajador, el empresario debería acreditar que no es posible realizar los ajustes correspondientes en la organización empresarial para hacer frente a su petición.

La doctrina considera que «el deber de buena fe de la empresa en el marco de las relaciones de trabajo, junto a las tendencias jurisprudenciales hacia una mejor protección de derechos de los trabajadores que se encontraban huérfanos de una regulación adecuada, han terminado obligando también al empleador que razonablemente pudiera acomodar una situación excepcional del trabajador a su organización, siempre que ello no conllevara un perjuicio desproporcionado para su empresa»⁸⁷. Así, por ejemplo, igual que la Ley 15/2022 ha recogido los ajustes razonables para las personas con discapacidad, el derecho a la adaptación de jornada fue finalmente recogido en el artículo 34.8 ET para hacer efectivo el derecho a la conciliación personal y familiar. La adaptación de jornada no es sino un ajuste razonable en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En este mismo sentido, también la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia, obliga a realizar los ajustes razonables que garanticen la igualdad de las personas que trabajan a distancia en su artículo 4.3: «Las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, edad, antigüedad o grupo profesional o discapacidad, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, asegurando la igualdad de trato y la prestación de apoyos, y realizando los ajustes razonables que resulten procedentes».

Se trata así de que el empresario intente adoptar las medidas suficientes para facilitar el ejercicio de determinados derechos por parte de las personas trabajadoras. De este modo, aunque la obligación empresarial de adoptar ajustes razonables se circunscribe en la Ley 15/2022 a los supuestos de discapacidad, en la práctica, y más allá de los supuestos en los que expresamente las normas hacen referencia a ellos, los ajustes razonables serán un ele-

⁸⁷ GARCÍA SALAS, A. I.: «La obligación empresarial de realizar ajustes razonables: un criterio que se consolida en la tutela de los derechos fundamentales», *El Foro de Labos*, 20 de octubre de 2022.

La obligación empresarial de realizar ajustes razonables: un criterio que se consolida en la tutela de los derechos fundamentales (elforodelabos.es).

mento utilizado como criterio de ponderación en un posible juicio de proporcionalidad⁸⁸.

En efecto, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8]. Por lo tanto, a la hora de llevar a cabo este triple juicio de proporcionalidad uno de los criterios que va a ser tenido en cuenta por el órgano judicial será determinar si el empresario ha tratado de llevar a cabo los ajustes razonables para que el trabajador pueda hacer uso del derecho correspondiente. De este modo interpretado, podríamos llegar a la conclusión de que los ajustes razonables resultan aplicables para cualquier causa de discriminación.

⁸⁸ Como señala PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)», *Foro de Labos*, núm. 2, 2021, la dificultad del juicio de ponderación al que en muchos casos se enfrentan los órganos judiciales deriva de la falta de concreción legal de los elementos que el juez debe considerar a la hora de arbitrar los intereses en conflicto.

IV. CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD E INGRESO EN LA EMPRESA

1. CUESTIONES GENERALES

Si bien es en materia de extinción del contrato de trabajo donde la discriminación por razón de enfermedad resulta más conflictiva, la inclusión de la enfermedad, condición de salud, estado serológico y predisposición genética como causas de discriminación en el artículo 2 de la Ley 15/2022 también van a tener una importante trascendencia en materia de acceso al empleo. A pesar de los reales riesgos de discriminación presentes en las etapas precontractuales, sobre todo en los procesos de selección, lo cierto es que apenas existen actuaciones inspectoras que persigan los comportamientos infractores, quizás, en muchos casos, por la escasa percepción que el candidato tiene de la vulneración de su derecho a no ser discriminado. Por ello, debe valorarse de forma positiva el que la Ley 15/2022 incluya, en su artículo 9, una referencia específica de respeto a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo incluyendo los «criterios de selección» y los «sistemas de acceso» con independencia de que el empleador sea público o privado¹.

El artículo 38 CE reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», lo que en términos jurídico-laborales significa que el empresario es titular de un «ámbito de organización y dirección» (art. 1.1 ET); ello determina, entre otras muchas consecuencias, que «el empresario tiene

¹ El Grupo Parlamentario Vox ha presentado recurso de inconstitucionalidad (RI 6706-2022, BOE de 24 de noviembre) contra determinados preceptos de la Ley 15/2022, entre ellos el artículo 9.1. Alegan los recurrentes que con dicho precepto se produce una limitación absolutamente irrazonable y desproporcionada a la libertad de contratación que se reconoce constitucionalmente como una dimensión de la libertad de empresa, consagrada en el artículo 38 CE.

libertad para encomendar las tareas de la empresa a quien quiera, y el trabajador tiene libertad para ofrecer sus servicios a cualquier empresario»². La libre elección por el empresario del candidato idóneo para cubrir el puesto ofertado es una manifestación del derecho constitucional a la libertad de empresa pero también del derecho legal a la autonomía de la voluntad en la contratación. En definitiva, «el acceso a los puestos de trabajo en la empresa privada no está sujeto al corsé del rigorismo de la total imparcialidad que debe presidir la actuación de la Administración»³.

Como ha señalado Montoya Melgar, dentro de las materias sobre las que se extiende el poder de organización general del trabajo en la empresa se incluyen «las decisiones empresariales que procedan en materia de adopción de sistemas de ingresos», siempre con la posible sujeción a lo que pudiera haber previsto la negociación colectiva⁴. La libertad empresarial de elección de trabajadores puede así verse limitada por lo dispuesto en los convenios colectivos cuando estos exijan para contratar la utilización de determinadas técnicas de selección, la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos designados para valorar las condiciones de los aspirantes o cualquier otra cláusula de alcance similar que obligue a los empresarios a cumplir determinados requisitos antes de proceder a la incorporación de nuevos trabajadores. Lógicamente, la discrecionalidad reconocida al empresario aparece también sometida a dos límites esenciales: el necesario respeto a la legalidad, con particular atención al respeto de los derechos fundamentales de los aspirantes⁵. El derecho de no discriminación en el acceso al empleo exige las mismas posibilidades de acceder a un puesto de trabajo a todos los candidatos en idénticas con-

² SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., y VALLE VILLAR, J. M. del: *Prontuario de Derecho del Trabajo*. Edit. Civitas, 6.ª ed. Madrid, 2002, p. 277.

³ SAN 24 de marzo de 1999, procedim. núm. 52-1998, AS 1999/1179.

⁴ MONTOYA MELGAR, A.: «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 23, 2000, p. 31. En el mismo sentido, señala GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Libertad empresarial de organización y exigencias del principio de igualdad», *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, p. 1010, que «la libertad de organizar incluye las de seleccionar y contratar los colaboradores que el empresario precise para el desempeño de sus actividades. Libertad que ha de entenderse como reserva de proceder o no a contratar y, de contratar, elegir a la persona que se considere más adecuada, lo sea o no realmente para el trabajo que se le va a encomendar».

⁵ Sobre los límites derivados de la prohibición de discriminación y el respeto al derecho a la intimidad de los candidatos ver, CÁMARA BOTÍA, A.: «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *RMTAS*, núm. 33, 2001; GOÑI SEÍN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Edit. Civitas. Madrid, 1988; SALA FRANCO, T.: *Trabajo y Libertades Públicas. La Ley-Actualidad*. «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral» dir. BORRAJO DACRUZ, E., Madrid, 1999; VICENTIA PACHÉS, F. de: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES. Madrid, 1998.

diciones de aptitud, e impone, como afirma Fernández López, una carga de justificación del uso de la libertad de contratación⁶ que determinará que la decisión de contratación sea considerada una diferencia de trato admisible, no un supuesto discriminatorio.

En efecto, en el Derecho del Trabajo, como necesaria irradiación del artículo 14 CE, rige el principio de prohibición de discriminación, tal y como lo proclaman los artículos 4.2.c) y 17.1 ET, y 12 LOLS. Esta prohibición de discriminación «opera tanto en la fase precontractual o de empleo [...], como durante el cumplimiento del contrato por el trabajador ya empleado». A ambos momentos se refiere con claridad el artículo 3 de la Directiva 2000/78/CE cuando se refiere, por una parte, a «las condiciones de acceso al empleo [...] incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación [...]» [art. 3.1.a)] y, por otra, a «las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración» [art. 3.1.c)]. Precisamente, como afirma Rodríguez Piñero, «el rehúse a contratar a una persona por su religión, raza, sexo, afiliación sindical u opinión política, constituye posiblemente la forma más insidiosa y peligrosa de discriminación y por ello es objeto de protección expresa»⁷.

Como señaló la STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, el Tribunal Constitucional ha apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, «aun sin encontrarse vigente una relación laboral». Asimismo, la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 3, declaró que no puede sostenerse en modo alguno que «solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza» discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, añadiría este último pronunciamiento, «quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el artículo 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)».

La Ley 15/2022, en su artículo 9, relativo, como ya hemos señalado, al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena, siguiendo lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE, ha dejado también

⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Igualdad en el empleo y la ocupación», *Temas Laborales*, núm. 91, 2007.

⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «No discriminación en las relaciones laborales», *AAVV Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Madrid, 1983, p. 419.

claro que no podrán establecerse «limitaciones, segregaciones o exclusiones» por razón de las causas de discriminación previstas en dicha ley para «el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección», así como «en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo». En consecuencia, y por lo que al objeto de este estudio interesa, nadie podrá ser discriminado en el momento de su contratación por razón de enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética.

En este sentido, resulta interesante destacar que ya la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, introdujo una serie de modificaciones en dicha norma así como en la Ley de Contrato de Seguro, con el objetivo «de erradicar del ordenamiento jurídico aquellos aspectos que limiten la igualdad de oportunidades y promuevan la discriminación por cualquier motivo, en este caso, por ser portadoras del VIH/SIDA, u otras condiciones de salud, en lo que respecta al ámbito de contenidos discriminatorios en determinados negocios jurídicos, prestaciones o servicios». Insiste la Exposición de Motivos de la norma en afirmar que «la autonomía de la voluntad, reconocida a las partes por el Derecho privado, para establecer pactos y realizar contratos, no debe ser utilizada para discriminar a las personas por el solo hecho de tener una enfermedad u otra condición de salud. Por tanto, resulta precisa una ley que establezca la nulidad de cualquier cláusula, estipulación, condición o pacto, que discrimine o excluya a las personas citadas en tales circunstancias».

De este modo, se introduce una disposición adicional única en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, según la cual: «1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud. 2. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud». Asimismo, se añade la disposición adicional quinta a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, con el siguiente contenido: «No se podrá discriminar a las personas que tengan VIH/SIDA u otras condiciones de salud. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud,

salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente».

Frente a la libertad de contratar con quien se quiera y por las razones que se quiera, se alza el principio de prohibición de discriminación que actuará limitando la libertad empresarial. Ahora bien, el problema que se plantea en el ámbito laboral es que normalmente las razones que llevan a un empresario a contratar a un determinado trabajador quedarán ocultas y, por tanto, será difícil demostrar que su decisión es discriminatoria. No obstante, en algunos casos dichos criterios resultan exteriorizados, bien directamente porque el empresario los anuncia públicamente (así, por ejemplo, ofertas de empleo en las que se exige que los candidatos cumplan determinados requisitos), o bien porque los mismos salen a la luz en el curso del litigio.

Centrándonos en los motivos de discriminación relacionados con la salud de los trabajadores, hemos de señalar que uno de los supuestos más claros de discriminación en el acceso al empleo por razón de enfermedad ha sido el caso del SIDA. Como señaló el informe OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (Conferencia Internacional del Trabajo 96.^a reunión, 2007), «la discriminación en el empleo sigue prevaleciendo en todo el mundo, incluso en los países que hace tiempo instauraron políticas y programas en materia de SIDA y los casos de discriminación en la contratación son corrientes en las Fuerzas Armadas y en el sector salud y la discriminación, además, puede revestir ciertas formas, como un tratamiento aplazado o inadecuado, el no respeto a la confidencialidad o conductas contrarias a la ética».

También califica la Organización como discriminatorios los procesos de selección en los que se formulan preguntas destinadas a averiguar la propensión de los trabajadores a adoptar comportamientos o estilos de vida de alto riesgo que pudieran favorecer la infección por VIH. Se trataría de una discriminación relacionada con el estado serológico basada en estereotipos.

En los últimos años ha surgido, especialmente en el mundo industrializado, una serie de prácticas que pueden conducir al trato desfavorable de ciertas personas debido a los riesgos advertidos que para el empresario implica su contratación o permanencia en el empleo. Entre esas personas figuran las que tienen una predisposición genética a desarrollar determinadas enfermedades. Como señala el citado Informe de la OIT, «el hecho de que un empresario contrate o no contrate a una persona atendiendo a la propensión que esta tenga a contraer cierta enfermedad, y no a su capacidad para realizar el trabajo, es un acto constitutivo de discriminación. Además, la prueba puede indicar que un

individuo podría tener cierta enfermedad, pero no cuándo ni cuán grave podría ser esta». El Informe expone algunos ejemplos extraídos de la práctica de las relaciones laborales. El primer caso tiene lugar en Estados Unidos en 2001, cuando la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos (EEOC) se enfrentó a una sociedad ferroviaria que sometía a sus empleados a pruebas subrepticias sobre un marcador genético vinculado al síndrome del túnel carpiano. El otro ejemplo de interés tiene lugar en Alemania, en 2004. En el caso una profesora debía someterse a un reconocimiento médico antes de obtener un puesto fijo en la Administración. Fue examinada por un médico especializado en salud en el trabajo y este consideró que gozaba de una salud excelente. Sin embargo, en respuesta a las preguntas sobre el historial médico de su familia indicó que su padre padecía la enfermedad de Huntington. Como la profesora se negó a someterse a pruebas genéticas, las autoridades docentes se negaron a darle un puesto fijo en la función pública alemana con motivo de su informe médico.

Podemos pensar que la discriminación por predisposición genética a sufrir patologías o trastornos es un problema, que desde un punto de vista laboral, no existe en la práctica en nuestro entorno, aunque sí ha existido en otros países, tal y como anteriormente hemos señalado.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos existen normas (*The Genetic Information Nondiscrimination Act* de 2008) que prohíben la discriminación genética en el ámbito laboral, así como los comportamientos de segregación o clasificación de los trabajadores sobre la base de la información genética. Por su parte, en Australia se ha procedido a la reforma de la *Disability Discrimination Act* (Cth) de 1992 a fin de reforzar la protección existente contra la discriminación genética en el ámbito laboral, reformando la definición de «discapacidad» (*disability*), incluyendo en ella la predisposición genética a una discapacidad, y prohibiendo, de igual manera, que los empleadores puedan solicitar información genética a los empleados o candidatos a un puesto de trabajo, excepto en los casos en que ello sea razonable para fines que no conlleven una discriminación genética (*Disability Discrimination and Other Human Rights Amendment Act 2009*). El efecto de esta previsión es fijar en los empleadores la carga de la prueba de que la solicitud de información no tiene como propósito una discriminación antijurídica.

