

Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales¹

Discrimination based on illness in employment relationships

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ *Catedrático de Universidad
Universidad de Granada
RESEARCHER ID: L-1679-2017
 <https://orcid.org/0000-0002-0951-2593>*

Cita Sugerida: ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. «Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 41-67.

Resumen	Abstract
La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una nueva causa discriminatoria, la enfermedad o condición de salud, y la labor interpretativa que de ello está realizando la jurisprudencia, justifica este estudio específico sobre la incidencia de la prohibición de discriminación por enfermedad en los principales ámbitos de las relaciones laborales, como en el acceso al empleo y selección de personal, como en la determinación de las principales condiciones de trabajo, por ejemplo, salarios o jornada de trabajo, como en la vigilancia de la salud y prevención de riesgos laborales, así como en el momento de la extinción de la relación de trabajo. En particular se analizan las circunstancias concurrentes necesarias para calificar como nulo un despido discriminatorio por enfermedad.	The incorporation into our legal system of a new cause for discrimination, illness or health condition, and the interpretative work that is being carried out by the jurisprudence, justify this specific study on the impact of the prohibition of discrimination on the basis of illness in the main areas of labour relations, such as in access to employment and selection of personnel, as well as in the determination of the main working conditions, for example, salaries or working hours, as well as in the monitoring of health and prevention of occupational risks, as well as at the time of termination of the employment relationship. In particular, the concurrent circumstances necessary to qualify a discriminatory dismissal due to illness as void are analysed.
Palabras clave	Keywords
Igualdad, Discriminación, Enfermedad, Salud, Incapacidad temporal, Ajustes razonables, Despido nulo	Equality, Discrimination, Illness, Health, Temporary disability, Reasonable adjustments, Null dismissal

1. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDA²

1.1. La consideración de la enfermedad como específica causa discriminatoria: la Ley 15/2022

Como es sabido, con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico una nueva causa de discriminación prohibida: la enfermedad y otras circunstancias vinculadas con la salud. Aunque enmarcada en una tendencia evolutiva jurisprudencial hacia la progresiva consideración de algunos supuestos de enfermedad como discriminatorios, ese reconocimiento legal, expreso y amplio de la enfermedad como causa autónoma de discriminación constituye una auténtica novedad³. Y así lo reconoce

¹ En el marco del Proyecto I+D+i (Proyectos de Generación de Conocimiento 2023. Plan Nacional 2023): Protección social y trabajo de las personas mayores en un contexto de transformación digital y envejecimiento activo (PID2023-153014OB-I00).

² ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “La enfermedad/salud como causa discriminatoria en las relaciones laborales y en la protección social”, comunicación (pendiente de publicación), presentada al VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS): “Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital”.

³ Aunque, en un sentido laxo e impropio, se haya negado dicha novedad porque ya estaba presente como preocupación social. Es el caso de VILLARINO MOURE, C: “A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación”, *Jurisdicción Social*, núm. 252, 2024, página 19, cuando

Fecha Recepción: 17/8/2024 - Fecha Revisión: 1/9/2024 - Fecha Aceptación: 17/9/2024
Págs. 41-67

expresamente la Ley 15/2022⁴. Tampoco el artículo 14 CE⁵ ni la normativa europea contemplaba específicamente la enfermedad como causa expresa de discriminación⁶.

No obstante, como decíamos, con anterioridad a dicha norma se apreciaba ya una tendencia interpretativa hacia la consideración de determinadas enfermedades como factores de discriminación, especialmente en relación con la extinción contractual. Nos encontrábamos con dos tendencias interpretativas:

- Por un lado, cuando la enfermedad comportaba o constituía un *elemento de segregación* o suponía la *estigmatización* de la persona enferma que la padece (caso de las enfermedades socialmente estigmatizantes). De forma destacada, es la doctrina de la STS de 29 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:502) o de la mencionada STC 62/2008, de 26 de mayo, cuando manifiesta que “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 art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo”, y tales circunstancias vinculadas al estado de salud del trabajador concurrirían cuando, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, “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”.
- Por otro lado, cuando *la enfermedad pudiera ser asimilable o equiparable a la discapacidad*,⁷ por diversas circunstancias concurrentes que ha puesto de relieve fundamentalmente la

manifiesta que la Ley 15/2022 no crea nuevas causas de discriminación sino que más bien constata una realidad social ya existente, entendiendo que “la tipificación de causas de discriminación no es una creación *ex nihilo* del legislador, sino que se produce porque existen determinados prejuicios socialmente arraigados”. Por nuestra parte, dicha novedad es evidente. Una cosa es la realidad social y otra es la realidad jurídica.

⁴ Que en su Exposición de Motivos aclara que aunque “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, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo”.

⁵ La cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, por genérica y abierta (“... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) no puede interpretarse en un sentido amplio que comprenda cualquier condición o circunstancia que no esté expresamente mencionada, incluyendo así también la enfermedad y salud, pues como ha precisado la STC 62/2008, de 26 de mayo, en tal caso “la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”.

⁶ Ni el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni 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, reconocen expresamente la enfermedad como causa discriminatoria, en cambio sí otro concepto relativamente próximo: la discapacidad.

⁷ En este sentido, 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 & Trabajo*, núm. 1, 2022, páginas 18 y 19, sintetiza las condiciones requeridas para que la discriminación por enfermedad sea asimilable a la discriminación por discapacidad: 1) la limitación de la capacidad debe ser duradera (de forma que no se prevea la finalización a corto plazo); 2) sería también aplicable a los supuestos de enfermedad de corta duración cuando las faltas de asistencia al trabajo sean consecuencia de enfermedad atribuibles a la discapacidad; 3) ha de analizarse el estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido; y 4) el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo no significa, de por sí, que esa persona tenga una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

jurisprudencia del TJUE⁸: en los casos en que la enfermedad conlleve limitaciones de *larga duración* que impidan la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores; en los casos en los que la enfermedad *no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*; o en los casos que pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona⁹.

1.2. El concepto amplio de enfermedad y de otras circunstancias vinculadas a la salud

Esta interpretación extensiva evidencia que nos encontramos con conceptos próximos, cercanos, que sin embargo presentan matices diferenciadores: enfermedad, salud, incapacidad temporal¹⁰, incapacidad permanente, discapacidad¹¹, ineptitud¹², o el concepto de trabajador que por sus circunstancias personales o biológicas sea especialmente sensible a determinados riesgos laborales.

Pero ¿cuál es el concepto de salud que tiene en cuenta la Ley 15/2022 y cómo se deslinda de esos otros conceptos próximos? El artículo 2.1 (Ámbito subjetivo de aplicación) de la Ley 15/2022 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de

⁸ Que ha sido asumida también por el Tribunal Supremo en pronunciamientos como la STS de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1736), la STS de 15 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3165); o la STS de 31 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2358).

⁹ La STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark vs. Dansk almennyttigt Boligselskab Dansk Arbejdsgiverforening*) considera que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE 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, *si esta limitación es de larga duración*. En el mismo sentido, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, *FOA-Kaltoft*. Por su parte, la STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, *Daoudi y Bootes Plus S.L.*, precisa que 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*. Por último, la STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, *DV y Nobel Plastiques Ibérica*, manifiesta que la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de “discapacidad” en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas *a largo plazo*.

¹⁰ Aunque la incapacidad temporal pueda presuponer una enfermedad. Lo que, por ejemplo, ha llevado a la SAN de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257) a afirmar que como quiera que la IT (artículo 169.1 LGSS) se define como aquella situación debida a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, durante la que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, *este absentismo viene provocado por la situación de enfermedad en que el trabajador se encuentra* y que le resulta impositiva para trabajar, *de modo que el trato dispar constituye una discriminación directa por enfermedad*, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022.

¹¹ El concepto discapacidad no puede confundirse con el concepto de enfermedad en sentido genérico (como sostenía la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, *Chacón Navas vs Eurest Colectividades*, afirmando que 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), como hemos puesto de manifiesto, sí en cambio cuando en la enfermedad concurren determinadas circunstancias que pudieran asimilarla a la discapacidad al menos en su tutela antidiscriminatoria.

¹² Así, por ejemplo, la STS de 2 de mayo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:3500), ya consideraba el concepto *ineptitud* como “una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo-rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.”.

su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal, por lo que nadie podrá ser discriminado, entre otras razones, por *enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos*.

Nos encontramos así con que la enfermedad, entendida *en sentido amplio*, constituye ahora una circunstancia discriminatoria *autónoma*¹³, desvinculada de otras (y en particular de la discapacidad). Y decimos “en sentido amplio” porque no va vinculada a ninguna dolencia o patología específica, porque no exige una especial gravedad, ni es relevante su duración, y también porque junto con la enfermedad se tienen en cuenta otras características y circunstancias próximas a la enfermedad, y en todo caso vinculadas a la salud, que son igualmente consideradas discriminatorias. Por simplificar, en nuestro análisis tomamos como causa discriminatoria el concepto “enfermedad”, por ser el más fácilmente identificable. Sin embargo, como se aprecia, la norma legal alude en realidad a cuatro categorías: 1) enfermedad; 2) condición de salud; 3) estado serológico; y 4) predisposición genética a sufrir patologías o trastornos.