Por su parte, la propuesta de Resolución del Parlamento Europeo de 8 de noviembre de 2001 sobre las repercusiones éticas, jurídicas, económicas y sociales de la genética humana propone que se prohíba la discriminación de los trabajadores sobre la base de criterios genéticos o a raíz de los análisis genéticos efectuados para los reconocimientos médicos de rutina. Es más, considera

que una reglamentación basada únicamente en el consentimiento informado resulta totalmente inadecuada en este sector, dado que en situación de desempleo es conocida la tendencia a aceptar cualquier tipo de situación para obtener un empleo. El consentimiento no sería ya una manifestación de libertad, sino el efecto de una necesidad material.

Sin embargo, aunque es cierto que en España no se han dado casos tan claros como en otros países de discriminación por este motivo, sí es posible encontrar situaciones de dudosa legalidad en nuestras normas de acceso a determinados cuerpos militares. Así, esto sucede, a mi juicio, entre otras, en la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, que recoge un cuadro médico de exclusiones; en el RD 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la policía nacional; o, en la Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, que aprueba las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil. En todas estas normas figura, entre las enfermedades y causas generales que pueden provocar la exclusión, la siguiente: «Anomalías genéticas, congénitas o adquiridas que en opinión del asesor especialista puedan entorpecer en el momento del examen o, previsiblemente en el futuro, la eficacia en la ejecución de las misiones encomendadas o alterar la salud del examinado». Las dudas surgen sobre las posibles anomalías que pudieran limitar esta capacidad en el futuro y, sobre todo, de las peculiaridades genéticas que pudieran en un futuro alterar la salud del examinado. Las anomalías genéticas que podrán ser tenidas en cuenta son las que afecten en ese momento a la prestación de servicios, pero no las que pudieran afectar en un futuro. A mi juicio, el inciso «previsiblemente en el futuro», resulta inconstitucional por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de predisposición genética a sufrir patologías y trastornos.

El derecho a la no discriminación en el acceso al empleo se proyecta sobre la fase anterior al nacimiento del contrato de trabajo y ello incluye los criterios de selección, las ofertas de empleo, los procesos de selección, los periodos de formación necesarios para acceder a un empleo, los estadios previos y el propio acto de contratación. Se acepta, no obstante, que un trato diferente por las exigencias del puesto de trabajo y de la actividad a desarrollar es justo y eficiente.

La vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado en materia de contratación por razón de enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética, solo será reconocible cuando los criterios de exclu-

sión resulten arbitrarios o carentes de toda justificación. Pues bien, llegados a este punto, será a la parte que alega una vulneración de esta clase a quien corresponda acreditar aquellos indicios de los que quepa razonablemente inferir el móvil discriminatorio que está en la base de la decisión empresarial.

La cuestión resulta más sencilla cuando ya existe un precontrato de trabajo, pues en estos casos es más fácil poder aportar indicios de los que deducir la discriminación alegada.

En este sentido, por ejemplo, la STSJ Madrid de 17 de mayo de 2016⁸, resuelve un supuesto en que a pesar de haberse firmado por las partes un precontrato de trabajo válido y eficaz, el contrato, de una forma sorpresiva y con pocas horas de antelación al inicio de la prestación de servicios, no se llegó a formalizar por desistimiento de la empresa demandada. El único hecho relevante que media entre el precontrato de trabajo y el desistimiento de la empresa demandada es, según señala la Sala, el haber tenido esta conocimiento de que la trabajadora padece una determinada patología: el trastorno del mecanismo inmunológico por inmunodeficiencia por HIV de etiología infecciosa. En consecuencia, considera la Sentencia que «ese desistimiento empresarial de la formalización del contrato de trabajo decidido de forma sorpresiva pocas horas antes del inicio de la relación laboral, unido al previo e inmediato conocimiento de la indicada patología, constituye un indicio de que se ha producido la vulneración del derecho a la igualdad de la actora por razón de la enfermedad que padece, lo cual conduce a la estimación de la demanda conforme a lo dispuesto en los artículos 96.1 y 181.2 LRJS al no haber acreditado la empresa demandada una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la no formalización del contrato de trabajo de la actora. Entender otra cosa supondría conceder una carta blanca a la empresa demandada para que de forma arbitraria y discrecional pueda discriminar a personas que padecen una inmunodeficiencia por HIV de etiología infecciosa mediante la no celebración del contrato de trabajo a que se había comprometido, perpetuándose así de forma indefinida en el tiempo el estigma social –en palabras del Ministerio Fiscal– que en un inicio pudo tener tal patología».

La Ley 15/2022, con el fin de proteger a los trabajadores de actuaciones discriminatorias por parte del empresario en el momento de la contratación prevé en su artículo 9.5 que «el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto». La norma utiliza en este caso el término condiciones de salud que, a mi juicio, debe ser interpretado en un sentido amplio relativo a enfermedades que padece el trabajador o cualquier otra cir-

⁸ Rec. núm. 125-2016 (AS 2016/1132).

cunstancia o factor que puede incidir en la salud del trabajador. Por ello, habrá que entender que el empresario no podrá preguntar al trabajador sobre su estado de salud ni el de sus familiares, pues de la información sobre la salud de sus familiares puede deducirse la predisposición genética del trabajador a padecer una determinada enfermedad.

La introducción de la enfermedad, condición de salud, estado serológico y predisposición genética como nuevas causas de discriminación en el artículo 2 de la Ley 15/2022, unida a la prohibición del artículo 9.5 de la ley que acabamos de reproducir, plantea diferentes cuestiones en materia de controles médicos, ofertas de empleo y entrevistas de trabajo.

2. LOS CONTROLES MÉDICOS PREVIOS A LA CONTRATACIÓN

En el acceso al empleo es evidente que determinados datos relativos a la salud de los candidatos podrían discriminar a estos en el proceso de acceso a un puesto de trabajo con lo cual será necesario determinar cuándo es posible que el empresario realice reconocimientos médicos para verificar el estado de salud de futuros trabajadores. La propia LPRL (art. 22.4) expresa, en este sentido, que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados para fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. En principio, en nuestro derecho solo estaría legitimada la realización de reconocimientos médicos previos a los candidatos a un empleo, es decir, con anterioridad a la admisión al trabajo, cuando aquellos fueran a cubrir puestos con riesgos de enfermedad profesional (art. 243 LGSS). En este sentido resulta interesante recordar la jurisprudencia sobre la obligatoriedad de someterse a un control o vigilancia de la salud antes del acceso al empleo.

El Reglamento de Servicios de Prevención, RD 39/1997, de 17 de enero, en desarrollo del deber de vigilancia de la salud recogido en el artículo 22 LPRL, establece la obligación del empresario de vigilancia de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo. En concreto, el artículo 37.3.b) 1.º señala: «En materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar, en las condiciones fijadas por el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales: 1.º Una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud». No se trata, por tanto, de una evaluación previa al proceso de selección sino posterior a la incorporación al puesto de trabajo.

En este mismo sentido se ha pronunciado la STC 196/2004, de 15 de noviembre, al afirmar que «el reconocimiento médico en la relación laboral no es una facultad que se reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar».

Ahora bien, el legislador faculta a las empresas a llevar a cabo exámenes médicos de los trabajadores para evitar posibles situaciones de riesgo, bien para su propia integridad física o salud o para la de compañeros y terceras personas⁹. En efecto, como ya hemos señalado, los reconocimientos médicos son voluntarios, pero de este carácter voluntario «solo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad» (art. 22.1 LPRL). Como señala el Tribunal Supremo, entre otras, STS de 7 de marzo de 2018¹⁰, «la primera de las excepciones implica la obligatoriedad del reco-

⁹ Sobre los tests psicológicos, de personalidad, de inteligencia o de otro tipo que puede llevar a cabo la empresa para la selección de trabajadores, resulta interesante la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla, Sentencia núm. 79/2006, de 7 febrero. AS 2006\181, según la cual: «El método a través del que obtener el conocimiento de la información relacionada con aspectos que integran la personalidad del trabajador no es otro que la aplicación de tests. Bajo dicho concepto pueden reunirse distintas fórmulas y métodos a través de los que revelar los aspectos de la personalidad de las personas, tales como los tests de inteligencia, tests de personalidad, tests destinados a determinar los intereses de los trabajadores, su integridad personal o, en fin, los tests psicológicos. Su justificación no parece que requiera especiales esfuerzos, en tanto que se relacionen directamente con la actividad derivada del trabajador en la empresa. En este sentido, la Recomendación 150 de la OIT de 1975, sobre desarrollo de recursos humanos, admitió la eventual aplicación de tests destinados a determinar las aptitudes de los trabajadores, bajo determinadas condiciones, tales como el consentimiento del interesado, que se complemente con otros métodos de investigación personal complementarios, sea practicado por personal especializado (Recomendación 150, apartados 13 y 14). Igualmente, plantean problemas los distintos métodos y técnicas empleados a través de los que se aplican los tests destinados a conocer los rasgos de la personalidad de los trabajadores. Piénsese, por ejemplo, los análisis grafológicos, morfológicos (se deducen los trazos de la personalidad a partir de la fisonomía facial), hematológicos (a partir del tipo de sangre), por no hablar de los numerológicos o astrológicos. Aun en los métodos que comúnmente quepa reputar como científicamente contrastados, cabe plantearse la validez de su utilización en el marco de las relaciones laborales. Por un lado, cabe plantear dudas razonables acerca de las informaciones que suministran como indicadores fiables y relevantes del comportamiento estrictamente laboral del trabajador; y por otro, relacionado con lo que acaba de apuntarse, no debe desconocerse que el origen de las pruebas de personalidad es médico, y, consiguientemente distante de las circunstancias que pretenden evaluarse en la relación de trabajo. De conformidad con ello, solo cabe concluir que debe reducirse la aplicación de los tests a aquellos métodos que presenten una base científica y se elaboren por personal competente sobre una base científica garantizada y adecuada al ámbito en que se deben emplear».

¹⁰ RJ 2018/2541.

nocimiento médico cuando su práctica resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. La utilización legal del término imprescindible implica que la obligatoriedad del reconocimiento solo se producirá cuando este sea absolutamente necesario para conseguir el fin que ampara la excepción y deja fuera de esta aquellos supuestos en los que resulten convenientes, aconsejables o útiles. El reconocimiento, para poder considerarlo obligatorio, deberá ser, ante la negativa del trabajador, el único procedimiento para evaluar los riesgos que afecten a la salud del trabajador. La segunda excepción es la más típicamente preventiva dado que se refiere a la necesidad de verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. De entrada, tal excepción hay que conectarla con la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 25.1 LPRL que dispone que los trabajadores no podrán ser empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su capacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Así frente al derecho del trabajador a proteger su intimidad, la ley ampara el derecho a la salud de sus compañeros o de las personas que puedan encontrarse en el medio laboral. El derecho del trabajador afectado a negarse al reconocimiento cede y termina donde empieza el riesgo grave para la vida, integridad y salud de terceros que no pueden verse afectados por la indolencia del trabajador renuente. Por último, la tercera excepción se remite a que la obligatoriedad esté establecida en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad».

Estas reglas son compatibles con lo preceptuado en el artículo 243 LGSS pues aquellas empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, estarán obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos, sin que puedan contratar a aquellos trabajadores que no hayan sido considerados aptos en el mismo. La obligatoriedad de someterse a reconocimientos previos al acceso al puesto de trabajo es recogida, para actividades específicas, en normas legales y reglamentarias. A título de ejemplo, el artículo 39 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, establece que «las personas que trabajen en actividades nucleares dentro de “zonas controladas” serán sometidas, antes de ini-

ciar su trabajo en dichas zonas, a un examen médico, que posteriormente será periódico, hasta diez años después de cesar su trabajo en las mismas para personas que vayan a trabajar expuestas a radiaciones ionizantes».

No obstante, los reconocimientos médicos previos son práctica habitual y la jurisprudencia los viene admitiendo. Así, por ejemplo, la STS de 28 de diciembre de 2006¹¹, ha considerado que la cláusula del Convenio Colectivo de Correos y Telegráfos que establece obligatoriamente el examen médico del trabajador con carácter previo a su contratación laboral no atenta a la intimidad de este. Afirma que «los reconocimientos dejan de ser voluntarios para el trabajador, según el citado artículo 22.1 LPRL, cuando sean “imprescindibles” para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro, tanto para sí mismo como para otras personas, o cuando así esté establecido en una disposición legal con referencia a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En realidad, se trata de tres excepciones concebidas de forma tan amplia, que en la práctica anulan realmente el requisito general de que el trabajador preste su consentimiento, de modo que la excepción se convierte en norma general, siempre, naturalmente que la medida no se acuerde fraudulentamente –a lo que, en principio es contrario, una medida asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo– y se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud a que se refieren los apartados 2 y 4 del repetido artículo 22 y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores “en función de los riesgos inherentes al trabajo”, de manera que solamente el exceso objetivo en el examen de salud de los trabajadores por no concurrir aquella finalidad o las circunstancias descritas, podría constituir, salvo expreso consentimiento individual del trabajador afectado, una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad personal».

Por lo tanto, los reconocimientos médicos previos al desempeño de un puesto de trabajo están justificados y son admisibles en cuanto estén ordenados a la constatación de que el aspirante reúne las condiciones psicofísicas que precisa el normal y pleno desarrollo del contenido funcional específico de cada puesto de trabajo. Para la fijación de cuáles deban ser las condiciones psicofísicas apropiadas para cada categoría o puesto de trabajo el empresario ha de disponer del margen de discrecionalidad que le otorga o es inherente al ejercicio de sus funciones directivas y organizativas, debiendo aceptarse sus decisiones al respecto siempre que resulten proporcionadas por obedecer a criterios objetivos y razonables en función de la naturaleza del trabajo y las circunstan-

¹¹ Rec. núm. 140-2005, RJ 2007/1503.

cias en que haya de prestarse¹². Así, por ejemplo, no resulta discriminatoria la decisión de la empresa de no contratar, para trabajar en el interior de la mina, a un trabajador que padece un asma bronquial con una obstrucción bronquial significativa. «Son varios los factores y razones que determinan la exclusión, relacionados directamente con la salud del trabajador afectado pero que de forma indirecta pueden incidir en la actividad de otros trabajadores: la influencia negativa que en la enfermedad tiene el ambiente pulvígeno y enrarecido en el que se desarrolla el trabajo, las especiales características nocivas del polvo inhalado –polvo de sílice, causante de silicosis y otras enfermedades– y las dificultades que la afección respiratoria puede originar para el uso eficaz de los equipos de protección respiratoria o autorescatadores a disposición de los trabajadores para los casos de accidente en la mina. Los mayores riesgos que por causa de la enfermedad entraña el empleo del demandante en la actividad de ayudante minero no se pueden reducir a niveles tolerables, ni cabe imponer a la empresa la carga de soportar sus consecuencias, pues sería una carga excesiva que nuestro ordenamiento jurídico no contempla»¹³.

Junto a la admisibilidad judicial, son frecuentes los convenios colectivos que, con carácter previo a la admisión de los trabajadores, exigen someter a estos a un reconocimiento médico que determinará su aptitud para el trabajo y cuya superación condicionará su contratación. Así, por ejemplo, el Convenio Colectivo General de la Construcción (Resolución de 21 de septiembre de 2017, BOE de 26 de septiembre), recoge el carácter obligatorio del reconocimiento médico previo a la contratación frente a la voluntariedad de los posteriores. El artículo 19.2 del Convenio señala que «el trabajador, con independencia de su categoría profesional y antes de su admisión en la empresa, será sometido a un control de salud». Y el artículo 20.2 afirma que «la empresa garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al puesto de trabajo, tanto en el momento previo a la admisión como con carácter periódico», y que «los reconocimientos periódicos posteriores al de admisión serán de libre aceptación para el trabajador» (art. 20.3).

Como señala el artículo 22 LPRL, las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. De este modo, serán los servicios médicos correspondientes los que conocerán los datos sanitarios del candida-

¹² STSJ Madrid 20 de octubre de 2004, rec. núm. 3688/2004 (JUR 2004/277909).

¹³ STSJ Asturias 12 de diciembre de 2008, rec. núm. 1431-2008 (JUR 2009/115994).

to, pero estos datos no deberán ser comunicados al empresario sino simplemente el informe sobre su aptitud o no para el puesto de trabajo al que opta; los concretos datos sanitarios pertenecen a la esfera de la intimidad del trabajador.

Pues bien, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, hay que preguntarse si la situación descrita puede sufrir alguna modificación al prever el artículo 9.5 de la norma que «el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto de trabajo». Obligar al trabajador a someterse a un reconocimiento médico previo a la contratación supone, en realidad, indagar sobre su estado de salud. Ahora bien, a mi juicio, el término preguntar que utiliza la norma debe ser interpretado en un sentido literal, de manera que la norma estaría haciendo referencia a la prohibición de interrogar o hacer preguntas directas al trabajador sobre su estado de salud en las entrevistas de trabajo. Por lo tanto, esta prohibición no supone, a mi juicio, ninguna modificación en la doctrina hasta ahora existente en materia de controles médicos.

Un supuesto, relacionado con los controles médicos, que se ha planteado tras la aparición del virus COVID-19 es el de determinar qué medidas de control médico son adecuadas para respetar las garantías recogidas en el artículo 22 LPRL. ¿Puede la empresa obligar a los trabajadores, o a los aspirantes a un determinado puesto de trabajo, a realizarse una prueba de diagnóstico de la enfermedad como es la PCR?

En principio, la respuesta parece que debe ser afirmativa, pues es la manera de poder preservar la salud de los trabajadores y evitar contagios. Estaríamos, por tanto, ante una de las excepciones previstas por el artículo 22 LPRL a la regla de la voluntariedad en los controles médicos. En todo caso, deben analizarse las circunstancias concretas de cada supuesto para determinar si la realización de las pruebas de diagnóstico de la Covid resulta proporcional. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Móstoles, de 29 de diciembre de 2020¹⁴, se consideró que la exigencia de una PCR negativa a los trabajadores resultaba proporcional, debido a que van a prestar servicios en condiciones en las que no es posible mantener otras medidas de protección. «La realización de test para verificar si los trabajadores de una empresa están afectados por el COVID-19, y, consiguientemente, su prestación laboral puede constituir un peligro para ellos mismos, para el resto del personal o para otras personas relacionadas con la empresa, constituye una medida amparada por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que la normativa de protección de datos no debería obstaculizar y que debe poder adoptarse sin necesidad de contar con el consentimiento explícito del afectado. [...] La medida de some-

¹⁴ AS 2021/532.

ter a todos los implicados en el rodaje (personal artístico y técnico) a un PCR negativa es proporcional a la finalidad pretendida, ya que entraña una fiabilidad que no puede lograrse con otros medios (como pudieran ser test de preguntas al trabajador o toma de temperatura). Además, la realización de dichas pruebas obedece también al principio de minimización, al limitarse exclusivamente a constatar si la persona en cuestión se encuentra contagiada o no del COVID-19, sin indagar en otras patologías y ni tan siquiera en la constatación de inmunidad». En consecuencia, considera que la negativa del empleado a someterse a dicha prueba podría amparar actuaciones de carácter disciplinario. Sin embargo, en el caso resuelto por la sentencia, la empresa pretendía realizar dicha prueba en período de vacaciones y al negarse el trabajador procedió la empresa a no firmar el contrato temporal tal y como estaba previsto. Por ello, entiende la sentencia que la actuación empresarial es nula, al tratarse de una represalia empresarial por su negativa a someterse a la PCR.

Por su parte, la STSJ Asturias de 18 de julio de 2022¹⁵, se pronuncia sobre la obligatoriedad de realizar una prueba PCR exigida por la empresa a una trabajadora que se niega a someterse a dicha prueba por razones ideológicas. Señala la Sala que «la actuación empresarial es adecuada a derecho porque se superan los tres juicios de constitucionalidad que exige la doctrina vigente. La realización de la prueba PCR era necesaria en la medida en que tenía como objeto conocer si la demandante, que se reincorporaba de su periodo de vacaciones, estaba o no contaminada por el Covid, dato este necesario saber para decidir si podía o no entrar en contacto con las personas mayores residentes en su centro de trabajo y con el resto de sus compañeros en un momento de actividad importante de la pandemia; era idónea en la medida en que estaba mayoritariamente aceptada, científica y socialmente, como la prueba adecuada para lograr ese objetivo, sin que existiera otra con igual eficacia que fuera de general conocimiento; y era proporcional en tanto que se trataba de una prueba a la que ya se había sometido la demandante sin ninguna consecuencia negativa para ella, y que podía ayudar a preservar la salud del resto de las personas con las que iba a entrar en contacto la demandante, por lo que la pretendida protección contra esa prueba –que la demanda interpreta como vulneración de la integridad física– era mucho menos relevante que la protección de la salud de residentes y plantilla, que era el bien jurídico que debía prevalecer». La PCR es la prueba indicada por las autoridades sanitarias y la trabajadora era quien debería haber aportado las pruebas suficientes de las que derivar que dicha prueba no era segura, era poco fiable y podía causarle algún daño.

¹⁵ Rec. núm. 7337/2021, JUR 2022/297426.

El empresario solo conocerá si del resultado del reconocimiento o prueba se deduce el carácter de apto o no apto del trabajador. En el caso de que se detectase que el trabajador padece la enfermedad COVID-19, estaremos ante una razón que puede impedir su incorporación inmediata al puesto de trabajo según los protocolos de actuación en cada momento existentes, pero no para impedir su contratación. En caso de que esta fuera la razón por la que no se contrata al trabajador, estaríamos, a mi juicio, ante un supuesto de discriminación por razón de enfermedad.

Otra cuestión distinta que también se ha planteado es la relativa a los test de anticuerpos o pruebas dirigidas a detectar la existencia de anticuerpos de la COVID-19 y, por tanto, a determinar si la persona ha estado infectada.

En efecto, la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 ha puesto de manifiesto ciertas prácticas en el ámbito de la contratación laboral que consisten en solicitar a los candidatos a un puesto de trabajo información de si han pasado la COVID-19 y desarrollado anticuerpos como requisito para acceder al puesto de trabajo ofertado. La Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado un comunicado en el que advierte que estas prácticas constituyen una vulneración de la normativa de protección de datos aplicable. Así, afirma que «La información de haber padecido el coronavirus y desarrollado anticuerpos de esta enfermedad es un dato personal relativo a la salud, que el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) califica de categoría especial en su artículo 9, por lo que su recogida y utilización por la posible empresa empleadora está sujeta a la normativa de protección de datos, fundamentalmente el citado RGPD y la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD), que resultan plenamente aplicables.

El RGPD requiere para el tratamiento de datos personales la existencia en todo caso de una base jurídica de las previstas en su artículo 6.1, y cuando se traten categorías especiales de datos personales, como son los datos relativos a la salud, es necesaria también la concurrencia de una de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD que permiten levantar la prohibición de su tratamiento.

Entre las bases jurídicas que en principio podrían fundamentar dicho tratamiento por la empresa empleadora estarían el consentimiento del interesado, conforme al artículo 6.1.a) del RGPD, o la prevista en su artículo 6.1.b), relativa al tratamiento necesario para la ejecución de un contrato en el que la persona candidata es parte o para la aplicación a petición de esta de medidas precontractuales. Sin embargo, ni una ni otra base serían aplicables en el presente caso».

En efecto, en estos casos el consentimiento no puede entenderse libremente prestado pues en el contexto del empleo se produce un desequilibrio de poder y es muy difícil que la persona candidata pueda negar a la empresa el consentimiento para el tratamiento de datos sin experimentar el temor o el riesgo real a que su negativa produzca efectos perjudiciales.

Por lo tanto, el exigir la realización de un test de anticuerpos antes de la contratación vulnera el derecho a la protección de datos, pero también sería una causa de discriminación por razón de estado serológico que podría ser alegada por los trabajadores que no tienen anticuerpos frente a la enfermedad. La solicitud de información sobre la inmunidad a la COVID-19, como requisito para acceder a un puesto de trabajo, daría lugar a una diferencia de trato que no obedece a una justificación objetiva y razonable. La información sobre una posible inmunidad frente a la enfermedad no contribuye significativamente a la protección del resto del personal o de la propia persona.

Por último, conviene recordar que ni la empresa puede indagar sobre la salud de los trabajadores en el momento de la contratación, ni como sostiene la doctrina judicial, existe un deber por parte de los trabajadores de informar sobre sus condiciones de salud en el momento de la contratación. En este sentido, señala la STSJ Castilla y León de 21 de marzo de 2005¹⁶, es cierto que «la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su artículo 2 2.5 que los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria, pero como también dijimos los destinatarios de dicha información son los centros y servicios sanitarios y no los empleadores. Dado que en este caso no se realizó actividad alguna de vigilancia de la salud en el momento de la contratación, lo que resulta de los hechos probados con meridiana claridad es que lo que se imputa al trabajador es no haber informado al empresario contratante sobre su estado de salud. Pero, como ya hemos dicho, tales informaciones no son obligadas, puesto que forman parte del ámbito de la intimidad de la persona. El empresario puede subordinar la contratación del trabajador a un previo examen sanitario que demuestre la aptitud para el trabajo de este, e incluso tiene la obligación de hacerlo en algunos casos, pero dicho examen ha de ser llevado a cabo por los servicios de prevención regulados por el Real Decreto 39/1997 y la obligación de información del trabajador contenida en el artículo 2.2.5 de

¹⁶ Rec. núm. 372-2005, RJ 2005/442.

la Ley 41/2002 se refiere a esos servicios y sus profesionales sanitarios, pero en ningún caso al empresario, a quien ni siquiera esos servicios y profesionales pueden informar de sus hallazgos más allá de lo que es preciso en relación con la aptitud del trabajador para las tareas que ha de desempeñar y sus limitaciones. Si el empresario no dispone que se lleven a cabo dichos reconocimientos médicos por servicios y personal autorizados, no puede exigir del trabajador que le proporcione informaciones sobre su estado de salud que no podría obtener ni siquiera de esos servicios sanitarios. Cuando, como ha ocurrido en el caso de autos, se despidió posteriormente al trabajador por no proporcionar a la empresa tal información, se le está sancionando por el ejercicio de un derecho fundamental, puesto que, como hemos dicho, el objeto de la información cuya omisión se le imputa forma parte de la intimidad del trabajador. Esto solo basta para declarar la nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE».

3. OFERTAS DE EMPLEO

Como ha señalado la doctrina, «la libertad empresarial de contratar a las personas que prefiera, es grande, pero no puede amparar la discriminación. Salvo que concurriese una justificación objetiva y razonable (por ejemplo, si se ofreciera la contratación en prácticas o para la formación), la exclusión de colectivos sociales en función de las referidas circunstancias contraviene uno de los límites que a aquella se han establecido»¹⁷. En consecuencia, «la mera preferencia empresarial por contratar personas de determinadas características no es lícita si estas refieren a la lista de aquellas que no pueden amparar trato diverso».

En este sentido, el artículo 15.5 LISOS señala que constituye infracción grave: «La publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente». El artículo 16.1.c) en el momento de publicación de la Ley 15/2022 consideraba infracción muy grave: «Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, inclui-

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Ofertas de empleo discriminatorias», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 721, 2007.

do el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado». La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha modificado el art. 16.1 c) LISOS en el sentido de incorporar nuevos supuestos de discriminación para el acceso al empleo. Entre esos supuestos, y por lo que a este estudio interesa, se ha incorporado como causa de discriminación la salud.

Se castigan, por tanto, los comportamientos discriminatorios del empresario no en el seno de la relación laboral sino antes, con ocasión de las demandas que realiza al mercado de trabajo en busca de empleados.

La Ley 15/2022 no modificó el texto de la LISOS y, por tanto, no incluyó la enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética entre las causas de discriminación para el acceso al empleo. En efecto, la Ley 15/2022 dedica su Título IV a las infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación. Sin embargo, en el art. 46.2 señala que, “en el orden social, el régimen aplicable será el regulado por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”, y no introduce modificación alguna en dicha norma. Por lo tanto, hasta la modificación de la LISOS por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, en el supuesto de que nos encontráramos ante una discriminación por razón de enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética, en una demanda de trabajo que el empresario realiza por medio de un periódico o cualquier otro medio de difusión, al no figurar en el precepto que tipifica las conductas discriminatorias antes de iniciada la relación de trabajo, la consistente en las causas de discriminación señaladas, la conducta del empresario era atípica y, en consecuencia, no podía ser sancionada administrativamente. Así, lo entendió, por ejemplo, la STSJ, sala de lo contencioso-administrativo, Madrid de 23 de enero de 2004 en un supuesto de discriminación por razón de edad al no estar esta causa de discriminación recogida en el art. 28.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones del orden social, vigente al tiempo de levantarse el acta de infracción.

En contra de esta postura se manifestó algún sector doctrinal¹⁸ para quien una interpretación integradora de ambas normas, es decir, de la Ley 15/2022 y la LISOS, debe llevar a incluir los supuestos recogidos en el artículo 2 en el ámbito de protección de la norma sancionadora. Sin embargo, a mi juicio, la ampliación de causas de discriminación debería haber tenido un reflejo en la

¹⁸ (2) Examen de la Ley de igualdad de trato y no discriminación, con especial atención al contenido laboral | Eduardo Rojo – Academia.edu.

LISOS dados los límites que, como hemos señalado, impone el principio de tipicidad al derecho sancionador¹⁹.

El derecho a la legalidad sancionadora, conforme a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, comprende una doble garantía: «[l]a primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora» (por todas, STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2). La garantía material es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4, y 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4)».

Por lo tanto, al no incluirse en el momento en que fue aprobada la Ley 15/2022, la enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética como causas de discriminación en las infracciones tipificadas en los arts. 15.5 y 16.1 c) LISOS no podían ser objeto de sanción administrativa las ofertas de empleo que incurrieran en alguna de dichas causas.

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha incluido la salud como causa de discriminación en el art. 16.1 c) LISOS. De este modo, a partir de su entrada en vigor, podemos entender, a mi juicio, que el término discriminación por motivos de salud trata de englobar los supuestos de discriminación por razón de enfermedad, condición de salud, estado serológico y predisposición genética a sufrir patologías o trastornos. De esta manera, desde el día 2 de marzo de 2023, fecha de entrada en vigor de la Ley de Empleo, los comportamientos discriminatorios del empresario por los motivos de salud señalados constituirán una infracción muy grave y podrán ser sancionados de acuerdo con lo dispuesto en dicha norma.