En nuestra aproximación conceptual partimos de la dicotomía enfermedad/salud. Enfermedad y salud son términos contrapuestos¹⁴. La presencia de una enfermedad niega el concepto de salud; y la salud, entre otras circunstancias adicionales, conlleva la ausencia de enfermedad. Por ello es problemática la distinción entre enfermedad y condición de salud. De esta manera se ha entendido que la enfermedad exige una alteración de las funciones de los órganos o del organismo en su conjunto; mientras que la condición de salud engloba situaciones que no incapacitan para el trabajo y que, de hecho, no tienen la consideración de enfermedad, aunque puedan facilitar la aparición de otras patologías¹⁵ (así, condiciones de salud serían, por ejemplo, la obesidad, las alergias o la pérdida de visión, situaciones todas ellas que no tienen la consideración de enfermedad, pero que afectan a la salud). Por otro lado, se ha considerado que condición de salud será un determinado estado o situación que afecta al organismo de una persona, por lo que desde el punto de vista laboral se trataría de 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 trabajar¹⁶. Finalmente, también se ha señalado que nos encontramos ante una relación entre *especie* (la “enfermedad”) y *género* (“condición de salud”)¹⁷, por lo que se consideraría como “condición de salud” determinados

¹³ En este sentido, la STSJ de Castilla La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809) destaca el “carácter autónomo de la enfermedad como motivo de discriminación, ya no es necesario acudir al concepto de discapacidad como causa de discriminación, aunque se mantiene también esa causa”, y así “resulta evidente por lo expuesto, que se añade un nuevo escenario dentro de las causas de nulidad del despido por discriminación, la enfermedad o estado de salud”. Con la nueva regulación “resulta indiferente para apreciar la concurrencia de discriminación, qué clase de enfermedad afecta al trabajador, no mencionándose en la ley ninguna exigencia referida a la gravedad, como tampoco a la duración del proceso, corto o largo, o a que constituya una dolencia estigmatizante”.

¹⁴ El diccionario de la RAE considera *enfermedad* como la “alteración más o menos grave de la salud” (2021) y como el “estado producido en un ser vivo por la alteración de la función de uno de sus órganos o de todo el organismo” (2023). Las acepciones de *salud* que según el diccionario de la RAE ahora nos interesan son: “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones” y “condición física y psíquica en que se encuentra un organismo en un momento determinado”.

¹⁵ GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, Vol. 4, núm. extraordinario “Tormenta de reformas”, 2023, página 113.

¹⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, página 67.

¹⁷ VILLARINO MOURE, C.: “A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación”, *op. cit.*, página 28, por lo que “el espectro cubierto por la prohibición de discriminación, en relación con la salud, es más amplio que el de la mera enfermedad”. Por ello, partiendo de la definición de salud que ofrece la OMS (estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades), cabe concluir que una condición de salud que impida un completo bienestar físico, mental o social

“estados generales de la persona o meros signos o síntomas (labilidad emocional, cansancio o fatiga persistente, etc.), tanto físicos como psíquicos, que no hayan determinado un diagnóstico”. Igualmente, la obesidad, el tabaquismo, el alcoholismo, la toxicomanía, etcétera.

Por otro lado, la inclusión como causa discriminatoria también del “estado serológico” y de la “predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”, amplían hacia el futuro, anticipándose al presente, una tutela antidiscriminatoria relacionada con la salud en relación con situaciones y estados de salud del trabajador que, sin ser ni constituir enfermedad “actual” sí lo puede ser “potencial”, por ser indicadores de una mayor probabilidad de sufrir determinadas patologías. De este modo, los análisis de marcadores tumorales, anticuerpos, perfiles genéticos pueden revelar una predisposición para desarrollar ciertas enfermedades (determinados tipos de cáncer, celiaquía, intolerancias, alergias, diabetes, VIH, etcétera).

1.3. El reconocimiento legal de nuevas formas de discriminación por enfermedad

Esta ampliación en el concepto mismo de enfermedad y del resto de circunstancias relacionadas con la salud se ve potenciada y favorecida también por el reconocimiento de diversos tipos de discriminación por enfermedad (en realidad, sería predicable de cualquier causa discriminatoria). De esta manera, conforme al artículo 6 (Definiciones) de la Ley 15/2022, la discriminación por enfermedad, además de poder ser *directa* (situación en la que una persona pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de una causa expresamente considerada como discriminatoria) e *indirecta* (cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una persona una desventaja particular con respecto a otras), amplía sus contornos legales hacia otras formas discriminatorias, como la discriminación *por asociación* (debida a su relación con otra persona sobre la que concurra alguna de las causas discriminatorias) o la discriminación *por error* (fundada en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada), la discriminación *múltiple* (discriminación simultánea o consecutiva por dos o más causas discriminatorias, como por ejemplo podría ser la discriminación por enfermedad y discapacidad, o por enfermedad y sexo) o la discriminación *interseccional* (cuando concurren o interactúan diversas causas discriminatorias, pero generando una forma específica de discriminación), el *acoso discriminatorio*, la *inducción*, *orden o instrucción de discriminar*, o las *represalias*.

Todas estas formas de discriminación pudieran tener lugar con motivo de la enfermedad o condición de salud, incluso de forma conjunta. En relación con esto, resulta relevante la SAN de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257), que considera que existe discriminación por razón de enfermedad tanto *por asociación* como *indirecta*. En concreto se considera discriminatoria por enfermedad la supresión o reducción de unos incentivos económicos establecidos en el plan de absentismo aplicable a la empresa cuando la persona trabajadora, aun alcanzando los objetivos establecidos, utiliza el permiso de acompañamiento a consultas médicas de personas a su cargo reconocido por el convenio colectivo aplicable, precisando que tanto si el acompañamiento a consulta médica está relacionado con la existencia de alguna patología como si lo que se pretende es recibir una atención médica preventiva o prospectiva (vgr: controles médicos, análisis, vacunaciones, etc.),

no necesariamente debe ser una afección o enfermedad. En el mismo sentido se manifestaba AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)”, *Jurisdicción Social*, núm. 243, 2023, páginas 31 y 32, cuando entendía que la “condición de salud” sería el genérico, el concepto que comprende cualquier alteración de la salud con independencia de su origen, siendo la “enfermedad” el más habitual de ellos. Por consiguiente, quedan comprendidas todas las alteraciones de la salud derivadas de enfermedades (sin exclusión por contingencia, común o profesional) y los accidentes (sin distinción tampoco en su contingencia), así como otras situaciones o “condiciones” como puedan ser el alcoholismo o la drogadicción (sin perjuicio que, en algún caso, puedan considerarse situaciones de “discapacidad”).

se estaría discriminando al acompañante, el trabajador que hace uso de este permiso, por su relación con el destinatario de la consulta médica (relación además reforzada por sus obligaciones legales de cuidado). Por ello se considera expresamente que existe en la decisión empresarial una *conducta discriminatoria por asociación*. Pero por otro lado, además de dicha discriminación por asociación, también se aprecia *discriminación indirecta* en dicha supresión o reducción de los incentivos económicos cuando la persona trabajadora utiliza el permiso para acompañamiento de una persona a cargo a consulta médica, pues partiendo del dato de que son las trabajadoras quienes hacen uso de este permiso no retribuido en proporción muy significativa frente a los trabajadores, la “neutra” decisión de que el disfrute de ese derecho convencional compute para la fijación del índice de absentismo, objetivamente pierde su neutralidad desde el momento en que coloca al colectivo femenino en situación desigualitaria frente al masculino, por razón de ser las mujeres quienes hacen un uso masivo del permiso en comparación con el colectivo de hombres trabajadores. Por ello dicha medida es calificada de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres trabajadoras de la empresa¹⁸.

En el mismo sentido, la SAN de 22 de enero de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:377), en un caso casi análogo al anterior, en el que el Convenio Colectivo de Verilla Spain S.A. reconoce el derecho a percibir un complemento salarial (denominado “incentivo de mejora”) solo a los trabajadores que no superen un determinado índice de absentismo, considera que computar las situaciones de incapacidad temporal y los permisos para acompañar a las consultas médicas a familiares a cargo como absentismo penalizaría de forma injustificada a los trabajadores que por tales motivos perdieran el correspondiente complemento salarial. En este caso se aprecia: (1) *discriminación directa por enfermedad*, puesto que la regulación convencional otorga un trato peyorativo a todo trabajador que curse IT en el mes de referencia por período superior a 8 horas, ya que ve minorada la cantidad a percibir en concepto de incentivo de mejora; (2) *discriminación indirecta por razón de sexo*, en la medida en que los derechos de conciliación, entre los que se incluye este permiso para acompañar a familiares a consultas médicas, son ejercidos mayoritariamente por mujeres; y (3) *discriminación por asociación por razón de enfermedad*, por cuanto se discrimina por la relación con una persona enferma o que necesita acudir a consulta médica.

1.4. Excepciones: diferencias de trato por enfermedad no discriminatorias

Sin perjuicio de todo lo señalado hasta ahora, y aunque en principio queda proscrita toda discriminación por razón de la enfermedad, el ordenamiento jurídico admite de forma restringida excepciones en las que podrían establecerse diferencias de trato (artículo 2, párrafos 2 y 3, de la Ley 15/2022):

(1) Con carácter general, cualquiera que sea el motivo discriminatorio, por tanto, también por enfermedad y circunstancias relacionadas con la salud, cuando “los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad”. En relación con ello, el artículo 4.2 de la Ley 15/2022 no considera discriminación la diferencia de trato “derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”.

¹⁸ Y añadiríamos nosotros, no la comentada sentencia, que dado que este permiso es utilizado mayoritariamente por las trabajadoras de la empresa, por mujeres, también podría configurar un supuesto de discriminación múltiple: enfermedad y sexo.

(2) Específicamente, la enfermedad podría amparar diferencias de trato (a) que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, (b) de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o (c) de las exigidas por razones de salud pública. En relación con esto último hay que destacar que podría justificarse una diferencia de trato por razón de enfermedad en relación con la jornada y el horario de trabajo, con el lugar de prestación de servicios, con el desempeño de determinadas funciones, de un determinado puesto de trabajo (en relación con la promoción, ascensos, movilidad funcional), con la ineptitud del trabajador para determinadas funciones (que en su caso podría justificar un despido objetivo), etcétera.