¹⁹ En este mismo sentido, ver, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque», *La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: Una regulación necesaria con un problema grave de enfoque* – Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (aedtss.com).

Por lo que se refiere a las ofertas de empleo que exigen requisitos a los candidatos que pueden entenderse discriminatorios por motivos de enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética, merece una especial atención la situación generada tras la aparición de la pandemia por COVID-19. Así, ha sido frecuente encontrar ofertas de empleo en las que se exige como requisito a los candidatos tener anticuerpos o no padecer hipertensión, diabetes, obesidad u otras condiciones de salud que aumentan el riesgo de muerte si se contrae COVID-19. Estas ofertas de empleo, a mi juicio, serían discriminatorias bien por razón de condición de salud o bien por razón de estado serológico.

También se ha planteado el problema de si es posible exigir al trabajador o aspirante al empleo la vacunación, es decir, si la exigencia de un certificado o documento que acredite haber sido vacunado, constituye una medida lícita a imponer en un proceso de selección.

En primer lugar, como ha señalado la doctrina, hemos de tener en cuenta que se trata de una medida «restrictiva de derechos, que en el caso de aplicarse como requisito para el acceso al empleo, limitaría el propio derecho al trabajo reconocido en nuestra Constitución artículo 35, pero, a su vez generaría una conducta contraria al artículo 14 CE que reconoce el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación»²⁰. Estaríamos ante una conducta contraria a lo que la Ley 15/2022 denomina discriminación por estado serológico.

De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Por lo tanto, el canon de control de constitucio-

²⁰ PÉREZ GUERRERO, M. L.: «La discriminación por razones sanitarias: el impacto del COVID-19 en las relaciones laborales», *op. cit.*

nalidad de la medida consistente en la exigencia de vacunación frente al COVID-19 para acceder a un puesto de trabajo exige un juicio de proporcionalidad entre los distintos derechos e intereses en presencia que, partiendo de la finalidad legítima de la medida, permita valorar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La exigencia de vacunación frente al COVID-19 puede entenderse una medida razonable en determinados puestos de trabajo en los que existe un contacto estrecho con personas especialmente vulnerables a la enfermedad provocada por el virus COVID-19²¹. Sin embargo, las dudas se plantean desde el punto de vista de la idoneidad de la medida. Podemos entender que la medida no es idónea para la finalidad pretendida, que no es otra que evitar el contagio de las personas vacunadas y, por tanto, de las personas con las que entran en contacto, pues se ha demostrado que una persona vacunada contra la enfermedad puede contraerla igualmente y, por tanto, contagiar a otras, aunque no sufrirá los efectos tan graves de la enfermedad. Pero también es cierto que la vacuna se ha convertido en el medio más eficaz para frenar la propagación del virus. En determinados ámbitos la vacunación obligatoria parece una medida idónea y necesaria para alcanzar el objetivo de protección de la salud.

Ahora bien, es cierto que la normativa de salud pública no contempla de forma expresa la vacunación obligatoria y sería necesaria una norma expresa en este sentido. Por ello, como ha señalado la doctrina, resulta ciertamente difícil defender la posibilidad de que el empresario obligue a la vacunación, cuando el propio legislador no ha querido abrir esta posibilidad mediante una regulación expresa amparada en la necesidad de proteger la salud pública²². Es a la autoridad sanitaria y no al empresario a quien corresponde decidir la obligatoriedad o no de la vacuna frente al Covid.

Por lo tanto, no puede obligarse a los trabajadores a vacunarse frente al virus COVID-19, de manera que la exigencia de este requisito para que una persona pueda ser contratada, o para mantenerse en el empleo, sería discriminatorio.

No estamos en este caso ante el mismo supuesto resuelto por algunos Tribunales Superiores de Justicia acerca de la exigencia de presentar el denominado «Pasaporte Covid», es decir, de presentar determinada documentación (certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa (PDIA) o test de antígenos, y certificado de haberse

²¹ Ver, MARÍN MORAL, I.: «La vacunación de las personas trabajadoras a propósito del COVID-19», *REDT*, núm. 244, 2021.

²² CRUZ VILLALÓN, J.: «Despido por negativa a vacunarse», enero 2021, Blog de Jesús Cruz Villalón: enero 2021 (jesuscruzvillalon.blogspot.com).

recuperado de la enfermedad), para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno. Sobre esta cuestión la postura del Tribunal Supremo ha evolucionado. En un primer momento, la Sala de Vacaciones del Tribunal Supremo dictó sentencia el 18 de agosto de 2021, confirmando el Auto del TSJ de Andalucía que había denegado la ratificación judicial de la medida recogida en la Orden de la Junta de Andalucía, por la que se pretendía limitar el acceso al interior de los establecimientos de ocio con música a aquellas personas en posesión del certificado Covid digital de la UE (Pasaporte Covid) en vigor o acreditación de PDIA (test antígeno o PCR negativa). El Tribunal Supremo tachó esta medida de desproporcionada, carente de idoneidad y necesidad, pues existen otros medios adecuados y menos invasivos para controlar la pandemia, que exhibir en la entrada de un local de ocio un certificado acreditativo de haber recibido la vacunación completa o prueba expresiva de no tener la enfermedad. Sin embargo, poco después, el Tribunal Supremo –en esta ocasión su Sala Tercera– convalidó mediante sentencia de 14 de septiembre de 2021, una exigencia prácticamente idéntica impuesta por la Xunta de Galicia, al exigir la exhibición del Pasaporte Covid como salvoconducto necesario para poder acceder a los establecimientos de ocio de dicha comunidad, entendiendo que la medida queda justificada respecto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad y que, en cualquier caso, las personas «pueden emplear su ocio de muy diversa forma», pudiendo no acudir a dichos locales o pudiendo quedarse en la terraza, si desean no vacunarse (o simplemente, no exhibir información médica a las puertas de un local de ocio). Para el Tribunal Supremo esta medida resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir.

A partir de la STS de 14 de septiembre de 2021, se han sucedido otras resoluciones de distintos Tribunales Superiores de Justicia. Así, por ejemplo, la STSJ de Navarra de 19 de abril de 2022²³ concluye que queda justificada la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida y señala que «No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida

²³ Procedim. núm. 6-2022, RJCA 2022/295.

y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales».

En estos casos la clave radica en la voluntariedad de acudir o no a los locales de ocio, voluntariedad que no rige en la relación laboral.

4. LA ENTREVISTA DE TRABAJO

Una vez que la búsqueda o el reclutamiento de los candidatos se ha realizado por la empresa –los sistemas de búsqueda más utilizados son el anuncio en prensa, los foros de empleo, la presentación en centros de formación y, cada vez con más difusión, el anuncio en internet– esta escogerá entre los diversos candidatos, aquel o aquellos que considere más idóneos para desempeñar el puesto vacante. Las técnicas de selección que pueden ser utilizadas por las empresas para la elección del candidato idóneo son muy variadas. Y de entre ellas destaca la entrevista.

La utilización de la entrevista como técnica de selección puede, en ocasiones, violar el derecho a la intimidad del entrevistado. En efecto, «la conversación practicada en la entrevista puede derivar hacia temas distintos, que aun conexos a la información principal de interés por el empleador, invadan lo que consideramos por esfera privada de la persona»²⁴. Así, es posible que en la entrevista se realicen preguntas relacionadas con la situación personal del candidato como, por ejemplo, cuál es su estado civil, si tiene proyectado casarse o tener hijos o si padece alguna enfermedad. El objetivo de esas preguntas es conocer distintos aspectos de la vida del candidato en cuanto que puedan tener relevancia sobre su situación profesional. Sin embargo, como se ha señalado por la doctrina, «deben considerarse ilegítimas todas las averiguaciones sobre el comportamiento del trabajador, así como las intrusiones en la esfera personal y familiar carente de relación inmediata y directa con el trabajo»²⁵. Lo correcto sería que la entrevista se centrara en averiguar lo que el candidato ha hecho y ha aprendido en relación con su perfil profesional

²⁴ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES. Madrid, 1998, p. 111.

²⁵ GOÑI SEÍN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Edit. Civitas. Madrid, 1988, p. 49.

para determinar así si cumple con los requisitos exigidos para cubrir el puesto de trabajo vacante; es decir, las preguntas deberían centrarse en averiguar la capacidad profesional en relación con la tarea que el aspirante debe desarrollar de resultar seleccionado.

Sin embargo, en la práctica, es posible que las preguntas formuladas por los entrevistadores invadan directamente el ámbito íntimo de la persona y que el candidato se vea obligado a responder si no quiere perder toda posibilidad de acceder al empleo. Pues bien, como ya hemos señalado, el artículo 9.5 de la Ley 15/2022 prevé expresamente que «el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto». Esta expresa prohibición pone de manifiesto la preocupación del legislador por las cuestiones de salud. Llama la atención que la ley haga alusión solo a este tipo de preguntas, cuando en realidad están prohibidas todas aquellas preguntas que afecten a la intimidad de los trabajadores aunque sobre ellas nada dice expresamente la ley. Lo que late en el fondo de esta prohibición es que en algunos ámbitos el algoritmo de las máquinas o la mente humana trata de prescindir de aquellas personas que tienen una salud problemática. Se trata de este modo de hacer más visible la protección del ordenamiento jurídico hacia estas personas.

Ahora bien, a pesar de esta prohibición, ¿qué sucede si el empresario pregunta al trabajador sobre su estado de salud? Como ya hemos señalado, es difícil que el trabajador se niegue a contestar ante el temor de no ser seleccionado. Por eso, ante este tipo de preguntas se plantea la duda sobre si el entrevistado puede legítimamente falsear u omitir los datos solicitados.

La doctrina considera ajustado a derecho dar una respuesta inexacta a aquellas preguntas que suponen una injerencia en la vida privada que comporta un atentado contra la libertad de la persona²⁶. Sin embargo, algunos convenios colectivos declaran nulos los contratos de trabajo en los que el trabajador haya incluido datos falsos; ahora bien, tal falsedad u ocultación se entiende referida a datos esenciales para la celebración del contrato o a alteraciones maliciosas por parte del trabajador, por lo que quedan excluidas, a mi juicio, las omisiones o falsedades de datos ante preguntas incorrectas o contrarias a la intimidad del trabajador²⁷.

²⁶ GOÑI SEÍN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...* op. cit., pp. 90 y 91. Como señala MONTÓYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 2001, p. 65, la inducción a contratar recurriendo a falsedades u ocultaciones constituirá un vicio en el consentimiento contractual, «salvo casos extremos en que la mentira sea la única forma de preservar la esfera privada del trabajador u otro derecho fundamental en peligro».

²⁷ Ver, entre otros, IX Convenio Colectivo de la empresa «Ediciones Zeta, SA» (BOE de 27 de septiembre de 2002), que en su artículo 8.2 señala que «toda falsedad o alteración maliciosa (en los datos aportados) producirá la anulación del contrato de trabajo»; o el artículo 16 del Convenio Colectivo de la

En principio, nada impide al candidato presentar la demanda correspondiente en reclamación de daños y perjuicios si entiende que el empresario ha vulnerado su derecho a la intimidad; pero la dificultad probatoria, especialmente en las entrevistas individuales –donde la sola presencia del empresario y del trabajador entrevistado impide la reconstrucción de la conversación si se quiere utilizar esta como medio de prueba para demostrar la injerencia en la vida privada del candidato–, impide que dichas reclamaciones lleguen a buen fin.

No obstante, podemos encontrar algunos casos en la doctrina judicial. En este sentido, destaca la STSJ de Islas Canarias de 7 de abril de 2014²⁸ que declara que el hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, supone una conducta discriminatoria, «puesto que la trabajadora se ha visto obligada revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado». En los autos quedó acreditado que el día 26 de mayo de 2009, en el curso de una entrevista de trabajo que la empresa «Aena Aeropuertos, SA» celebró en sus instalaciones del Aeropuerto Tenerife Norte para nuevas contrataciones de Titulados, los entrevistadores preguntaron a la aspirante demandante, casada y madre de dos niñas menores, que se desplazó desde Valladolid a Tenerife para participar en el proceso de selección, por su situación personal (marido, hijos) y le hicieron presente las dificultades que tendría para encontrar colegio para sus hijas y para que su marido consiguiera trabajo en la isla y le advirtieron que no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad, teniendo que confesar la aspirante que se había ligado las trompas y que no podía tener más hijos. Concluida la entrevista, fue seleccionada para cubrir el puesto la otra candidata finalista que concurría con la demandante, que a las mismas preguntas respondió que no tenía pareja ni hijos. Tales hechos, señala la sentencia, vulneran flagrantemente el artículo 14 CE.

empresa Kaefer Aislamientos, SA (BOE de 13 de agosto de 2002), según el cual «la falsedad de los datos que aporte el trabajador, o la ocultación de alguno de ellos, esenciales para la celebración del contrato de trabajo, así como la omisión deliberada de los mismos, dará lugar a la nulidad del contrato de trabajo. Todo ello demostrado fehacientemente».

²⁸ Rec. núm. 923-2012, AS 2014/2179.

V. CONCLUSIONES

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2022 se ha hablado mucho de los efectos que tiene la introducción de la enfermedad o condición de salud como causas de discriminación en su artículo 2. Aunque sus efectos no quedan claros, son muchos los comentarios que viene entendiendo que esta inclusión supone que el despido, estando el trabajador en situación de incapacidad temporal, jugará como indicio suficiente de discriminación, de tal modo que si el empresario no es capaz de probar una causa suficiente y razonable que justifique la procedencia del despido, el mismo será calificado judicialmente como nulo.

Sin embargo, a mi juicio, la introducción de la enfermedad como causa de discriminación no supone un cambio con respecto a la situación anterior pues, como ya hemos señalado, la doctrina constitucional ha reconocido que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir factores de discriminación análogos a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, encuadrables en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Según la jurisprudencia constitucional puede llegar a vulnerarse la prohibición de discriminación «cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato» (STC 62/2008, de 26 de mayo).

Hasta aquí todas las posiciones doctrinales coinciden, pues el concepto de discriminación implica una situación de exclusión social. Las dudas interpretativas se plantean, sin embargo, a la hora de determinar si el despido de un

trabajador en incapacidad temporal y, por tanto, enfermo, debe entenderse como una situación de exclusión social con un efecto claramente estigmatizante. Para el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional el despido de un trabajador enfermo solo será discriminatorio cuando la enfermedad sea elemento de segregación y no un mero factor que hace inconveniente la relación laboral para la empresa. Para parte de la doctrina judicial y de la doctrina laboralista, el despido del trabajador enfermo es una causa de estigmatización. Si hay justificación de las ausencias y está en peligro el estado de salud «el despido por esa causa segrega, disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado solo en la existencia misma de la enfermedad»¹.

Pues bien, a mi juicio, la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación no resuelve estas dudas interpretativas.