1.5. Consecuencias del trato discriminatorio por enfermedad o condición de salud

El derecho a la igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación por razón de cualquiera de las causas de discriminación expresamente reconocidas como tales, entre ellas, por razón de enfermedad o condición de salud. En consecuencia, y tal y como precisa el artículo 4.1 de la Ley 15/2022, *queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra este derecho a la igualdad*, considerándose vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes. Como garantía adicional de protección frente a la discriminación, el artículo 25 (Medidas de protección y reparación frente a la discriminación) de la Ley 15/2022 obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias. El incumplimiento de tales obligaciones dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva. En cualquier caso, ante un comportamiento discriminatorio la consecuencia inmediata es la nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen dicha discriminación (artículo 26 de la Ley 15/2022).

1.6. El ámbito objetivo de aplicación. Especial referencia a la no discriminación por enfermedad en las relaciones de trabajo

El carácter integral de la Ley 15/2022 también se aprecia en el ámbito material en los que se reconoce específicamente la tutela antidiscriminatoria y la prohibición de discriminación por razón de enfermedad. El artículo 3 (Ámbito objetivo de aplicación) de la Ley 15/2022 delimita de forma extensa y completa cuáles son los diferentes ámbitos en los que se garantiza el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación, y en particular, como decimos, también respecto de la enfermedad y condición de salud del trabajador. De este modo, y por lo que ahora interesa a nuestro estudio, se aplicará al ámbito del empleo, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y comprendiendo, respecto de las relaciones laborales el acceso al empleo, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo. También al acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público. Por lo que respecta a las relaciones colectivas de trabajo, en el ámbito de la afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico. Nuestro estudio se va a centrar en la discriminación por enfermedad en las relaciones de trabajo por cuenta ajena.

1.7. ¿El reconocimiento legal de la enfermedad como causa discriminatoria está sujeto al principio de reserva de ley orgánica?

Pero antes de pasar a analizar aquellos aspectos en los que, en el ámbito de las relaciones laborales, pudiera ser más frecuentes las discriminaciones por razón de la enfermedad, nos gustaría hacer referencia a polémica técnico-jurídica, o si se quiere, teórica. Entre la doctrina se ha generado una controversia interpretativa sobre si la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de esta nueva causa de discriminación por enfermedad y condición de salud requeriría haberse hecho mediante una ley orgánica y no una ley ordinaria (como es la Ley 15/2022). Las posiciones son básicamente:

1) Quienes sostienen la adecuación constitucional de la Ley 15/2022 (ordinaria) cuando conceptúa como discriminación prohibida la enfermedad insisten en que formalmente el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 CE) no está incluido entre los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 15 a 29 CE), por lo que no exigiría desarrollo por ley orgánica (artículo 81.1 CE), aunque a efectos de protección constitucional cuente con las mismas garantías reconocidas a los derechos fundamentales (la tutela reforzada mediante un procedimiento preferente y sumario en la jurisdicción ordinaria y mediante recurso de amparo recogidos en el artículo 53.2 CE, que expresamente dispone el mismo tratamiento del derecho a la no discriminación que los formalmente considerados derechos fundamentales)¹⁹. Desde este posicionamiento, se ha precisado que incluso asumiendo que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación entrara en el concepto “amplio” de derecho fundamental, se debería distinguir (siguiendo a la STC 135/2006, de 27 de abril) entre (1) *la imposición de límites a un derecho fundamental* (actividad normativa reservada a la ley orgánica conforme al artículo 81.1 CE) y (2) *la regulación del ejercicio del derecho* (tarea que compete al legislador ordinario en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE), y por tanto, se entiende que el carácter ordinario y no orgánico de la nueva ley no es obstáculo para la ampliación del ámbito subjetivo de la tutela antidiscriminatoria, al incorporar las causas de discriminación de nuevo reconocimiento por su “especial relevancia social”, *a diferencia de si se pretendiera lo contrario, la restricción de dicho ámbito de tutela, cosa que (entonces sí) exigiría el carácter orgánico de la nueva ley*. Además, se recuerda que tal incorporación (por vía de norma ordinaria) de nuevas causas de discriminación ya ha ocurrido en anteriores ocasiones (por ejemplo mediante la sucesiva incorporación de nuevas causas de discriminación en los artículos 4 y 17 ET)²⁰.

2) Y por el contrario, hay quienes consideran inadmisibles que una ley ordinaria sea la que ha ampliado las discriminaciones constitucionalmente prohibidas, calificando expresamente como causa discriminatoria la enfermedad, manteniendo que el derecho a la igualdad de trato y no discriminación tiene sustancialmente naturaleza de derecho fundamental²¹ y por tanto exigiría desarrollo por ley

¹⁹ En particular, 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”, *op. cit.*, página 8. En el mismo sentido se pronuncia también la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4970), cuando considera que la Ley 15/2022 constituye desarrollo del artículo 14 CE, que, por no encontrarse entre los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos sistemáticamente en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la CE, y cuya regulación sí que exigiría ley orgánica (artículo ex 81.1 CE), *admite regulación por una ley ordinaria*. Para ello, se distingue entre el ámbito objetivo de los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 81.1 CE (exigencia de desarrollo por ley orgánica) y los que se refiere el artículo 53.2 CE (protección constitucional reforzada mediante su tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario y mediante la posibilidad del recurso de amparo). En el primero no estaría incluido el derecho (fundamental) a la igualdad y no discriminación; en el segundo, sí.

²⁰ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)”, *op. cit.*, páginas 21 y 22.

²¹ Cosa que también ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional, como sintetiza la STC 91/2019, de 3 de julio: el artículo 14 CE concreta la igualdad como valor superior del ordenamiento (artículo 1 CE) *en un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales, que no es simplemente instrumental a los demás derechos fundamentales, sino que adquiere un contenido propio*. En un Estado social

orgánica ya que se trata de un derecho de carácter autónomo o relacional, pues tiene la cualidad de ser un genuino derecho fundamental, vinculante y directamente aplicable, equiparado expresamente por el legislador a los derechos fundamentales respecto de las garantías procesales (como se aprecia, por ejemplo, en los artículos 96.1, 177.1 y 183.1 LRJS), y por tanto sometido a la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE²².

Desde nuestro punto de vista, aunque consideramos que puede haber elementos de juicio, criterios constitucionales y argumentos jurídicos tanto a favor como en contra de negar virtualidad a su reconocimiento y regulación por una ley ordinaria, como más adelante sostenemos, a efectos prácticos, y en concreto respecto de la calificación de nulidad de un despido discriminatorio por enfermedad, es irrelevante la discusión sobre la naturaleza de la ley que declara la enfermedad como causa de discriminación prohibida, lo importante es, como por ejemplo se desprende del artículo 55.5 ET (que se remite a las causas de discriminación previstas en la Constitución o en la Ley), que tenga rango de ley.

2. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO

Con carácter general, referido a cualquier circunstancia discriminatoria, el artículo 9 (Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena) de la Ley 15/2022 dispone que no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por cualquier causa discriminatoria para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección²³, entendiéndose expresamente como discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo (público o privado) que produzcan situaciones de discriminación indirecta. Para garantizar esa igualdad de trato y no discriminación se hace un llamamiento a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas para que “velen” específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta, favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin, como el currículo de vida anónimo (*curriculum vitae* “ciego”). Igualmente, aunque es innecesaria, por obvia, se atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el deber de velar (lo que conlleva vigilar y exigir su cumplimiento), particularmente, por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo, para lo que incluirá en su plan anual integrado de actuación, con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo.

Y en concreto, respecto al derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de enfermedad, condición de salud, estado serológico y predisposición genética a padecer determinadas patologías y trastornos, el artículo 9.5 de la Ley 15/2022 dispone de forma clara y contundente que “el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto”.

y democrático de Derecho, *el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos*”.

²² MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (Una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes)”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, Vol. 2, núm. 2, 2023, páginas 39 a 43, que cuestiona exclusivamente la configuración por ley ordinaria de la enfermedad y condición de salud como causa discriminatoria prohibida.

²³ Ni siquiera mediante la negociación colectiva, pues, sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, ésta tampoco podrá “establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección” (artículo 10 de la Ley 15/2022). Es una concreción de la prohibición general de discriminación en el acceso al empleo ya establecida en el precepto anterior, una precaución (tal vez innecesaria) frente a la principal fuente reguladora de las condiciones de trabajo y, por tanto, también de las condiciones de acceso al empleo y de los criterios de selección.

Con tales previsiones legales se produce una limitación de la libertad contractual del empleador (libertad de empresa, *ex* artículo 38 CE), en la medida en que debe respetarse el principio de no discriminación en el acceso al empleo, y en particular, la no discriminación por enfermedad o condición de salud. De esta manera, el derecho a la no discriminación en el acceso al empleo se proyecta sobre un estadio previo a la contratación, afectando a los sistemas de acceso al empleo, a las ofertas de empleo, al diseño de los *curriculum vitae*, a los procesos y a los criterios de selección, a las entrevistas de trabajo, a las pruebas de aptitud y a los controles médicos previos²⁴, a la formación previa exigida, etcétera.

En el acceso al empleo, las discriminaciones por el estado de salud del trabajador más que tener fundamento en la enfermedad lo tiene en el conocimiento del estado serológico del aspirante y su predisposición genética a padecer determinadas patologías y trastornos. El conocimiento por parte de la empresa del estado serológico del candidato (por ejemplo, infección por VIH o la información que proporcionen los test de anticuerpos o pruebas dirigidas a detectar la existencia de anticuerpos de la COVID-19 que se han utilizado en muchas empresas) o de que tiene cierta predisposición genética (información que en ocasiones pueden provenir de las enfermedades o condiciones de salud de familiares directos) para padecer determinados trastornos (intolerancias y alergias, celiaquía, diabetes, problemas bronquiales, etcétera) no puede ser la razón de la no contratación, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una discriminación prohibida.

En cualquier caso, para reforzar la eficacia de esta tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad en relación con el acceso al empleo hubiera sido conveniente, para garantizar el principio de tipicidad característico del derecho sancionador, que la propia Ley 15/2022 hubiera considerado expresamente como infracción la discriminación por enfermedad o condición de salud en el acceso al empleo y selección de personal, modificando para ello la LISOS (que no contemplaba como motivo discriminatorio la enfermedad). No fue así. Sin embargo, sí lo hizo la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que modificó el artículo 16.1.c. LISOS en el sentido de pasar a considerar como infracción muy grave el “solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan

²⁴ Ya con anterioridad se había subrayado que no eran aceptables controles médicos que determinaran o condicionaran el acceso al empleo. Por ejemplo, la STC 196/2004, de 15 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 2004), dejaba claro que *el reconocimiento médico laboral no puede ser utilizado con un propósito de selección de personal para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de los trabajadores, sino que “su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud”*. No obstante, aunque solo con esa finalidad preventiva (en ningún caso discriminatoria) admitida por la jurisprudencia, encontramos reconocimientos médicos previos a la contratación previstos en algunos convenios colectivos (por ejemplo, por el VII Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, BOE de 23 de septiembre de 2023, que en su artículo 19.2 dispone que “la persona trabajadora, con independencia de su categoría profesional y antes de su admisión en la empresa, será sometida a un control de salud” conforme señala el artículo 20.2, que reconoce que “la empresa garantizará a las personas trabajadoras 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”). Fuera de tales casos, por imperativo legal, el artículo 243 (Normas específicas para enfermedades profesionales) de la LGSS establece que todas las 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, no pudiendo contratar a los trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. De este modo, la obligatoriedad de someterse a reconocimientos previos al acceso al puesto de trabajo no está contemplada con carácter general, sino solo para actividades específicas. Pero incluso en estos casos surge la duda de si obligar al trabajador a someterse a un reconocimiento médico previo a la contratación supone, en realidad, indagar sobre su estado de salud en los términos prohibidos por el artículo 9.5 de la Ley 15/2022 (no preguntar al aspirante al puesto sobre sus condiciones de salud). En este sentido se ha defendido una interpretación literal de la norma. Así, AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido...*, *op. cit.*, página 115, considera que el precepto legal solo prohíbe interrogar o hacer preguntas directas al trabajador sobre su estado de salud en las entrevistas de trabajo, por lo que no afectaría a la doctrina hasta ahora existente en materia de controles médicos.

discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de (...) salud”²⁵. Con ello parece quedar solucionada una duda interpretativa en virtud de la cual podría quedar impune la discriminación por razón de enfermedad en el acceso al empleo²⁶.

3. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

En los mismos términos que hemos destacado cómo el artículo 9 de la Ley 15/2022 proscribe cualquier limitación, segregación o exclusión por cualquier causa discriminatoria de las previstas en dicha ley para el acceso al empleo, este precepto legal también prohíbe cualquier limitación segregación o exclusión por tales razones discriminatorias *en relación con cualquier condición de trabajo*, destacando expresamente, tal vez por su relevancia laboral algunas materias, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación 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 (*vid.* 5, donde analizamos específicamente la extinción contractual discriminatoria por enfermedad). Igualmente, se entenderán discriminatorias las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley. Como garantía, se recuerda que compete a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo.

Siendo la negociación colectiva la principal fuente reguladora de las condiciones de trabajo, es hasta cierto punto significativo (*vid.* nota 22) que el artículo 10 (Negociación colectiva) de la Ley 15/2022 disponga que, sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos (*ex* artículo 85.1 ET), la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones 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, entre otras causas, por razón de enfermedad²⁷. Con independencia de los procesos negociadores, también se atribuye a la representación legal de los trabajadores y a la propia empresa el “velar” por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos.

De entre las condiciones de trabajo sobre las que puede incidir un comportamiento discriminatorio por enfermedad, de las que con mayor frecuencia se han detectado regulaciones discriminatorias en los convenios colectivos son las relacionadas con las ausencias por bajas médicas, que afectan directamente a incentivos económicos o complementos salariales y a la jornada de trabajo y régimen de descansos, condicionando dicho absentismo por enfermedad, en algunos casos, el derecho a disfrutar de días de permisos retribuidos. Veamos algunos de estos casos.

²⁵ Resulta sorprendente que otra norma, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, haya modificado simultáneamente también el artículo 16.1.c LISOS, pero, en cambio, a diferencia de la modificación por la Ley 3/2023, sin hacer mención expresa alguna a la discriminación en el acceso al empleo por razón de enfermedad o de salud.

²⁶ Como ha destacado AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido...*, *op. cit.*, página 119, al no tipificar la LISOS las conductas discriminatorias antes de iniciada la relación de trabajo, la discriminación empresarial en el acceso al empleo era una conducta “atípica y, en consecuencia, no podía ser sancionada administrativamente”.

²⁷ Además de dicha prohibición de discriminación, se hace un llamamiento a los poderes públicos para fomentar el diálogo con los interlocutores sociales, a fin de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas. En el mismo sentido, se considera la negociación colectiva como una vía adecuada para establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, pudiendo en su caso establecerse (conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores) objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica.

En particular, encontramos en la negociación colectiva *pluses o incentivos económicos* vinculados a planes de reducción del absentismo. Alguno de estos sistemas de incentivos “penalizan” a los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal o por causas vinculadas a la enfermedad o al estado de salud. La SAN de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257), como ya hemos tenido ocasión de comentar, considera discriminatorias por enfermedad, y por tanto, contrarias a derecho, y nulas, unas cláusulas sobre *planes de absentismo* establecidos por el III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector del Contact Center conforme a las cuales, aun alcanzando los objetivos establecidos, *se suprime o reduce el cobro de los correspondientes pluses e incentivos cuando los trabajadores superan un determinado índice de absentismo*²⁸, afectando concretamente a los trabajadores en situación de incapacidad temporal o que utilizan el permiso de acompañamiento a consultas médicas a personas a su cargo²⁹, tratándose este último caso de un claro supuesto de discriminación por asociación. De este modo, ambas circunstancias, vinculadas a la enfermedad o condición de salud, esto es, (1) encontrarse en situación de baja médica (IT) y (2) acompañar a una persona a su cargo a consultas médicas, se penalizan como absentismo a efectos del percibo de la prima por incentivos, lo que constituye una evidente discriminación por enfermedad.

Igualmente, también como ya hemos comentado, ante un supuesto similar en el que se penaliza con la *pérdida de un complementos salarial* reconocido por el convenio colectivo aplicables solo a los trabajadores que no superen un determinado índice de absentismo, la SAN de 22 de enero de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:377) considera discriminación por enfermedad el que las situaciones de incapacidad temporal y los permisos para acompañar a las consultas médicas a familiares a cargo computen como absentismo a tales efectos, dispensando un trato peyorativo (la pérdida del complemento salarial) por razón de enfermedad.

Por su parte, la SAN de 13 de febrero de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:496) declara la nulidad de las cláusulas de los planes de incentivos previstos en convenio, por constituir una *discriminación directa por razón de salud o enfermedad*, al considerar como “absentismo no recuperable” que excluye de la percepción de tales incentivos las *ausencias debidas por bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos, situaciones todas ellas vinculadas con una situación de salud desfavorable para el trabajador*, ajena en todo punto a su voluntad, y de la que se desprende una evidente penalización, frente a otros trabajadores que no incurrir en dichas situaciones, incidiendo en la percepción del objetivo (por lo que se les estaría dispensando un trato desigual y menos favorable que a los trabajadores que no hubieran causado períodos de IT en el tramo temporal de referencia).

Por otro lado, respecto a los *permisos retribuidos* reconocidos a los trabajadores, la SAN de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:1942) considera discriminatorio interpretar que el efectivo disfrute de los 4 días de libre disposición a lo largo del año que se reconoce como licencia retribuida por el artículo 53 del VIII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal esté condicionado por la exigencia de “un período de trabajo previo de tres meses por cada día de libre disposición”, según la parte empresarial con el objetivo de reducir el absentismo, por cuanto, además de entender la Sala que se trata de tiempo de antigüedad y en ningún caso de tiempo de trabajo efectivo, dicha interpretación de la norma convencional “iría en contra de las actuales previsiones legislativas orientadas a la protección de

²⁸ Para la fijación de dichos índices se consideran las ausencias justificadas como no justificadas salvo las previstas en el artículo 37.3 ET y los equivalentes permisos retribuidos reconocidos por el artículo 30 del convenio colectivo aplicable, las vacaciones, los días libres por festivo trabajado, las horas de huelga, el tiempo destinado a reconocimiento médico anual de empresa y los créditos sindicales. Nada más.

²⁹ El artículo 31 (Permisos no retribuidos) del III Convenio Colectivo de Contact Center (BOE de 9 de junio de 2023) reconoce que “quienes tengan a su cargo hijos o hijas menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años, dispondrán del tiempo necesario para acompañarles a las consultas médicas oportunas, previo aviso y justificación”.

situaciones discriminatorias por razón de enfermedad” por afectar negativamente a los trabajadores en situación de baja médica por incapacidad temporal, pues si se interpretara en los términos interesados por la patronal “excluyendo del tiempo previo de trabajo de tres meses las situaciones de IT, estaríamos adoptando una solución contraria a la Ley 15/2022, pues situaríamos en desventaja discriminatoria en orden al derecho a disfrute de días de libre disposición a aquellos trabajadores que hubieran visto suspendidos sus contratos por razón de enfermedad”.

No obstante, encontramos también otras condiciones de trabajo respecto de las que se puede detectar un trato discriminatorio por enfermedad, hasta incluso supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de movilidad funcional. En este sentido, la STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406) considera como discriminación por enfermedad una “movilidad organizativa” que solo afectó a una trabajadora que se acababa de incorporar a la actividad laboral tras una baja por incapacidad temporal (y no al resto de personal).

4. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXIGIBILIDAD DE AJUSTES RAZONABLES PARA EL TRABAJADOR ESPECIALMENTE SENSIBLE POR SU CONDICIÓN DE SALUD

Aunque la salud y seguridad en el trabajo constituye también una condición de trabajo (trabajar de forma segura), la especial relevancia de la prevención de riesgos laborales aconseja un tratamiento específico en este estudio, mereciendo un análisis particular la *vigilancia de la salud y prevención de riesgos laborales*. Respecto de esta condición de trabajo también se reconoce la igualdad de trato y no discriminación por enfermedad que específicamente incorpora la Ley 15/2022. No obstante, ya la propia norma preventiva establecía garantías para no utilizar los resultados de tales controles médicos con fines discriminatorios, en la medida que el artículo 22 LPRL establece en particular: (a) que 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; (b) que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador; (c) que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador³⁰.

Esta intervención sanitaria en la empresa con finalidad de la vigilancia de la salud es delimitada por el artículo 37 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, cuando dispone que en materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar: (1) 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; (2) una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores; y (3) una vigilancia de la salud a intervalos periódicos. De esta manera, durante la relación de trabajo nos encontramos con específicas obligaciones preventivas de la empresa para garantizar la seguridad y salud en el trabajo. Por ello, y sin perjuicio de los reconocimientos médicos previos al acceso al empleo que están expresamente previstos (*vid.* nota 23), el deber empresarial de vigilancia de la salud (*ex* artículo 22 LPRL) no puede

³⁰ No obstante, como excepción, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

retrotraerse a los momentos previos a la contratación, sino que la evaluación inicial de la salud del trabajador solo puede producirse con posterioridad a la incorporación al trabajo³¹.

De este modo, la vigilancia de la salud presenta dos perspectivas.

1) Puede constituir una vía o un instrumento para conocer la enfermedad o condición de salud, el estado serológico o la predisposición genética de la persona trabajadora a padecer determinadas patologías o trastornos, y que dicho conocimiento “active” medidas o decisiones discriminatorias del empleador, por lo que, en los términos que contempla el artículo 22 LPRL, es necesario tomar necesarias cautelas que garanticen el derecho a la intimidad, la confidencialidad de los datos, la no comunicación a la empresa ni a terceros, y la prohibición de utilización con fines discriminatorios.

2) La igualdad de trato y no discriminación por enfermedad se predica también respecto de las condiciones de trabajo de los trabajadores que *por sus características personales o estado biológico* (potencialmente vinculados a su condición de salud, estado serológico o predisposición genética) sean especialmente sensibles a determinados riesgos, y active el mecanismo de protección del artículo 25.1 LPRL, que obliga al empresario a garantizar dicha protección de manera específica, teniéndolo en cuenta en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptando las medidas preventivas y de protección necesarias. Entre éstas, podrían considerarse también los *ajustes razonables para adaptar el puesto de trabajo* y proteger la salud de las personas trabajadoras (aunque solo para aquellos trabajadores “enfermos” que cumplieran con las condiciones de ser considerados trabajadores especialmente sensibles)³², y no proceder a dicha adaptación podría ser considerado discriminatorio. Pues aunque, como decíamos, el artículo 6.1 de la Ley 15/2022 solo considera discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad (y no con enfermedad, no expresamente a las personas que por su condición de salud, estado serológico o predisposición genética, presentan características personales o estado biológico que la convierten en trabajador especialmente sensible), tal y como se ha defendido, es plausible proceder a los *ajustes razonables que conlleve adaptación del puesto a los trabajadores especialmente sensibles por su enfermedad o condición de salud*:

³¹ Así lo recuerdan, por ejemplo, CABEZA PEREIRO, J. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, páginas 116 y 117.

³² En este sentido, *vid.* GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación...”, *op. cit.*, página 115. Esta precisión, que el concepto “enfermedad” es diferente, no absolutamente coincidente y mucho más amplio que el de “trabajador especialmente sensible”, en la medida que no todos los trabajadores enfermos o con una determinada condición de salud o estado serológico o predisposición genética lo serán, y que además también serían trabajadores especialmente sensibles los trabajadores con discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida. Ello ha llevado a sostener que la empresa no tiene obligación alguna de realizar ajustes razonables respecto del trabajador enfermo (TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Discriminación por enfermedad”, *Noticias Cielo Laboral*, núm. 11, 2022, página 3) o que solo respecto a situaciones de “discapacidad”, que no de “enfermedad o condición de salud”, será exigible el mandato de “ajustes razonables” *ex art. 6* de la Directiva 2000/78 (AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)”, *op. cit.*, página 32). En este último sentido, hay que reconocer que también el artículo 6.1 de la Ley 15/2022 solo considera discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. Y en relación con esto, se ha argumentado que aunque de ello se infiere que la medida de ajustes razonables es exigible cuando la enfermedad se pueda considerar asimilable a la discapacidad (por su prolongación), pero no cuando se trata de proteger a personas que simplemente padecen una enfermedad, bien que sería lo razonable si ello fuera motivo de discriminación (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”, *op. cit.*, página 23).

(1) por un lado, porque también las personas con enfermedad o condición de salud susceptible de protección podrían ser discriminadas por la denegación de ajustes razonables requeridos en función precisamente de su enfermedad o condición de salud³³;

(2) por otro lado, porque el régimen jurídico de protección de la persona trabajadora con una enfermedad subsumible en el concepto de discapacidad es similar a aquella otra catalogada como especialmente sensible³⁴; y

(3) finalmente, porque no se puede “apartar” a estos trabajadores especialmente sensibles de su trabajo sin más, básicamente porque la doctrina de los ajustes razonables se está consolidando como criterio en la tutela antidiscriminatoria en particular, y en la del conjunto de derechos fundamentales en general³⁵.

5. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

5.1. La extinción contractual del trabajador enfermo

Hay unos supuestos extintivos especialmente problemáticos de cara a poder encubrir discriminaciones por razón de enfermedad.

5.1.1. Libre desistimiento durante el período de prueba

Durante el período de prueba cualquiera de las partes puede desistir de la relación de trabajo, pero ello no significa que se puede hacer de forma arbitraria, ni mucho menos discriminatoria, sino que debe responder a razones objetivas. Tal y como veremos a continuación, muchos desistimientos empresariales pueden enmascarar auténticos despidos discriminatorios por enfermedad, siendo la consecuencia la nulidad de dicho “despido”, como se constata, entre otras, en la STSJ de Aragón de 15 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAR:2024:375) o en la STSJ de Baleares de 24 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJBAL:2023:97).

³³ ALONSO PAULÍ, M., MORO VALENTÍN-GAMAZO, A. y ALVARADO CAYCHO, G.R.: *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Francis Lefebvre, Madrid, 2024, página 81, que además consideran plenamente aplicables los ajustes razonables que puedan requerir las personas trabajadoras no discapacitadas pero con una enfermedad o condición de salud susceptible de protección en función del tratamiento de la misma o de las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de las actividades laborales. Y más aún “cuando la evolución jurisprudencial comunitaria y nacional ha hecho extensiva la discapacidad a situaciones de enfermedad de larga duración, y cuando el legislador nacional ha introducido como factor de discriminación la enfermedad sin distinguir entre enfermedad de larga, media o corta duración ni establecer que la enfermedad tenga una determinada intensidad o gravedad”.

³⁴ GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación...”, *op. cit.*, página 116, que, sin embargo, reconoce que “no está tan claro que, si no fuera posible la adaptación del puesto o la incorporación de medidas preventivas a fin de evitar el riesgo, fuera preceptivo el cambio de puesto de trabajo de los trabajadores especialmente sensibles. Sobre este debate *vid.* MORENO SOLANA, A.: “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020, página 5.

³⁵ GARCÍA SALAS, A.I.: *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, páginas 213 y 214, precisando que “ni tan siquiera es libre la empresa de apartarlos en todas aquellas circunstancias que pueden convertir a un trabajador en TES, aunque no suponga enfermedad: características personales y estado biológico, que, además de a patologías, pueden referirse a defectos, deficiencias o peculiaridades (miopías, obesidad, alergias, vértigos..., o las consecuencias naturales de la edad); que aun no generando incapacidad laboral, pueden agravarse, generar nuevos riesgos o impedir al trabajador dar respuesta a las exigencias psicofísicas del puesto”. Y es que prevalece el derecho al trabajo, modulando las obligaciones preventivas del empresario, de manera que se haga posible continuar trabajando.

5.1.2. Despidos disciplinarios

Lo mismo se podría decir del despido disciplinario: puede encubrir despidos discriminatorios. Especialmente respecto a la alegación como incumplimiento contractual grave del trabajador que justificara la sanción de despido de *la disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajo*, podemos encontrar casos en los que lo que haya detrás sea una enfermedad o condición de salud del trabajador, y que sea ese el verdadero motivo de extinción. En tal caso, la consecuencia sería la nulidad del despido. Es el caso que reconoce, por ejemplo, y como más adelante se verá, la STSJ de Canarias de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJICAN:2024:211).

5.1.3. Despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador

En el caso del despido colectivo y del despido objetivo sucede exactamente igual: hay que analizar, tal y como se verá a continuación, las pruebas indiciarias que aporte el trabajador para acreditar la posible discriminación por enfermedad y la aportación por parte empresarial de una justificación objetiva y razonable en la que se fundamente la extinción, y que esta decisión extintiva no tuviera nada que ver con la enfermedad o estado de salud del trabajador, o incluso que aun así estuviera legitimada la extinción (justificándola en la limitación objetiva que cause la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades: artículo 2.3 de la Ley 15/2022). En relación con esto último es especialmente interesante el análisis del despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador, cuando dicha ineptitud pudiera estar causada por su enfermedad o por la merma o deterioro de su salud, o incluso por el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial, pues pudiera tratarse de una discriminación por enfermedad justificada objetivamente por la ineptitud para desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo. No obstante, y en relación con lo que en el siguiente epígrafe se argumentará, *planteamos la posibilidad de que*, si bien no se trata de un supuesto equiparable a la discapacidad, también en los supuestos de incapacidad permanente parcial o enfermedad o condición de salud que origine la ineptitud sobrevenida del trabajador para el desempeño de determinadas funciones, *previamente a la ejecución de un despido objetivo sea exigible al empresario la obligación de adaptar el puesto de trabajo o de realizar los ajustes razonables* para que, como alternativa a la extinción contractual, el trabajador pudiera seguir prestando servicios en otras condiciones.