Para la doctrina constitucional, «la enfermedad [...] desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el contrato de trabajo del trabajador no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el artículo 14 CE...». Como ha señalado Montoya Melgar², con el referido argumento del Tribunal Constitucional, «¿no podría sostenerse, por ejemplo, que despedir a una mujer por estar embarazada es discriminatorio, pero que despedirla porque su embarazo repercute negativamente en el trabajo no lo es? Evidentemente, no podría sostenerse tal cosa porque en ambos casos el despido estaría fundado en una razón típicamente discriminatoria como es el sexo». En este sentido, la STC 17/2007, de 12 de febrero, consideró lesionado el derecho a la no discriminación por razón de sexo de una trabajadora embarazada cuyo contrato de trabajo fue extinguido por falta de superación del periodo de prueba debido a la disminución de su rendimiento profesional, al entender el Tribunal que la trabajadora aportó indicios suficientes, que no fueron destruidos por la empresa, de que la decisión empresarial tuvo por causa sus sucesivas bajas en el trabajo ocasionadas por sus embarazos y posteriores abortos. En este caso, aunque sin duda las continuas bajas repercutieron negativamente en el trabajo, el Tribunal Constitucional considera que el cese obedece a la aparición de riesgos inherentes a tal estado y, por lo tanto, debe calificarse como fundado esencialmente en el embarazo. Tal despido solo puede afectar a las mujeres y supone una discriminación directa por razón de sexo.

¹ Voto particular formulado por los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Cándido Conde-Pumpido a la STC 118/2019, de 16 de octubre.

² MONTAYA MELGAR, A.: «¿Es discriminatorio el despido de un trabajador enfermo?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 143, 2009.

Sin embargo, ¿por qué no utiliza este mismo criterio el Tribunal Constitucional cuando las bajas laborales del trabajador no tienen su origen en el embarazo sino en una enfermedad común o en un accidente? ¿Se debe al hecho de que la enfermedad no aparezca recogida como una causa típica de discriminación en el artículo 14 CE? A mi juicio, no es ese el motivo, sino que la enfermedad es una «contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas», faltando por tanto en ella los móviles específicos de la conducta discriminatoria. El derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, por lo que la enfermedad «en sentido genérico», «desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo», no puede ser considerada en principio como un motivo o «factor discriminatorio» en el ámbito del contrato de trabajo (STS de 29 de enero de 2001)³.

No hay que olvidar que «la discriminación se vincula con la existencia de hechos diferenciales inherentes a la condición de persona (sexo, orientación o condición sexual, raza, discapacidad física, psíquica o sensorial), que ponen en peligro el respeto a la dignidad humana y ello porque esta no se atribuye a la especie humana, sino a cada uno de los seres humanos. Se trata de tratamientos diferenciales basados en rasgos que tienen una base esencialmente biológica y, por tanto, situaciones inseparables de la condición de persona»⁴. Ahora bien, no toda diferenciación basada en un hecho biológico puede ser considerada discriminatoria y la enfermedad es un buen ejemplo. La enfermedad en sentido genérico no es causa de discriminación sino que lo serán determinados tipos de enfermedades que actúan como elemento de segregación social. La diferenciación debe suponer mantener a un determinado grupo discriminado a distancia reservándole un espacio socialmente odioso. La diferencia de trato debe poder atribuirse a una «generalización», es decir, a la adscripción de una persona a una categoría social, aplicándosele el conjunto de expectativas, estereotipos y preconcepciones socialmente asignados a un determinado grupo de personas. Y esto sí que sucede con las personas con discapacidad pero no con

³ RJ 2001/2069.

⁴ GARCÍA PERROTE, I., y MERCADER UGUINA, J.: «Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad», *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017. En este sentido afirma la STSJ Cataluña de 30 de enero de 2023 (Recurso de Suplicación: 6219/2022; núm. 469/2023): «Reiteramos que no es lo mismo el concepto de desigualdad y el de discriminación y que la prohibición de discriminación está destinada a preservar las condiciones de igualdad respecto a personas físicas pertenecientes a grupos identificables y cohesionados con una historia de discriminación por razón de una circunstancia personal o social de una u otra forma estrechamente ligada a su integridad y dignidad como ser humano».

las personas enfermas con carácter general e independientemente del tipo de enfermedad que padezcan.

No hay duda de que, actualmente, el despido de un trabajador por el mero hecho de estar enfermo no es una justa causa de despido. En este sentido, el rechazo que socialmente generaba el hecho de que el ET reconociera la posibilidad de despedir a un trabajador por ausencias por bajas médicas de corta duración ha llevado al legislador a suprimir esta causa de despido que, por cierto, aparecía recogida en el ET desde su aprobación en 1980. Pero no debemos olvidar que el TJUE y el TC avalaron esta medida. En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018, (asunto C-270/16, Ruiz Conejero), el Tribunal de Justicia afirma que «combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2.b), inciso i), de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo» (§ 44). Corresponde a los órganos jurisdiccionales verificar en el caso concreto que la medida legislativa aplicada no va más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad legítima (§§ 45 a 57). Entre los aspectos relevantes que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta para efectuar esa verificación destacan, según la misma sentencia, «en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral» (§ 47). Considera el TJUE que es razonable que el legislador permita despedir a trabajadores que distorsionan la actividad productiva pero esa finalidad no legitima cualquier decisión. En el caso del Sr. Ruíz Conejero la duda es si el trabajador puede ser considerado en situación de discapacidad en el sentido comunitario y, por tanto, las ausencias se deben a esa discapacidad, en cuyo caso, estaríamos en el terreno del despido nulo.

Por su parte, la STC 118/2019, de 16 de octubre, desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación con el artículo 52.d) ET, por posible vulneración de los artículos 15, 35.1 y 43.1 CE. Considera el Tribunal Constitucional «que el artículo 52.d) LET no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptarse por el empresario, abonando la indemnización correspondiente. La decisión de despedir a los trabajadores por superar un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado período de tiempo, conforme a lo previsto en el precepto cuestionado, no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador, lo que permite descartar que el artículo 52.d) LET pueda reputarse contrario al artículo 15 CE». Asimismo, afirma que no se

vulnera el artículo 43 CE. «En ningún momento incide el artículo 52.d) LET en el régimen de acceso y en el contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores, que se prestará en todo momento a través de los servicios sanitarios del sistema nacional de salud que correspondan, tanto si le ha sido expedido al trabajador el parte médico de baja como si no, pero precisa atención sanitaria». Y tampoco el artículo 35.1 CE, «pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima –evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo–, que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). Se han ponderado los derechos e intereses en conflicto, especialmente a través de las señaladas excepciones a la cláusula general que permite la extinción del contrato de trabajo por absentismo, así como mediante el establecimiento de la correspondiente indemnización al trabajador en caso de que el empresario opte por la decisión extintiva, que en todo caso puede ser impugnada ante la jurisdicción social. A esta corresponde controlar que la decisión empresarial se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo 52.d) LET y que la aplicación del precepto en el caso concreto no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo, cuando alcancen la duración establecida por la norma». No se alegó en ningún caso, al cuestionar el derogado artículo 52.d) ET, discriminación por razón de enfermedad, lo que resulta ciertamente significativo. En este sentido, hay que recordar que el Tribunal Supremo ha llegado invariablemente a la conclusión de que en aquellos supuestos en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el artículo 52.d) ET («faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes», que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo⁵.

Este mismo rechazo social que ha derivado en la supresión de esta causa de despido⁶ es lo que está llevando a forzar el concepto de discriminación para incluir en él el despido de los trabajadores en situación de baja por incapacidad temporal y declarar de este modo su nulidad. Se trata de un despido con una motivación claramente ilícita que se intenta encajar, en cualquier caso, e inde-

⁵ STS de 29 de noviembre de 2017, rec. núm. 1326-2015, RJ 2017/6109.

⁶ Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

pendientemente de la enfermedad, de su duración o de cualquier otra circunstancia relevante, en la infracción de un derecho constitucional.

Sin embargo, tratar de incluir en el concepto de discriminación por enfermedad introducido por la Ley 15/2022 cualquier despido en situación de incapacidad temporal creo que no responde al concepto de discriminación por enfermedad y, además, desborda la intención del legislador que si hubiera querido declarar nulos, en todo caso, estos despidos habría procedido a reformar el ET y la LRJS y a establecer una regulación semejante a la existente hasta el año 1994, que preveía la nulidad del despido de un trabajador que tuviera suspendido su contrato de trabajo.

Con respecto al resto de causas de discriminación introducidas por la Ley 15/2022 relacionadas con la salud, deberán, lógicamente, concurrir los mismos elementos que caracterizan a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es decir, la naturaleza particularmente odiosa de dichos criterios de diferenciación, que los conviertan en elemento de segregación o exclusión.

De dichos factores relacionados con la salud es la predisposición genética a sufrir patologías o trastornos la que constituye una novedad frente a la situación anterior, pues la condición de salud y el estado serológico son causas que podrían ser incluidas en el concepto de enfermedad.

Los problemas que se plantearán en estos casos están relacionados con la aportación de indicios de discriminación en relación con un estado de salud que el empresario no conoce pues, como hemos señalado, el empresario tiene prohibido indagar en la salud de los trabajadores. Por lo tanto, serán causas de discriminación que difícilmente podrán ser alegadas en materia de extinción del contrato de trabajo, pues no es posible trasladar aquí la doctrina sobre la nulidad objetiva en caso de embarazo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ MARAGALL, J.: «La nueva Ley 15/2022, integral para la Igualdad y no Discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía», *Jurisdicción Social*, núm. 235, 2022.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque», *La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque – Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (aedtss.com)*.
- «La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *Temas Laborales*, núm. 165, 2022.
- APARISI MIRALLES, A.: «Notas sobre el concepto de discriminación», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*.
- «Igualdad y discriminación genética», *Anuario de Filosofía del Derecho XIII* (1996).
- AZAGRA SOLANO, M.: «Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2011.
- BAILE AYENSA, J. I., y HERRERO LÓPEZ, J. M.: «Discriminación por obesidad en el ámbito laboral», *Trabajo y Derecho*, núm. 74, 2021.
- BELTRÁN HEREDIA, I.: A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal? – Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com).
- BLASCO JOVER, C.: «El despido del trabajador cero positivo o enfermo de SIDA», en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006.
- CÁMARA BOTÍA, A.: «De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2007.
- «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *RMTAS*, núm. 33, 2001.

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

- CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Despido por negativa a vacunarse», enero 2021, Blog de Jesús Cruz Villalón: enero 2021 (jesuscruzvillalon.blogspot.com).
- DESDENTADO DAROCA, E.: «El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas», *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2017.
- DUEÑA HERRERO, L.: «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 1-12-2016», *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, núm. 5, 2017.
- FERIA BASILIO, I. R.: «Antesala al tratamiento jurídico de la enfermedad como elemento diferenciador: la discriminación por causa genética», *Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 3, núm. 1, 2015.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B.: «La salud del trabajador como causa de discriminación», *REDT*, núm. 162, 2014.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Igualdad en el empleo y la ocupación», *Temas Laborales*, núm. 91, 2007.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: «Análisis de la discriminación por enfermedad en el ámbito laboral. Especial referencia al caso del SIDA», en *Historia clínica y protección de datos laborales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores de VIH*, directores Garriga Domínguez, A., y Álvarez González, S. Ed. Dykinson, 2011.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Libertad empresarial de organización y exigencias del principio de igualdad», *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993.
- GARCÍA PERROTE, I., y MERCADER UGUINA, J.: «Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad», *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017.
- GARCÍA ROMERO, B.: «Discriminación por apariencia de discapacidad: despido tras accidente de trabajo con baja de duración incierta o duradera», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.
- GARCÍA SALAS, A. I.: «La obligación empresarial de realizar ajustes razonables: un criterio que se consolida en la tutela de los derechos fundamentales», *El Foro de Labos*, 20 de octubre de 2022.
- GIL PLANA, J.: «La STC núm. 26/2011, de 14 de marzo, relativa al derecho del progenitor a conciliar la vida laboral y el cuidado de hijos menores y la configuración de esta circunstancia personal como factor discriminatorio», en *REDT*, núm. 154, 2012.
- GIL PLANA, J.: *El despido de la trabajadora embarazada*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011.

- GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J.: «Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido», *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Extinción del contrato de trabajo y estado de salud del trabajador», en *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- GOÑI SEÍN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Edit. Civitas. Madrid, 1988.
- «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad», *Revista Justicia y Trabajo*, núm. 1, 2022.
- LAHERA FORTEZA, J.: «Proteger la enfermedad en el trabajo», *Diario del Derecho*, Iustel, 2 de febrero de 2019.
- «Objetivo: proteger al empleado enfermo y el interés empresarial», *Diario Cinco Días*, 21 de noviembre de 2019.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «A vueltas con la calificación del despido por enfermedad», *REDT*, núm. 209, 2018.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Despido y discapacidad tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Revista de Derecho Laboral VLex*, diciembre 2022.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *REDT*, núm. 191, 2016.
- MARÍN MORAL, I.: «La vacunación de las personas trabajadoras a propósito del COVID-19», *REDT*, núm. 244, 2021.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 109.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGO LOZANO, P.: «La cosificación del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral: estudio jurídico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 C-270/16, Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad», *La Ley Unión Europea*, 57 (La Ley 2491/2018).
- MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum Editorial*, núm. 4, 2022.
- MONTOYA MEDINA, D.: «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las SSTC 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo)», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2011.

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

- MONTOYA MELGAR, A. (Director): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 23, 2000.
 - *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 2001.
 - «¿Es discriminatorio el despido de un trabajador enfermo?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 143, 2009.
- OLEART ABOGADOS: «Nota sobre la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y los despidos asociados a la salud del trabajador», 20 julio 2022, Nota sobre la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y los despidos asociados a la salud del trabajador – Oleart Abogados.
- PADRÓS REIG, C.: «Las otras discriminaciones: apariencia, edad y peso», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 37, 2022.
- PELAYO OLMEDO, J. D.: «Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación: la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: (2021) «Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)», *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 2, 2021.
- PÉREZ GUERRERO, M. L.: «La discriminación por razones sanitarias: el impacto del COVID-19 en las relaciones laborales», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 5, Universidad de Sevilla, 2022.
- PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., y REY GUANTER, S. del: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, 1993.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «No discriminación en las relaciones laborales», *AAVV Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Madrid, 1983.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Discriminación por motivos relacionados con la COVID-19 en las relaciones laborales», *Jurisdicción Social*, septiembre, 2021.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., y VALLE VILLAR, J. M. del: *Prontuario de Derecho del Trabajo*. Edit. Civitas, 6.ª ed. Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (Reflexiones en torno a la STC 26/2011)», en *REDT*, núm. 155, 2012.

- SANCHO LÓPEZ, M: «Los “big data” genéticos y sus límites legales. Especial mención a la investigación con datos genéticos y la crisis del COVID-19», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 57, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, A.: «Discriminación laboral por enfermedad», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Ofertas de empleo discriminatorias», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 721, 2007.
- SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, A.: «Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: discriminación por enfermedad», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2011.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente?», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 55, 2019.
- THIBAUT ARANDA, J.: «Comentario al art. 22 LPRL», en *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Dir. Pérez de los Cobos Orihuel, F., Ed. La Ley, Madrid, 2008.
- TORTUERO PLAZA, J. L.: «La información relativa a la salud y el derecho a la intimidad en la doctrina del TC», en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, Ed. La Ley, Madrid, 2015.
- VELASCO PORTERO, T.: «El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?», *Revista General del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.
- VICENTE PACHÉS, F. de: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES. Madrid, 1998.

VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

I. TRIBUNAL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 (Caso HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros).

41. [...], 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 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.
42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, 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 (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57).
43. La circunstancia de que la persona de que se trate solo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de «discapacidad». Contrariamente a lo que alegan DAB y Pro Display, una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional.

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

44. A este respecto, procede considerar que el concepto de «discapacidad», tal como resulta del apartado 38 de la presente sentencia, debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no, como aducen DAB y Pro Display, como una imposibilidad de ejercer tal actividad. El estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de «discapacidad». Por lo demás, una interpretación como la propuesta por DAB y Pro Display sería incompatible con el objetivo de la Directiva 2000/78, que tiene como finalidad que una persona con discapacidades pueda acceder al empleo o tomar parte en él.
45. Además, la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial. A este respecto, procede señalar que la definición del concepto de «discapacidad» en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de esta.
46. Conforme al decimosexto considerando de la Directiva 2000/78, estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad. Por lo tanto, son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad. Asimismo, las medidas o los ajustes a que se refiere el vigésimo considerando de la Directiva permiten respetar la obligación que emana del artículo 5 de dicha Directiva, pero son aplicables solo a condición de que exista una discapacidad.
47. De las anteriores consideraciones se desprende que procede responder a las cuestiones primera y segunda que el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.
[...]
53. Conforme al artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU, los «ajustes razonables» son «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos

y libertades fundamentales». De ello se sigue que dicha disposición preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable».

54. Así, en lo que atañe a la Directiva 2000/78, este concepto debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.
55. Puesto que, por un lado, el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78 y el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU prevén medidas no solo materiales, sino también organizativas, y, por otro lado, el término «pauta [de tiempo]» de trabajo ha de entenderse como la cadencia o el ritmo con el que se efectúa el trabajo, no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de esta Directiva.
56. Debe señalarse asimismo que la enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo», puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo.
57. No obstante, procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo.
58. Además, es preciso señalar que, conforme al artículo 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores.
59. Por tanto, en los asuntos principales, incumbe al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores.
60. Tal como se desprende del vigésimo primer considerando, a este respecto es preciso tener en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 diciembre 2016 (Caso Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S. L. y Otros).

[...]

37. Mediante su quinta cuestión prejudicial, que procede analizar en primer lugar, el juzgado remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, conlleva, por sí solo, que la limitación de su capacidad se pueda calificar de «duradera», con arreglo al concepto de «discapacidad» mencionado en esa Directiva.
38. Con carácter preliminar, es preciso señalar que, tal como se indica en su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra las discriminaciones basadas en cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que está la discapacidad. De conformidad con su artículo 3, apartado 1, letra c), dicha Directiva se aplicará, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea, a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, en relación, en particular, con las condiciones de despido.
39. En el caso de autos, el juzgado remitente pretende que se dilucide si el estado del Sr. Daouidi, despedido mientras se hallaba en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, está comprendido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de dicha Directiva.
40. A este respecto, es preciso recordar que la Unión aprobó la Convención de la ONU sobre la discapacidad mediante la Decisión 2010/48. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de aquella, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión (véase la sentencia de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU: C:2014:159, apartado 73 y jurisprudencia citada). Por otra parte, del apéndice al anexo II de esta Decisión resulta que, en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, el trabajo y el empleo, la Directiva 2000/78 figura entre los actos de la Unión relacionados con cuestiones regidas por esta Convención.
41. De ello se sigue que dicha Convención puede ser invocada para interpretar esta Directiva, que en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con esa misma Convención (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartado 32, y de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU: C:2014:159, apartado 75).
42. Por esa razón, a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el Tribunal de Justicia ha estimado que el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 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 (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU: C:2014:159, apartado 76, y de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU: C:2014:2463, apartado 53).

43. En consecuencia, la expresión «personas con discapacidad» contenida en el artículo 5 de esta Directiva debe interpretarse en el sentido de englobar a todas las personas que tengan una discapacidad que se corresponda con la definición expuesta en el apartado anterior (sentencia de 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C-312/11, no publicada, EU: C:2013:446, apartado 57).
44. Procede añadir que dicha Directiva comprende, en particular, las discapacidades debidas a accidentes (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartado 40).
45. Por consiguiente, si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 (véase, por analogía, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartado 41).
46. En el caso de autos, de la resolución de remisión resulta que el Sr. Daouidi fue víctima de un accidente laboral y que se dislocó el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado. Procede señalar que, en principio, tal estado físico es reversible.
47. El juzgado remitente precisa que, en la fecha de la vista celebrada ante él en el litigio principal, a saber, unos seis meses después de dicho accidente laboral, el codo del Sr. Daouidi seguía enyesado y, por tanto, este no podía desarrollar su actividad profesional.
48. En estas circunstancias, consta que el Sr. Daouidi ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física. Por consiguiente, para determinar si cabe considerar al Sr. Daouidi una «persona con discapacidad» con arreglo a la Directiva 2000/78, e incluida, por tanto, en el ámbito de aplicación de esa Directiva, hay que analizar si esa limitación de su capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es «duradera» en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 42 de la presente sentencia.

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

49. La Convención de la ONU no define el concepto del carácter «a largo plazo» de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. La Directiva 2000/78 no define el concepto de «discapacidad» ni establece el de limitación «duradera» de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto.
50. Pues bien, según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, EU: C:1984:11, apartado 11, y de 16 de junio de 2016, Pebros Servizi, C-511/14, EU: C:2016:448, apartado 36).
51. Así pues, a falta de tal remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el concepto de limitación «duradera» de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de «discapacidad» al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme.
52. De ello resulta que el hecho de que se aplique al Sr. Daouidi el régimen jurídico de la incapacidad «temporal», con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera», en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.
53. Por otra parte, el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU: C:2006:456, apartado 29).
54. Por lo que respecta al concepto de carácter «duradero» de una limitación en el contexto del artículo 1 de la Directiva 2000/78 y del objetivo perseguido por esta, es necesario recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la importancia que el legislador de la Unión atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período (véase la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU: C:2006:456, apartado 45).
55. Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico.

56. Entre los indicios que permiten considerar que una limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.
57. En la comprobación del carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.
58. En caso de que el juzgado remitente llegase a la conclusión de que la limitación de la capacidad del Sr. Daouidi es «duradera», hay que recordar que un trato desfavorable por motivos de discapacidad solo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la misma Directiva (véanse las sentencias de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU: C:2006:456, apartado 48, y de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartado 71).
59. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que:
- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.
 - Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.
 - Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de febrero de 2022 (Caso XXX contra HR Rail S. A.).

[...]

25. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad» a efectos de dicha disposición implica que un trabajador, incluido el que realiza un período de prácticas tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas.

[...]

37. Para responder a la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, procede señalar que del tenor del artículo 5 de la Directiva 2000/78, en relación con los considerandos 20 y 21 de esta, se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario.
38. A este respecto, procede recordar que la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con la Convención de la ONU (sentencia de 21 de octubre de 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU: C:2021:862, apartado 59 y jurisprudencia citada). Pues bien, según el artículo 2, párrafo tercero, de la Convención de la ONU, la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.
39. Del artículo 5 de la Directiva 2000/78 resulta que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se deben realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar 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.
40. Por lo que se refiere específicamente al considerando 20 de dicha Directiva, que menciona, entre las medidas adecuadas, «medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo,

adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre», el Tribunal de Justicia ya ha declarado que este realiza una enumeración no exhaustiva de las medidas adecuadas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo, dado que el artículo 5 de la misma Directiva en relación con el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable» (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013, 122), HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartados 49 y 53).

41. En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 59 de sus conclusiones, debe entenderse que la referencia que se hace, en el considerando 20 de la Directiva 2000/78, al acondicionamiento del «lugar de trabajo» pone de relieve el carácter prioritario de tal acondicionamiento respecto de otras medidas que permiten adaptar el entorno de trabajo de la persona con discapacidad para que pueda participar de forma plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores. Estas medidas pueden incluir, por tanto, la aplicación por el empresario de medidas que permitan a esa persona conservar su empleo, como el traslado a otro puesto de trabajo.
42. Además, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la Directiva 2000/78 concreta, en el ámbito regulado por ella, el principio general de no discriminación consagrado actualmente en el artículo 21 de la Carta. Asimismo, el artículo 26 de la Carta establece que la Unión 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU: C:2018:257, apartado 47, y de 21 de octubre de 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU: C:2021:862, apartados 32 y 33).
43. Por consiguiente, procede considerar, como hace el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como «ajuste razonable» a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78.
44. Tal interpretación es conforme con dicho concepto, que debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartado 54).
45. Dicho esto, procede señalar que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una «carga excesiva»

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

para él. A este respecto, del considerando 21 de esta Directiva se desprende que, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

46. Procede recordar que, en el marco del procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, para proporcionarle una respuesta útil, el Tribunal de Justicia puede, en aras de la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, facilitarle todas las indicaciones que considere necesarias [sentencia de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013, 122), HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C: 2013:222, apartado 61 y jurisprudencia citada].
47. Puede constituir un elemento pertinente a efectos de esta apreciación la circunstancia, señalada por el órgano jurisdiccional remitente, de que, tras haber declarado al recurrente en el litigio principal no apto para el desempeño de las funciones para las que había sido contratado, fuera destinado a un puesto de operario de almacén en la misma empresa.
48. Por otra parte, debe precisarse que, en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar, como ha señalado el Abogado General en el punto 77 de sus conclusiones.
49. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad» a efectos de dicha disposición implica que un trabajador, incluido el que realiza un período de prácticas tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008 (Recurso de Amparo núm. 3912/2005).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. [...] Denuncia la demanda de amparo la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) por causa de enfermedad, así como del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), en relación con el derecho a la salud.

Sostiene el demandante de amparo que su despido, motivado por las dolencias padecidas, debe ser declarado nulo por lesionar dichos derechos fundamentales. A su juicio, frente al criterio de rentabilidad empresarial debe prevalecer la no discriminación por circunstancias personales, entre las que se halla el estado de salud del trabajador. Los órganos judiciales han concluido que la enfermedad, en el sentido genérico de una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio prohibido, y el demandante discrepa afirmando que históricamente la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente ha afectado a la humanidad, y que, por ello, permitir que la incapacidad temporal justifique la extinción del contrato de trabajo es una quiebra del Estado social y democrático de Derecho, debiendo aplicarse las garantías antidiscriminatorias reconocidas por la Constitución en detrimento de la pretendida «funcionalidad» del trabajo y del interés empresarial. Asimismo, mantiene que un despido por enfermedad transitoriamente discapacitante para el trabajo vulnera el artículo 15 CE, en tanto que el derecho a la integridad física y moral que este precepto consagra integra la protección de la salud (art. 43.1 CE), pues el recurrente tenía derecho a la recuperación de su salud sin verse perjudicado por ello con una decisión extintiva. Finalmente indica que el estado de salud no definitivamente incapacitante es, en el ámbito de la relación laboral, una cuestión estrictamente íntima, hasta el punto de que en los partes de baja emitidos por los servicios públicos de salud nunca se explicita la enfermedad justificativa de la baja ni se informa de ella al empleador, aunque este lo requiera, con base en el artículo 18.1 CE.

[...]

3. El objeto de nuestro enjuiciamiento debe centrarse, por tanto, en el análisis de la queja referida a la pretendida vulneración de la prohibición de discriminación del artículo 14 CE. En concreto, se trata de determinar si el despido del trabajador debió ser declarado nulo por discriminatorio.

Rechazando implícitamente la imputación relativa a una pretendida trasgresión de la buena fe contractual consistente en no haber informado a la empresa de la existencia de una previa enfermedad incapacitante para el trabajo, los órganos judiciales han considerado acreditado que el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma. Sentado ello, han concluido, con base en la doctrina unificada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero de 2001, luego reiterada en otras posteriores como las SSTs de 12 de julio de 2004 (rec. 4646-2002), de 23 de mayo de 2005 (rec. 2639-2004) y de 18 de diciembre de 2007 (rec. 4194-2006), que el estado de salud del trabajador no fue utilizado en el caso de autos como un factor de diferenciación discriminatorio, sino con una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo determinante de que el mantenimiento de la relación resultase excesivamente oneroso para la empresa. De esta valoración debemos partir a la hora de efectuar nuestro análisis, con base en lo dispuesto en los artículos 44.1.b) y 54 LOTC respecto de los hechos que dieron lugar al proceso ordinario y la actuación de los órganos judiciales en aspectos ajenos a eventuales violaciones de derechos o libertades fundamentales, pues, como es sabido, no está entre las misiones de este Tribunal la de revisar la valoración probatoria o alterar los hechos probados, al ser esta función exclusiva de los órganos del Poder Judicial (art. 117.3 CE), tal y como hemos recordado en numerosos pronunciamientos (recientemente, SSTC 48/2007, de 12 de marzo, F. 3, y 74/2007, de 16 de abril, F. 2).

[...]

5. Como ha señalado con reiteración este Tribunal al analizar el artículo 14 CE, dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, F. 5; 166/1988, de 26 de septiembre, F. 2; 145/1991, de 1 de julio, F. 2; 17/2003, de 30 de enero, F. 3; 161/2004, de 4 de octubre, F. 3; 182/2005, de 4 de julio, F. 4; 41/2006, de 13 de febrero, F. 6, o 3/2007, de 15 de enero, F. 2). Por ello, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, hemos venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos peyorativos en los que operan como factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe,

al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 CE (STC 39/2002, de 14 de febrero, F. 4, y las que en ella se citan).

A diferencia de los casos que habitualmente ha abordado nuestra jurisprudencia, relativos por lo común a factores de discriminación expresamente citados en el artículo 14 CE o, aun no recogidos de forma expresa, históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero), en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador; en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador. Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el artículo 14 CE una intención tipificadora cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, F. 3; 31/1984, de 7 de marzo, F. 10; y 37/2004, de 11 de marzo, F. 3).

Para ello debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el artículo 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).

Así como los motivos de discriminación citados expresamente en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya *ex Constitutione*, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la

posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido este Tribunal en el caso de los expresamente identificados en la Constitución (así, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, F. 6; 128/1987, de 26 de julio, F. 7; 229/1992, de 14 de diciembre, F. 2; 126/1997, de 3 de julio, F. 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, F. 8), sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por «la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral» (STC 197/2000, de 24 de julio, F. 5).

- 6 Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

No es este, sin embargo, el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla.