5.1.4. La extinción contractual por incapacidad permanente

El 49.1.e del ET considera que la incapacidad permanente del trabajador (en sus grados de gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta) es causa de extinción del contrato de trabajo. De este modo, aunque no conceptualmente, sino solo a estos efectos extintivos, se está equiparando la *incapacidad permanente* (que puede tener su origen en enfermedad o accidente o cualquier otra condición de salud) a la *muerte* del trabajador. Pero ahondando en este concepto de incapacidad permanente, lo más relevante es su conexión con la *discapacidad* y la *enfermedad*. Por un lado, desde un punto de vista conceptual, se está también equiparando *discapacidad* e *incapacidad permanente*, en la medida que la declaración de la situación de incapacidad permanente supone el reconocimiento de una discapacidad³⁶. Por eso, formalmente, en este caso estaríamos hablando de discapacidad como causa discriminatoria. Pero dicha situación de *discapacidad-incapacidad permanente* puede estar generada por una enfermedad o un accidente que afecta a la salud del trabajador, y en tal caso,

³⁶ Artículo 4.2 del 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 su Inclusión Social (conforme a la redacción dada por el apartado 1 de la Disposición Final 2ª de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo): “se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

indirectamente, estaríamos también ante *una enfermedad o condición de salud que deviene en dicha discapacidad-incapacidad permanente*, que constituye la causa extintiva. Por todo ello entendemos que al trabajador en situación de discapacidad-incapacidad permanente le sería de aplicación la *exigencia de ajustes razonables previamente a la extinción contractual*.

En relación con esto, la STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *J.M.A.R y Ca Na Negreta S.A.*, ha declarado que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, interpretado a la luz 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 de 2006, *debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva*. Por tanto, la extinción contractual por incapacidad permanente del trabajador (ex artículo 49.1.e ET) *no opera automáticamente*, no es una causa de extinción automática. Establece una obligación empresarial de realizar los ajustes razonables necesarios para mantener la prestación de servicios y el contrato de trabajo. Solo se extinguiría el contrato de trabajo si la empresa pudiera acreditar que no son posibles tales ajustes razonables o que éstos constituyen una carga excesiva³⁷. De lo contrario nos encontraríamos ante un despido discriminatorio por razón de discapacidad (y por extensión, enfermedad), siendo la consecuencia la nulidad de dicha extinción.

5.2. La nulidad del despido discriminatorio por enfermedad del trabajador

5.2.1. Antecedentes: la nulidad del despido producido durante la suspensión por incapacidad temporal

Si bien es cierto que hasta ahora no se consideraba la enfermedad y la condición de salud como específica causa discriminatoria que conduciría a la declaración de nulidad de un despido cuya procedencia no haya podido acreditarse, también lo es que hasta la reforma laboral de 1994 dicha circunstancia estaba formalmente considerada y provocaba la nulidad del despido del trabajador que por enfermedad estuviera en situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, como caso particular del genérico reconocimiento de la nulidad del despido del trabajador con el contrato de trabajo suspendido. Así, el ET originario de 1980, en su artículo 55.6, 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. En el mismo sentido, el artículo 102.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (también de 1980) disponía que *sólo se declarará nulo el despido cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo* y no se apreciase procedente el despido, o en los demás casos establecidos por la Ley³⁸.

³⁷ En este sentido, la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20, *HR Rail*, ha precisado que el concepto de “ajustes razonables” implica que un trabajador que ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en 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 su empresario.

³⁸ También la posterior LPL de 1990 mantuvo la prohibición de despido de los trabajadores con contrato suspendido, para el caso de que no se declare su procedencia (artículo 108.2.b), garantizando que la sentencia de declaración de nulidad del despido se ejecutaría en sus propios términos cuando se fundamente en la suspensión del contrato del trabajador despedido, una vez haya concluido la causa de tal suspensión. En relación con ello, 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, página 10, subraya que esta protección frente al despido del trabajador en situación de incapacidad temporal estaba en consonancia con el artículo 6.1 del

Pero la reforma laboral de 1994 suprimió dicha consideración. Y aunque el ET no haya vuelto a contener una regla específica de nulidad del despido por discriminación por enfermedad, ni siquiera tras la Ley 15/2022, es evidente que al haber recogido ésta como causa específica de discriminación prohibida la enfermedad o condición de salud del trabajador, entra dentro de la tutela que el actual artículo 55.5 ET dispensa frente al despido discriminatorio. Por ello, a través de esta remisión genérica a las discriminaciones prohibidas por la Constitución o la Ley, la norma estatutaria reconoce la nulidad del despido de un trabajador enfermo que no ha sido calificado como procedente, por discriminatorio.

5.2.2. La nulidad del despido discriminatorio por enfermedad y el estéril debate sobre la necesidad de que la Ley 15/2022 hubiera tenido rango de ley orgánica

Conforme al artículo 55.5 ET, será nulo el despido que (1) tenga por móvil “alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley”³⁹ (en concreto, las referidas en el artículo 14 CE y en la Ley 15/2022, que desarrolla y amplía legalmente el listado de causas discriminatorias que dejaba abierto el texto constitucional) o bien (2) se produzca “con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora”.

No obstante, se ha argumentado a favor de reconocer con carácter general la improcedencia (y no la nulidad) del despido sin causa de un trabajador en situación de enfermedad por considerar que la Ley 15/2022 no es eficaz al incorporar la enfermedad como factor de discriminación, por no tratarse de una ley orgánica⁴⁰, con lo que aquí nuevamente trasciende el debate doctrinal al que aludíamos en 1.7.⁴¹

Por nuestra parte, entendemos, tal y como hemos señalado (*vid.* nota 36), que dicha controversia es en este punto irrelevante. No hay duda de que hay una ley (vigente y no declarada inconstitucional) que reconoce como causa de discriminación la enfermedad, y un despido que tuviera dicha causa como móvil adolecería de nulidad. Ni siquiera consideramos que sea necesaria

Convenio núm. 158 de la OIT de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo (ratificado por España en 1985) que dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir causa justificada de terminación de la relación de trabajo. Con ello, el despido en situación de incapacidad temporal sería equiparable a la actualmente denominada “tutela objetiva” de las situaciones especialmente protegidas (vinculadas a la maternidad, paternidad, embarazo, ejercicio de los derechos de conciliación).

³⁹ Se trata de una disyuntiva (“o”): la causa de discriminación prohibida puede contemplarla la Constitución o la Ley. Y en este caso, y con independencia del debate de si su naturaleza debería ser de ley orgánica u ordinaria, no hay duda de que la Ley 15/2022 está en vigor y constituye derecho vigente.

⁴⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Enfermedad, discriminación y despido...”, *op. cit.*, página 37, que considera que los despidos de personal en situación de baja médica por IT son improcedentes, no nulos, porque no estaríamos ante un despido que tenga como móvil una causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, ya que interpreta que la Ley 15/2022 no es eficaz por la ausencia de rango orgánico de su artículo 2.1. Y así, concluye en la página 47 que se hubiera necesitado “rango orgánico para introducir en nuestro ordenamiento el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de enfermedad”, advirtiendo que conforme el artículo 28.2 LOTC, el Tribunal Constitucional podría declarar inconstitucionales, por infracción del artículo 81.1 CE, las leyes ordinarias que hubieran regulado materias reservadas a ley orgánica”.

⁴¹ Debate a favor o en contra de su regulación por ley ordinaria, a la que se suman MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, *La Ley Unión Europea*, núm. 126, 2024, página 14, cuando se cuestionan ¿por qué la Ley 15/2022 no ha protegido, como un derecho fundamental, los despidos durante los procesos de baja por IT y por IP? Su respuesta es sencilla y pragmática: porque la Ley 15/2022 no tiene rango de ordinaria debido a que el Gobierno no alcanzó la mayoría absoluta que requería para aprobarla como Ley Orgánica. Por lo que, todo apunta a que de nuevo los trabajadores tendrán que litigar y luchar para conquistar derechos que no les reconoce expresamente el legislador. En relación con esto, *vid.* LÓPEZ INSUA, B.M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?”, *Iuslabor*, núm. 2, 2023.

una expresa concreción como causa discriminatoria por parte del artículo 55.5 ET, pues eso ya lo ha hecho la Ley 15/2022 (que ha definido una nueva “causa de discriminación prohibida (...) en la Ley”: la enfermedad o condición de salud). En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de suplicación, declarando tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 la *nulidad del despido sin causa que se fundamenta en una discriminación por enfermedad*⁴². Por tanto, las previsiones de la Ley 15/2022 determinan que, en principio, un despido *ad nutum* que tenga por móvil la enfermedad sea discriminatorio y, por lo tanto, debe ser declarado nulo.

Sin embargo, el despido discriminatorio por enfermedad necesita ser acreditado para poder declarar su nulidad. En todo caso, hay que destacar que ni antes ni después de la entrada en vigor de la Ley 15/2022 una situación de incapacidad temporal del trabajador puede conllevar sin más y de forma automática, que la misma sea acreedora de la declaración de nulidad, ya que ni siquiera el poder ser considerada ahora como causa de discriminación (por causa de la enfermedad) es suficiente si no aparece como la causa del despido, pues solo el que obedezca a ella como móvil puede merecer la calificación de nulidad. Habrá que estar a cada caso concreto para dilucidar si en el despido ha habido discriminación por enfermedad, en cuyo caso éste sería nulo; o si no existen indicios de que la causa discriminatoria sea la enfermedad, en cuyo caso el despido sería improcedente (si no procedente)⁴³. Por tanto, la mera situación de enfermedad del trabajador no genera la nulidad del despido, *no se trata de un supuesto de nulidad objetiva*⁴⁴ por lo que la jurisprudencia, con fundamento en el artículo 96.1 LRJS, en el artículo 177.1 LRJS, en el artículo 181.2 LRJS, así como en el propio artículo 30.1 (Reglas relativas a la carga de la prueba) de la Ley 15/2022⁴⁵, considera que para que un despido discriminatorio por enfermedad de la persona trabajadora fuera declarado nulo es necesario un denominado *test de aplicación*⁴⁶:

⁴² Por ejemplo, la STSJ de Canarias de 27 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJICAN:2023:2290) considera que la vinculación enfermedad/discapacidad como elemento esencial para la apreciación de un factor de discriminación ha sido superada, afirmando la plena y obligada aplicación de la Ley 15/2022, lo que a su vez conecta con la propia previsión literal del artículo 55.5 ET cuando funda la nulidad del despido en las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley. En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 16 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:869) entiende que para examinar la nulidad de un despido que se basa en la alegación de discriminación por razón de enfermedad, hay que tener en cuenta que tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 (el 14 de julio de 2022) “la enfermedad es ahora una causa que está legalmente prevista como causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, que es la circunstancia que exige el artículo 55.5 ET para la declaración de nulidad del despido”.

⁴³ La STSJ de Castilla La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809) precisa que “no se han modificado las causas de nulidad del despido, *ex art. 55.5 ET*, tampoco la Ley 15/2022, establece supuestos de nulidad objetiva como en el precepto indicado, maternidad, y otros”. Por tanto a la hora de analizar un despido en situación de enfermedad “puede resolverse tanto la nulidad como la improcedencia, de tal forma que la declaración de nulidad exigirá acreditar que el cese laboral sea consecuencia de situación de enfermedad o estado de salud; y si se presenta como ajeno, bien por razones disciplinarias u otras, derivadas del proceso, u objetivas que imposibilitan para el ejercicio de determinadas actividades, o por razón de salud pública, el despido podría ser correcto o improcedente”.

⁴⁴ Como señala la STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406), en el caso de un despido discriminatorio por enfermedad “no nos encontramos ante un supuesto de nulidad objetiva del despido, pues de haberlo querido así el legislador, tendría que haber modificado los artículos 53.4 y 55.5 ET y 108.2 y 122.2 LRJS”.

⁴⁵ Conforme al cual, *cundo la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, 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*

⁴⁶ Así, la STSJ de Cantabria de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:291), la STSJ de Cantabria de 12 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:253), la STSJ de Cantabria de 16 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:869), la STSJ de Cantabria de 17 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:973), la STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406), la STSJ de Castilla y León de 18 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCL:2024:1001), entre otras muchas, precisan que el “*test de aplicación* en casos de enfermedad para determinar si el despido ha tenido como móvil la misma” exige: a) comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido; b) determinar si existe un panorama indiciario de que el móvil del

1) Se debe constatar *la existencia de la enfermedad* (o condición de salud, o estado serológico o predisposición genética), lo que será sencillo cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal (de baja médica); y cuando no, habrá que aportar la prueba que la acredite.

2) Se debe *demonstrar una conexión causal entre la enfermedad del trabajador y su despido*. Esto es, se debe contar con indicios suficientes para apreciar discriminación por enfermedad. Como hemos indicado, no tratándose de un supuesto de nulidad objetiva del despido, sino causal, extraña a automatismos, es necesario aportar indicios suficientes de que su motivación constituya una discriminación por enfermedad, y en suma, que configuren un panorama favorable de apreciación⁴⁷. Así, *no basta con acreditar la existencia de enfermedad* (si fuera así, nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad objetiva del despido, similar, por ejemplo, al de la trabajadora embarazada), sino que es necesario aportar elementos de valoración adicionales que permitan inducir que la decisión extintiva del empresario pudiera tener como causa precisamente la enfermedad del trabajador (y no otra), esto es, indicios⁴⁸. Por lo tanto, se deben aportar al proceso elementos indiciarios sólidos que permitan invertir la carga de la prueba. Corresponde al trabajador aportar un indicio probatorio de que el empresario le ha discriminado, le ha despedido, por razón de su enfermedad⁴⁹.

3) Que no sea acreditado por el empleador que la extinción haya tenido fundamento en otra causa distinta a la enfermedad, situación de IT o condición de salud del trabajador. Esto es, comprobar que no existe justificación objetiva y razonable que pudiera excluir la causa discriminatoria.

De estas exigencias, vamos a referirnos específicamente a las dos últimas, puesto que la primera se trata simplemente de constatar la existencia de enfermedad o condición de salud que pudiera ser causa de discriminación.

despido ha sido la enfermedad; y c) en caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria.

⁴⁷ STSJ de Canarias de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJICAN:2024:211).

⁴⁸ Para la STS de 20 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4886) tales indicios deben ser entendidos como “fenómenos que permiten inferir la existencia de otros no percibidos”. Exigiéndose que tales indicios “generen una razonable sospecha o presunción a favor del alegato de discriminación”. Siendo el afectado por la eventual infracción quien debe aportar un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la parte demandada ha actuado guiada por intereses ilícitos contra derechos fundamentales racionalmente reconocidos. De esta manera, en el correcto entendimiento del artículo 181.2 LRJS los indicios son “señales o acciones que manifiestan o evidencian (de forma inequívoca) algo oculto, lo que resulta muy diferente de sospechar que es imaginar algo por conjeturas fundadas en las apariencias”.

⁴⁹ En este sentido, la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJEXT:2024:352) manifiesta que incumbe al trabajador la carga de probar la concurrencia de indicios que acrediten la discriminación, aunque “la necesidad de acreditar la existencia de indicios no supone la exigencia de prueba plena”. Igualmente, la STSJ de Extremadura de 19 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJEXT:2023:1050) reconoce que la Ley 15/2022 incorpora como causa discriminatoria la enfermedad (además de la discapacidad) pero dicha causa no opera como supuesto de nulidad objetiva, en tanto en cuanto no se ha modificado el artículo 55.5 ET, lo que conlleva “que la decisión empresarial que implique una discriminación por razón de la enfermedad determinaría la nulidad de la misma siempre que se aporten indicios suficientes por parte del trabajador que afirma dicha discriminación”, esto es, indicios de que “el despido se fundamenta esencialmente en la situación de baja médica”. Todo ello significa que “el trabajador debe aportar un indicio de tal discriminación, pues en principio la sola situación de IT no tiene porqué generar la declaración de nulidad del trabajador en incapacidad temporal. A saber, la mera situación de enfermedad no genera la nulidad del despido”. También la STSJ de Cantabria de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:291) recuerda que “quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe aportar al proceso elementos indiciarios sólidos que permitan invertir la carga de la prueba”, y no pueden considerarse como tales “las meras referencias a la existencia de una vulneración constitucional, sino que debe alegarse la existencia de un indicio que permita deducir la posibilidad de que ha podido producirse la alegada vulneración”, aunque “ello no implica que deba exigir de la persona trabajadora una prueba plena del elemento indiciario que alega (...), ya que basta con que consten probados hechos de los que resulte una presunción o apariencia de la vulneración del derecho fundamental”.

5.2.3. Valoración de los indicios de despido discriminatorio por enfermedad: nulidad o improcedencia

En primer lugar, aunque el simple hecho de que un trabajador se encontrara en situación de incapacidad temporal cuando tiene lugar el despido se ha calificado de indicio de discriminación *débil* (en el sentido de que no basta por sí mismo para acreditar la discriminación)⁵⁰ éste es un punto de partida, un primer indicio (que además, como ya hemos señalado, al mismo tiempo acredita la existencia de enfermedad). No obstante, en algún caso, si que se ha reconocido con carácter general, que se presume que hay *indicios suficientes* y circunstancias objetivas de discriminación por enfermedad *cuando la persona trabajadora despedida se encontraba en situación de incapacidad temporal* y la empresa no justifique de forma objetiva y razonable la extinción⁵¹. Pero no se olvide que la causa discriminatoria no es la situación de incapacidad temporal, sino la enfermedad. Enfermedad e incapacidad temporal no siempre coinciden. Puede haber situaciones de enfermedad sin baja laboral que constituyan una desventaja para el trabajador, que constituyan causa discriminatoria prohibida. Por ello lo relevante es que haya indicios suficientes para acreditar la discriminación por enfermedad, con independencia de si el trabajador se encuentra en situación de IT o no. En este sentido, se ha destacado que la protección antidiscriminatoria no exige que el trabajador se encuentre en situación de *incapacidad temporal*, puesto que el factor protegido es la *enfermedad o condición de salud* y la enfermedad no puede amparar diferencias de trato por razón de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades⁵².

Por eso, para valorar la existencia de indicios suficientes para vincular (o no) el despido con la enfermedad del trabajador, y por tanto, para considerar dicho despido discriminatorio por enfermedad como nulo (o si no improcedente), por tener precisamente su causa en ella, hay que tener en cuenta una multiplicidad de criterios y circunstancias. La mayor o menor gravedad de la enfermedad, su mayor o menor duración, su incidencia y las consecuencias y secuelas previsibles, etcétera, pueden constituir circunstancias relevantes e indicios a la hora de apreciar la existencia de un móvil discriminatorio

⁵⁰ La STSJ de Murcia de 30 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJMU:2024:932) reconoce que el hecho de que el demandante se encontrara en situación de incapacidad temporal puede ser valorado como un indicio de discriminación por razón de enfermedad o condición de salud. Ahora bien “la apreciación de tales indicios no implica que haya de considerarse probada la vulneración de derechos fundamentales, sino que únicamente provoca el desplazamiento hacia la empresa demandada de la carga de aportar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas (en este caso el despido) y de su proporcionalidad”.