No existe en las resoluciones judiciales recurridas ninguna consideración sobre la cuestión relativa a si la enfermedad padecida por el trabajador le incapacitaba

realmente para desarrollar su trabajo en el sector de la construcción, como señala la empresa, o si carecía de ese alcance incapacitante, como argumenta el trabajador con base en lo que, según afirma, ha sido reiteradamente valorado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al declararle no incapacitado permanentemente para el trabajo en grado alguno. Las resoluciones judiciales recurridas no han analizado el alcance incapacitante de la enfermedad del trabajador, sin duda por entenderlo irrelevante para enjuiciar un despido disciplinario basado en una pretendida trasgresión de la buena fe contractual. Y tampoco resultan concluyentes a la hora de valorar dicha motivación empresarial las alegadas decisiones del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegando la incapacidad permanente, ya que la primera de ellas se dictó casi cuatro años antes, período que impide obtener conclusión alguna en relación con la evolución que pudiera haber experimentado la dolencia del trabajador, mientras que la segunda es posterior a la fecha del despido y ni siquiera constaba que hubiera adquirido firmeza en el momento de dictarse la Sentencia de instancia recurrida. Por lo demás, es de señalar que las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social son decisiones dictadas en un procedimiento distinto al de la impugnación del despido, no dirigido propiamente a la determinación de la capacidad o incapacidad del trabajador para desempeñar un puesto de trabajo, sino al reconocimiento de una prestación, y que, en consecuencia, no vinculan al mismo, además de ser, obviamente, recurribles.

Pero, en cualquier caso, la realidad del efecto incapacitante de la enfermedad sufrida por el trabajador sería una cuestión que no afectaría a la conceptualización de la decisión empresarial de extinción como discriminatoria, sino únicamente a la calificación legal de su procedencia o improcedencia, y ello en la hipótesis de que la medida se hubiera materializado a través de uno de los mecanismos previstos en la legislación laboral para atender a este tipo de circunstancias y no mediante el, en todo caso, manifiestamente improcedente recurso a un despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual. No hay, por tanto, aquí un problema de inversión de la carga probatoria en virtud de la cual, aportado por el trabajador un indicio discriminatorio, correspondiera a la empresa acreditar la existencia de una justificación objetiva y razonable de su decisión, ajena a todo móvil discriminatorio, en este caso, la efectiva situación de incapacidad del trabajador. No hay inversión de la carga de la prueba pues no hay aportación de un indicio discriminatorio, toda vez que la enfermedad desde la óptica con que ha sido analizada no constituye un factor de discriminación.

Hemos de concluir, por todo ello, que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

la realidad de la causa alegada y de que esta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria.

7. Sostiene el Ministerio Fiscal en sus alegaciones una vía de análisis del problema distinta a la planteada en la demanda. Así, admitiendo que ni la enfermedad temporal ni la incapacidad permanente pueden constituirse en factores de discriminación prohibidos por el artículo 14 CE, apunta, sin embargo, la existencia de una categoría intermedia –*un tertium genus*– caracterizado por una suerte de disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que esta, no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante. Ésta sería, a su juicio, la situación que se expone en la demanda de amparo y que se recoge como hecho probado en las resoluciones recurridas, cuando se describe el cuadro clínico sufrido por el demandante y las limitaciones orgánicas y funcionales que de él se derivan, que, sin embargo, el órgano gestor de la Seguridad Social no estima con entidad suficiente para justificar una declaración de incapacidad permanente. Y entiende que cabría identificar la existencia de un grupo social situado en una posición equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, con características personales determinadas y de las que no participa el resto de la sociedad, que, en razón de sus limitaciones, se vería progresivamente abocado a su expulsión del mercado de trabajo, sin obtener la protección de la Seguridad Social al no ser sus dolencias susceptibles de calificarse como incapacitantes, lo que permitiría afirmar la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una situación de discriminación.

Sin embargo, no es posible acoger tampoco esta vía argumental. En primer lugar, no hay constancia suficiente en los hechos probados de la existencia de esa pretendida «disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad» ni, en su caso, de cuál fuera su relevancia en orden a la decisión de despido. Si bien aparece probado que el demandante ha sufrido varios procesos de incapacidad temporal a lo largo del tiempo, no hay mención alguna a cuál haya sido la causa de tales procesos; al mismo tiempo, aparece también acreditado que el trabajador ha solicitado al menos en dos ocasiones la declaración de incapacidad permanente, que tiene problemas de espalda, que entre las limitaciones orgánicas y funcionales descritas en su informe médico figuran las de «temblor de miembros y mareos con esfuerzos», que se ha negado a montar andamios alegando sus problemas de salud, y que, incluso, «su hijo le ayuda en ocasiones en el trabajo», hechos estos que, si bien no excluyen la tesis del Ministerio Fiscal, se pueden corresponder también con la pretendida incapacidad para trabajar como oficial primera albañil en el sector de la construcción alegada por la empresa en su carta de despido. Ya se ha señalado anteriormente que las resoluciones judiciales recurridas no se han pronunciado sobre la efectiva concurrencia de esta situación de incapacidad, al haberse limitado a

declarar la improcedencia de un despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual, y que no resulta tampoco relevante a tales efectos el hecho de que el trabajador haya visto denegada en dos ocasiones su petición de declaración de incapacidad permanente, por los motivos ya indicados.

En segundo lugar, la caracterización que el Ministerio Fiscal efectúa de esa pretendida categoría intermedia de «personas con características personales determinadas de las que no participa el resto de la sociedad» carece de la identidad y concreción que requeriría la apreciación de la concurrencia de un factor de discriminación, toda vez que la realidad descrita no conforma una categoría homogénea, sino una situación que puede adoptar múltiples manifestaciones y responder a causas igualmente muy diferentes, no siendo posible, como ya hemos señalado, extender el concepto de discriminación hasta el límite de hacerlo coincidir con el principio genérico de igualdad.

Pero, en último extremo, la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, de conformidad con el artículo 9.2 CE, a través, entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a las que se refieren los artículos 43.2, 40.2 y 41 CE, instrumentos esenciales para hacer realidad el modelo de «Estado social y democrático de Derecho» que nuestra Constitución impone (art. 1.1 CE).

No se aprecia, por todo ello, que las resoluciones recurridas hayan vulnerado el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) del demandante de amparo, por lo que resultará procedente la denegación del recurso.

III. TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1566/2000).

Fundamentos de Derecho

Primero.

La cuestión que se debate en el presente recurso consiste en determinar cuál es la calificación que corresponde al cese del actor, que ha sido despedido por la empresa demandada, sin que concurra la causa alegada –terminación de una

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

contrata-, pero habiéndose apreciado que el motivo real del cese han sido las «bajas médicas» del trabajador, que hacen que su prestación de trabajo «no sea rentable para la empresa».

[...]

Segundo.

[...]

Es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al actor se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad. Pero la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del

artículo 4.2.c).2.º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 160/2016).

Fundamentos de Derecho

[...]

Tercero.

1. Por último, el recurso apoya la pretensión de nulidad del despido en la afirmación de la condición de discapacitada de la actora que justificaría, a su entender, la desigual situación en que se halla respecto de otros trabajadores y, por ende, la existencia de un trato discriminatorio por parte de la empresa en la utilización de esta causa extintiva.
2. En defensa de su argumentación, se aporta la STJUE de 11 abril 2013 (TJCE 2013, 122), HK Danmark, C-335/11 y 337-11 («Ring y Werge»). En ella el Tribunal de la Unión interpreta la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para perfilar el concepto de discapacidad como factor protegido frente a la discriminación. Es sobre la delimitación de este concepto sobre el extremo en que, a entender de la recurrente, la sentencia recurrida resulta contraria con la aportada como contraste, en donde, ciertamente, se trata también de trabajadoras despedidas tras haber incurrido en distintas bajas médicas.
3. La sentencia recurrida se apoya en la doctrina de la STS/4.^a de 29 enero 2001, que no resulta plenamente coincidente con la que dimana de la sentencia invocada como de contraste. Ahora bien, la Sala vasca no se limita a ese precedente, sino que examina también los pronunciamientos de la sentencia referencial, para rechazar que sea aplicable al caso. Hemos, pues, de desentrañar si esta consideración de la Sala de duplicación se ajusta a Derecho y si, en definitiva, con su conclusión pudiera estar contradiciendo la doctrina del TJUE.
4. En la sentencia referencial el TJUE señala que la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los de-

rechos de las personas con discapacidad y que, desde entonces, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. El artículo 1 de la Convención dispone lo siguiente: «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Por consiguiente, la Directiva 2000/78 debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Ello supone que la enfermedad –sea curable o incurable– puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad «comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración».

Es esta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo recuerda en las STJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; de 1 diciembre 2016, Daouidi, C-395/15; y 18 enero 2018, Ruiz Conejero, C-270/16.

Precisamente respetando y asumiendo la doctrina del Asunto «Ring» –en referencia al HK Danmark–, esta Sala IV del Tribunal Supremo ha señalado ya en la STS/4.^a de 3 mayo 2016 (rcud. 3348/2014) que era necesario introducir una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad.

4. Pues bien, con independencia de esa evolución conceptual, plenamente acatada tanto por la sentencia recurrida como por esta Sala IV del Tribunal Supremo, lo cierto es que el caso que nos ocupa no guardaría relación con una situación en que el acto al que se atribuye el efecto discriminatorio se produce como única y exclusiva reacción ante la situación de la trabajadora, que es lo que la Directiva proscribire. Ésta contempla la obligación de la empresa de llevar a cabo los ajustes razonables que adapten las condiciones del trabajo a las necesidades de la persona en cuestión.

Es cierto que, para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitada de

la trabajadora y que el cuadro de afectaciones que presenta a la vista de lo que se declara probado podría justificar esa calificación y la activación, por tanto, de las garantías anti-discriminatorias que nuestro ordenamiento jurídico, en acomodación a los mandatos del Derecho de la Unión, debe dispensar. Pero, aun partiendo de esa perspectiva, estamos ante un supuesto en que se revela imprescindible el análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78 –así como el art. 2, 4.º de la Convención de ONU–, que son exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad.

La STJUE referencial declara que «procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo» (Ap. 57).

De ello cabe colegir que, en un supuesto de despido como el que aquí nos ocupa, la nulidad del mismo por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables.

Precisamente, en el caso de la Sra. Ring –en la sentencia de contraste– se ponía de relieve la falta de ofrecimiento de medida alguna por parte de la empresa.

5. Respecto de la valoración de las medidas de ajuste, el TJUE opta por una definición amplia del concepto, señalando que incluso la enumeración que la propia Directiva 2000/78 hace en su considerando 20.º no es exhaustiva y que las mismas pueden ser «de orden físico, organizativo o educativo».

Precisamente en este caso consta en hechos probados que la limitación de la trabajadora se ciñe de modo particularísimo a ciertos aspectos relacionados con la actividad específica de la empresa para la que presta servicios. También consta de modo detallado que, por parte de la empresa, se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación.

Recordemos, finalmente, que según el citado artículo 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores.

6. Por todo ello, se hace difícil aceptar que el fallo de instancia es contrario a la doctrina que se plasma en la sentencia de contraste, pues, aunque partamos de

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

un concepto de discapacidad distinto, ampliado y perfilado por la STJUE que se aporta de contraste, la situación de la demandante se aleja de lo que en dicha doctrina europea se indica, de suerte que la decisión judicial impugnada mantiene su adecuación a derecho.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020 (Sentencia núm. 387/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2684/2017).

Fundamentos de Derecho

[...]

Segundo.

1. La parte recurrente denuncia, en esencia, la infracción de los artículos 17.1, 53.4 y 55.3.4 y 5 del Estatuto de los trabajadores (ET), el Convenio núm. 158 OIT y la Directiva 2000/78.
2. Como acertadamente razona la sentencia recurrida, que toma en consideración la propia STJUE Daouidi, la situación de IT no puede servir para llevar a considerar al trabajador como afecto de una discapacidad como factor de protección frente a la discriminación. Hemos, pues, de desentrañar si esta consideración de la Sala de suplicación se ajusta a Derecho y si, en definitiva, con su conclusión pudiera estar contradiciendo la doctrina del TJUE.

En la sentencia de contraste el Tribunal de la Unión recogía lo que ya había afirmado en la STJUE de 11 abril 2013, HK Danmark («Ring y Werge»), C-335/11 y 337-11, en la que había perfilado el concepto de discapacidad como factor protegido frente a la discriminación. Por vez primera el TJUE señalaba que, tras la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) que aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE.

El artículo 1 de la Convención dispone lo siguiente: «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Por consiguiente, la Directiva 2000/78, que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era esta una precisión respecto de la deli-

mitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

Ello supone que la enfermedad –sea curable o incurable– puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad «comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración».

A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo ha hecho en las STJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; 1 diciembre 2016, Daouidi, C-395/15; 9 marzo 2017, Milkova, C-406/15; 18 enero 2018, Ruiz Conejero, C-270/16; y 11 septiembre 2019, DW, C-397/18.

3. Esta Sala IV del Tribunal Supremo asumió la doctrina de la STJUE «Ring» en la STS/4.^a de 3 mayo 2016 (rcud. 3348/2014) y ha acudido a la que se desarrolla en la STJUE Daouidi en ocasiones posteriores (STS/4.^a de 22 febrero 2018 –rcud. 160/2016–, 15 marzo 2018 –rcud. 2766/2016– y 20 marzo 2019 –rcud. 1784/2017–).
4. Pues bien, para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante. Y llegados a este punto los únicos datos de que se dispone son los de la existencia de dos periodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que conste las circunstancias o causas de las bajas. Se hace extremadamente difícil deducir de ello que en, efecto, nos encontremos ante una situación de «dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores», por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor. Las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social.

No cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente. Para que el despido pueda ser califica-

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

do de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita.

5. Por todo ello, debemos rechazar la pretensión de la parte recurrente ya que la sentencia recurrida se atiene a la doctrina plasmada en la sentencia referencial, pues, la situación del demandante se aleja de lo que en dicha doctrina europea se indica, de suerte que la decisión judicial impugnada mantiene su adecuación a derecho.

IV. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Sala de lo Social) de 22 de diciembre de 2010 (Recurso de Suplicación núm. 1314/2010).

Fundamentos de Derecho

Único.

[...]

Llegados a este punto hay que determinar si en el caso de autos se da ese factor de segregación que supone según el propio Tribunal Constitucional el hecho de que el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral.

La empresa se ha limitado a constatar que el trabajador se ha enfermado en varias ocasiones, con una duración cada vez mayor de las bajas, y por ese solo hecho ha procedido a su despido, sin atender a si la enfermedad limitaba o no la capacidad del trabajador.

Se deja de lado, pues, la consideración del trabajador como persona, como ser humano, y se le da el tratamiento de una cosa, como si de una máquina se tratase, que hay que sustituir porque no funciona con la regularidad que debe observar.

La Constitución consagra el derecho a la protección de la salud, como principio rector de la política social y económica que informa el sistema jurídico, y junto a él establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situación de necesidad (art. 41 CE), y que los poderes públicos velarán por la seguridad y la salud.

Tanto el Tribunal Supremo, como con más precisión el Tribunal Constitucional admiten la posibilidad de que la enfermedad sea un factor discriminatorio cuando concurren circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación.

Ello sucederá en los casos de enfermedades que supongan socialmente un estigma, pero puede suceder también en aquellos casos en que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo; es decir, se le discrimine por estar enfermo, con independencia del tipo de enfermedad.

Y eso es lo que pone de relieve la realidad y plasma la reiterada jurisprudencia; a partir de la reforma del año 94, suprimida la nulidad del despido en situación de enfermedad se ha ido abriendo paso una práctica cada vez más frecuente en el ámbito laboral que consiste en despedir al trabajador por el hecho de estar enfermo.

Así parece que desde el punto de vista empresarial se estigmatiza la propia enfermedad, de tal forma que el trabajador que se enferma y coge bajas no vale y hay que rechazarlo.

Pero es que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia citada va más allá, al admitir que la discriminación supone un comportamiento contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE) y que la enfermedad puede constituir un factor de discriminación:

Cuando el factor enfermedad suponga la estigmatización como persona enferma de quién la padece o (tesis coincidente con la del Tribunal Supremo).

b) Cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada.

Pues bien, dejando aparte que a juicio de la Sala lo que está ocurriendo en el ámbito laboral es la estigmatización del trabajador enfermo, el hecho cierto es que el Tribunal Constitucional amplía el supuesto del artículo 14 «... otra circunstancia o condiciones personales y sociales...»; a aquellos supuestos en los que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada.

Y eso es lo que sucede en el caso de autos, donde la empresa se limita a señalar que el trabajador ha tenido bajas durante varios años (2007, 2008 y 2009) y con independencia de la contingencia, estima que, por estar enfermo, no es rentable, por lo que le despide.

Es obvio que el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores no da cobertura, ni de lejos, a este tipo de despido, pues lo que regula es el despido objetivo, por ausencias al trabajo, artículo 52.d) excluyendo el cómputo a tal efecto de aque-

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

Ilas ausencias que tengan una justificación legal, y en concreto la enfermedad o accidente no laboral que exceda de 20 días.

No da, pues, cobertura la norma a un despido por el hecho de estar enfermo, o de tener una enfermedad que socialmente se considera un estigma.

No parece coherente que la constitución proclame al Estado como social y de derecho y que tiene como valores superar la igualdad y la justicia; siendo expresión de ello los derechos a la integridad física y la salud (art. 15) el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social (art. 40) el derecho a la protección de la salud (art. 43.1) el derecho al trabajo (art. 35) el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2); y que se pueda con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo.

Estima, por ello, la Sala que en el caso de autos no hay ningún elemento ajeno a la enfermedad que justifique el despido, pues no se invoca, como exige el Tribunal Constitucional, que se ponga en relación la enfermedad con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación.

Desde luego no es de recibo el argumento de que es costosa para la empresa la baja porque ha de pagar la cotización, pues ello supone «cosificar» al trabajador (es como decir que la máquina se avería y hay que cambiarla) y además supone aceptar la enfermedad, que tiene una protección constitucional en el ámbito del derecho a la salud, como una causa de extinción, pues tal y como la empresa lo plantea lo que está diciendo es que si los trabajadores se enferman pueden ser despedidos porque son costosos, y lo mejor es pasarle el costo al Estado vía desempleo.

Este argumento puramente económico que considera al trabajador como un objeto supone «castigar» la enfermedad del trabajador que aparece ante la empresa como una carga, y desde luego, supone convertir a la enfermedad en una causa de discriminación.

Ello vulnera el artículo 14 de la Constitución Española, por lo que sin tener en cuenta los otros motivos del recurso, procede la estimación del mismo, al entender la Sala que se ha producido un despido discriminatorio, y consecuentemente nulo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 28 de marzo de 2019 (Recurso de Suplicación núm. 2467/2018).

Fundamento de Derecho

[...]

Sexto.

En el presente caso, del relato fáctico de la sentencia y concretamente del modificado hecho probado segundo, se extrae que la empresa ha sido concedora en todo momento de la causa de la incapacidad temporal y de la previsible duración de la misma y si bien, inicialmente –7 de agosto de 2017– la dolencia fue calificada como cervialgia, con un periodo de duración corto, estimado de 10 días, posteriormente y a partir del tercer parte, emitido el 4 de septiembre de 2017, se establece que el periodo de duración será medio, con una duración estimada de 59 días y, finalmente y a partir del quinto parte, emitido el 21 de septiembre de 2017, a establecer que el periodo de duración sería largo y a lo largo del proceso se ha modificado la calificación inicial para señalar que la dolencia era una hernia discal cervical C5-C6 lateral izquierda, sometida a tratamiento paliativo y rehabilitador.

Si ponemos en relación estos datos con el hecho de que el artículo 39 del Convenio Colectivo aplicable establezca el derecho de los trabajadores al percibo de un complemento de la prestación de incapacidad temporal hasta el 100% de la retribución del convenio desde el día 31 contado a partir de la baja, completándose las pagas extras al 100% del salario base, Plus de Compensación y plus afectación e incluyendo la retribución del convenio salario base, Plus de Compensación, plus afectación, plus asistencia y prima de producción y que el despido de la actora se produzca 14 días después del parte de fecha 21 de septiembre de 2017, que señala que el periodo de duración de la situación de incapacidad temporal pasa de medio a largo, la Sala llega a la conclusión de que efectivamente existe un indicio de discriminación, concretamente que se está extinguiendo el contrato de trabajo de la actora por el único motivo de que su baja médica se prolonga en el tiempo y es costosa para la empresa, que no solo tiene que hacer frente al pago de las cuotas de la seguridad social de la trabajadora, y que también debe complementar la prestación de Incapacidad Temporal hasta el 100% del salario, en los términos antes señalados, sin poder contar con sus servicios, como consecuencia precisamente de la citad situación de baja médica.

Así pues, acreditado el indicio de discriminación, por razón de enfermedad, corresponde a la empresa acreditar que la extinción del contrato de la empresa es razonable y está alejada de cualquier móvil discriminatorio. No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente extraño a todo propósito contrario a los derechos fundamentales (SSTC 293/1993; 85/199582/1997; 202/1997, y 48/2002).

Para excluir la vulneración no es suficiente demostrar la existencia de apoyo legal que dé cobertura a la ruptura contractual, sino que será preciso, además, descartar toda duda sobre su instrumentalización *ad casum* (STC 29/2002).

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

No existe dicha acreditación, por cuanto, como se ha señalado en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia, no ha acreditado la concurrencia de las causas alegadas en la carta de notificación a la actora de la extinción del contrato por causas objetivas.

En consecuencia, procede estimar el recurso y revocar la sentencia dictada, declarando la nulidad del despido efectuado y condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que, de forma inmediata, proceda a la readmisión de la trabajadora, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, y a que le abone los salarios dejados de percibir, que deben limitarse al periodo comprendido entre el 5 de abril de 2018, día siguiente al de la fecha en la que la actora causó alta médica y el día en el que la readmisión tenga efectivamente lugar, a razón de un salario regulador diario de doscientos un euros con sesenta y nueve céntimos (201,69 euros).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social) de 11 de julio de 2019 (Recurso de Suplicación núm. 358/2019).

Fundamentos de Derecho

[...]

Tercero.

Y en el caso sometido a nuestra consideración, viene a resultar que la de instancia aprecia indicios de la concurrencia de discriminación, teniendo en cuenta que, en efecto, la baja laboral lo es por haber sufrido una hemiparesia el trabajador el día 13 de junio de 2018, con ingreso hospitalario, habiendo trabajado el día 12 de junio de 2018 y hasta la 1,30 horas del día 13 siguiente, y ante ello, la empleadora le da de baja con efectos de día 12, sin haberle comunicado al trabajador el último día de trabajo su voluntad de dar por extinguido el contrato de trabajo en el periodo de prueba. Es más, el demandante tiene conocimiento de dicha baja el 15 de junio de 2018 por comunicación de la Tesorería General de la Seguridad Social. La enfermedad padecida por el trabajador, por definición, no va a ocasionar una baja de corta duración, siendo, incluso, previsible que al demandante le resten secuelas. A saber, el órgano de instancia, a quién principalmente incumbe (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2016), ha considerado suficientes los indicios descritos, ex artículo 96.1 y 181.2 de la LRJS, aunque no cite dichos preceptos, lo que tampoco lo hace el recurrente, y ello sitúa a la empleadora en la obligación procesal de aportar una justificación

razonable y objetiva de la decisión adoptada, carga procesal que no ha cumplido pues ni aun en este sede aduce explicación alguna de la rescisión del contrato laboral que le vinculaba con el trabajador, lo que nos ha de conducir la desestimación del recurso.

V. SENTENCIAS QUE APLICAN LA LEY 15/2022

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón de 15 de noviembre de 2022 (Sentencia núm. 419/2022. Procedimiento núm. 467/2022).

Fundamentos de Derecho

[...]

Tercero. *Calificación del despido.*

La doctrina que venían aplicando nuestros tribunales en materia de incapacidad temporal y despido venía de la mano del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto del denominado Caso Daouidi. En síntesis y, para que la enfermedad se pudiera asimilar a la discapacidad a los efectos de discriminación de trato en las extinciones contractuales, era preciso que la incapacidad temporal revistiera un carácter duradero y se pudiera equiparar a la discriminación en los términos del artículo 2.1 de la Directiva 2000/78.

El panorama patrio debe ser objeto de una interpretación bien diversa con la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

La misma predica en su artículo 26 la nulidad de pleno derecho de los actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley (artículo 26).

El artículo 2 al que se remite amplía el régimen de los ámbitos en los que se puede sufrir una discriminación: nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

En cuanto a la enfermedad cabe destacar que, en este caso, no se exige ningún tipo de duración. Esto es, la tradicional equiparación a la discapacidad a tenor de la duración deja de tener sentido, pues en sí, la discriminación por enfermedad constituye un motivo de nulidad autónomo.

Y es importante, además, en una construcción muy similar a la inversión de la carga de la prueba en materia de vulneración de derechos fundamentales que el artículo 30 invierte la carga de la prueba, de modo que si el trabajador aporta indicios de una discriminación, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Trasladados estos presupuestos al caso que nos ocupa podemos afirmar que no solo concurren indicios de que el despido obedeció a la enfermedad (y operación de la actora), sino que se puede considerar este dato probado. La conversación por WhatsApp con el hijo de la titular del establecimiento es tan rotunda que poco se puede decir al respecto y a la misma nos remitimos. Expresa el mismo, haciendo suyas las palabras de sus padres, que no pueden soportar el coste de la baja pero que, cuando la trabajadora se restablezca, la volverán a contratar, por estar contentos con su rendimiento. A ello sigue un despido sin causa alguna para el que no cabe otra consecuencia que la nulidad.

Pero es que, además, el artículo 27 de la citada ley, exige una indemnización [que restituya] a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral.

En el caso de un despido, la restitución se cumple con la readmisión pero, aun cuando no se haya reclamado nada al respecto, se presume un daño moral que debe ser también indemnizado. Cabría preguntarse, en un caso como el que nos ocupa en el que no ha sido reclamada indemnización alguna, si la misma puede apreciarse de oficio o debe primar el principio dispositivo. Como de discriminación hablamos y la discriminación vulnera un derecho fundamental como es recogido en el artículo 14 de la Constitución, resulta aplicable el artículo 183 de la Ley Reguladora del a Jurisdicción Social: Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

Así pues, debemos concluir que, para la restauración del orden, se debe establecer una indemnización. No se han dado al juzgador pautas para valorarla por lo que ha de acudir a criterios prudenciales: se ha de tener en cuenta por un lado, la escasa duración de la relación laboral. Pero, por otro lado, debe valorarse que la actora ha sido atendida en salud mental, que la empresa actuó de una forma

totalmente contraria a la protección que en nuestro ordenamiento se brinda a los trabajadores durante los periodos de incapacidad temporal, convirtiendo a la persona trabajadora en una mera mercancía a disposición del empresario, incluso aun cuando este expresa satisfacción con el rendimiento del trabajador.

Atendiendo a dichos criterios entiendo ajustada a derecho una indemnización de 3.500 euros, equivalente grosso modo a los tres meses de salario, habida cuenta de que en el parte de incapacidad temporal se indicó una duración aproximada del proceso de 90 días.

***Sentencia Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo de 13 de diciembre de 2022
(Sentencia núm. 473/2022)***

Fundamentos de Derecho

[...]

Segundo.

Y considero que debe declararse nulo. Como manifestó el segundo testigo del actor, que sigue trabajando en la empresa y fue contratado para la misma obra, fueron 4 los contratados y sólo se cesó al demandante, único que estuvo en situación de incapacidad temporal. Pero el primer testigo, responsable de la planta y delegado de personal, también reconoció en grabación aportada por el actor, que se dio de baja al trabajador por su situación de incapacidad temporal. Estamos por tanto ante una discriminación prohibida expresamente por el artículo 2.1 de la ley 15/2022, de 12 de julio, por razón de enfermedad. En consecuencia, el despido deviene nulo a tenor de lo dispuesto por los artículos 55.5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, debiendo condenarse a las empresas de forma solidaria a que lo readmitan y le abonen los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido según lo establecido por los artículos 55.6 del Estatuto y 113 de la referida ley.

■ LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SALUD ANTE LA CONTRATACIÓN...

Tercero.

Finalmente reclama el trabajador una indemnización de daños y perjuicios de 10.000 euros, que deben ser rebajados a 3.000 dada la antigüedad del trabajador, el poco tiempo trabajado y el escaso daño causado dado que el único, pérdida del empleo, se le repara ya con la readmisión y abono de los salarios dejados de percibir, por cuanto sus problemas psíquicos ya los padecía hacía meses y por ellos venía siendo tratado por psicólogo.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, tiene como objetivo, según se deduce de su artículo 1 y de su exposición de motivos, garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato, así como prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas de tales discriminaciones que se produzcan en cualquier ámbito público y privado.

Se trata, pues, de una ley transversal que pretende establecer un marco general de tutela frente a toda clase de discriminaciones, ya sea en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos, ya sea en las relaciones entre particulares. Por lo que a la esfera del derecho del trabajo se refiere, el aspecto de la norma que sí parece tener una clara incidencia en el ámbito de las relaciones laborales es la incorporación, expresamente como causa de discriminación, de los siguientes motivos asociados a la salud: la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Al estudio de los efectos que estas nuevas causas de discriminación pueden tener en la extinción del contrato de trabajo y en el acceso al empleo, se dedica esta obra que el lector tiene en sus manos.

Raquel Aguilera Izquierdo

Catedrática del derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, ha sido letrada del Tribunal Constitucional entre 2011 y 2022. Entre su abundante producción científica destacan «El régimen jurídico de las empresas de inserción», 2009, ed. Thomson-Civitas; «Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva», en la que ha sido coordinadora, ed. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010; «Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de Igualdad de mujeres y hombres», coordinadora Carmen Sánchez Trigueros, ed. AEBOE, año 2018; «El derecho a la protección de datos en el ámbito laboral. Los sistemas de videovigilancia y geolocalización», en «Revista Trabajo y Seguridad Social», Centro de Estudios Financieros, núm. 442, 2020 y «Digitalización y robótica: cuestiones a debate en materia de Seguridad Social», en «Derecho del trabajo y nuevas Tecnologías», coord. Monreal Bringsvaerd, E, Thibault Aranda, J., Jurado Segovia, A., ed. Tirant Lo Blanch, 2020. En estos momentos está participando en el proyecto de investigación «El futuro del trabajo: transformaciones y retos», del que es investigador responsable Francisco Pérez de los Cobos.