⁵¹ En este sentido, la STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:207) considera que la circunstancia objetiva alegada por la trabajadora, esto es, la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba al tiempo del despido, permite inferir un panorama indiciario que habilita a la inversión de la carga de la prueba. Ello es así, cuando la empresa no acredita la concurrencia de una justificación objetiva y razonable de que, pese a encontrarse la persona trabajadora en situación de IT, el motivo de la extinción contractual nada tiene que ver con la enfermedad o condición de salud del trabajador.

⁵² La STSJ de Canarias de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJICAN:2024:211) declara la nulidad de un despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada del rendimiento del trabajador por entender que constituye discriminación por enfermedad (una hernia umbilical provocada por su trabajo y por la que el trabajador no se dio de baja médica, pero que le impedía desempeñar correctamente su habitual trabajo de carga). Argumenta que no consta que la empresa al tiempo de formalizar el despido conociera que el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal, pero ese desconocimiento carece de relevancia atendido el contexto. La empresa sí conocía el accidente y el estado físico en el que el trabajador se encontraba. Sabía que a raíz del accidente el trabajador presentaba limitación a esfuerzos (labores de esfuerzo habían causado la que resultó ser hernia umbilical y el trabajador sentía punzadas en la ejecución de ese tipo de tareas), sin embargo no dudó en aperturar un expediente sancionador *por disminución voluntaria y continuada en su rendimiento en el trabajo*, mera apariencia para cubrir formalmente el trámite, ya que no solo no contenía imputaciones concretas frente a las que el trabajador pudiera defenderse, sino que además concluyó dando por acreditados unos muy graves incumplimientos que, seguidamente, no se molestó siquiera en tratar de probar en el acto de la vista. Por ello podemos afirmar que si bien el despido se formaliza al término del expediente ya estaba decidido desde su inicio, siendo su razón última la dolencia del trabajador, motivada por un accidente laboral, que le impide realizar el trabajo “de forma correcta”

por enfermedad. Igualmente, se han destacado como posibles indicios⁵³ la coincidencia en el tiempo de despido y enfermedad, el que la empresa tuviera conocimiento de la misma, que se trate de una reacción empresarial inmediata tras conocer la baja médica del trabajador, que se eliminen las previsiones objetivas de continuidad del trabajador en la empresa al conocer su enfermedad, el cambio de actitud empresarial frente a incumplimientos laborales del trabajador enfermo en relación con incumplimientos anteriores a la incapacidad temporal, cuando otros trabajadores reciben un trato diferente al trabajador enfermo, cuando existen antecedentes, es repetido o generalizado un tratamiento empresarial discriminatorio por enfermedad (cuando no es la primera vez), o cuando se aporten comentarios empresariales informales sobre el malestar o desagrado que ha provocado la situación de incapacidad temporal del trabajador.

Por otro lado, se puede utilizar como indicio suficiente de discriminación por enfermedad no sólo el hecho de que la persona trabajadora se encuentre enferma (y en su caso, también en situación de incapacidad temporal), sino también la propia conducta empresarial manifiestamente fraudulenta o carente de justificación objetiva⁵⁴.

El análisis jurisprudencial nos revela una elevada casuística, pero en ella se pueden detectar algunas tendencias interpretativas. Así, la jurisprudencia ha reconocido en ocasiones que existen indicios suficientes para asegurar que el despido obedece a un móvil discriminatorio por razón de enfermedad⁵⁵, por lo que ha declarado el despido como nulo; pero también es cierto que con frecuencia los tribunales no han apreciado indicios de discriminación por enfermedad suficientes, por ejemplo cuando ya estaba fijada con anterioridad a la enfermedad la extinción contractual⁵⁶, o

⁵³ Vid. GALÁN GUTIÉRREZ, C.J.: “Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. extraordinario, 2023, páginas 299 a 303.

⁵⁴ En este sentido, la STSJ de Aragón de 15 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAR:2024:375), considera nulo por discriminación por enfermedad un “despido” de una trabajadora a la que se comunicaba no haber superado satisfactoriamente el período de prueba cuando se encontraba en situación de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes con diagnóstico de lumbociática, precisando que si bien es cierto que no basta simplemente con que una persona esté enferma para entender que, si se extingue su relación laboral, hay que apreciar que existe un despido nulo, sin embargo “en este caso no es solo esa enfermedad lo que hay que considerar sino la conducta claramente fraudulenta de la empresa al constituir la relación laboral, junto con la también claramente inexistente justificación del motivo por el que la extinguió”, tanto más sorprendente por cuanto la empresa, tras una contratación temporal previa, acababa de suscribir con la trabajadora un contrato indefinido, “lo que en buena lógica solo puede entenderse en el sentido de que estaba plenamente satisfecha con el rendimiento de la trabajadora y por eso mismo resulta más injustificado que pocos meses después extinguiera la relación laboral (...) a los dos meses de iniciar una baja médica alegando falta de superación de un periodo de prueba que tampoco era válido, y sin causa alguna que realmente justificase esa medida”.

⁵⁵ Por ejemplo, la STSJ de Asturias de 5 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:467) entiende que “el carácter indefinido de la relación laboral, la continuidad en la prestación de servicios a tiempo completo y el inicio de un proceso de incapacidad temporal por un grave problema de salud conocido por la empresa constituyen indicios razonables de que la decisión empresarial extintiva pudiera responder a la enfermedad del trabajador”. Igualmente, la STSJ de Castilla La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809) destaca cómo los indicios aportados “ponen de manifiesto una conexión temporal entre el inicio de la enfermedad de la trabajadora y la comunicación de cese por no superación del periodo de prueba, como una respuesta reactiva de la empresa, ante la situación de imposibilidad de acudir al trabajo, por citas médicas de la trabajadora por enfermedad”, y por tanto, quedando constatado que el despido tuvo su razón en la situación de enfermedad comunicada, y no habiéndose aducido por la empleadora causa alguna que justifique la decisión de cesarla por no superación del periodo de prueba, el despido “ha de calificarse de nulo como constitutivo de lesión al derecho fundamental a la integridad física art. 14 y 15 CE, y causante de discriminación por razón de enfermedad o motivo de salud, art. 26, en relación con el art.2.1 de la Ley 15/2022, ya que está motivado en un factor de discriminación como es la enfermedad”.

⁵⁶ Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 29 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJCL:2023:2116) considera que *no se aprecia indicio de discriminación suficiente* cuando la fecha de extinción contractual estaba prevista desde mucho tiempo antes de que se produjera la baja médica del trabajador. En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 10

cuando ni siquiera se puede probar la existencia de enfermedad⁵⁷, o solo se acredita la atención en un consultorio médico⁵⁸. De esta forma, de no haberse aportado indicios suficientes de la conexión del despido con la enfermedad del trabajador, esto es, no quedando acreditado que el despido constituya realmente una discriminación por enfermedad, no cabe la nulidad, sino la improcedencia.

5.2.4. Ausencia de una justificación objetiva y razonable de que la extinción contractual no tiene como causa una discriminación por enfermedad o incapacidad temporal

En el caso de que haya indicios suficientes para presuponer una discriminación por enfermedad⁵⁹, es necesario determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria, y de este modo caben dos posibilidades: 1) que acredite que el móvil de la causa del despido es ajeno a la enfermedad o condición de salud del trabajador; o 2) o que no lo pueda acreditar porque la causa del despido sea realmente la enfermedad.

Por tanto, el despido sería *improcedente*, y no nulo, si hay una circunstancia objetiva que permite inferir que el despido carece de móvil discriminatorio. Las justificaciones objetivas y razonables, que deben respetar el principio de proporcionalidad, pueden acreditar que el móvil de la causa del despido es ajeno a la enfermedad o condición de salud del trabajador⁶⁰.

de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4970) considera que, en los supuestos en que un contrato temporal se extingue al llegar la fecha predeterminada y conocida de su finalización, *a priori no existe un panorama indiciario de discriminación*, puesto que la extinción aparece *prima facie* debida a la propia finalización pactada del contrato y ello aunque se pueda llegar a determinar que la temporalidad del contrato no era correcta y por ello el despido no pueda ser declarado procedente. Y en este caso, además no existe el más mínimo elemento que permita inducir que, de no haber concurrido la baja médica del trabajador, el empresario hubiera prorrogado el contrato.

⁵⁷ La STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:575), ante un supuesto de despido por causas objetivas por ineptitud sobrevenida con posterioridad a la incorporación del trabajador a la empresa, considera que “no existe ni un solo indicio que permita concluir que la empresa discriminó al actor por enfermedad”. En la demanda en ningún momento se detalla cuál es la enfermedad que presenta, ni si se había comunicado a la empresa, ni cuál es la razón por la que entiende que la empresa le discrimina. En el acto del juicio, no se aporta ni una sola prueba de la existencia de enfermedad alguna que padezca el demandante ni un solo informe médico.

⁵⁸ Por ejemplo, la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJEXT:2024:352) no deduce indicio alguno de discriminación por enfermedad, puesto que ni siquiera existe baja médica por IT y lo único que se considera probado es que la trabajadora fue atendida en el consultorio médico de su localidad el mismo día que se fechó la comunicación de despido disciplinario. En este mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 20 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:222), ante un caso de desistimiento empresarial durante período de prueba que se pretende nulo por discriminación por enfermedad simplemente por haber acudido la trabajadora a una cita médica, entiende que la circunstancia objetiva alegada por la trabajadora y declarada probada, esto es, la ausencia al trabajo para acudir a cita médica dos días antes de la extinción contractual comunicada, permite inferir un *débil panorama indiciario*, puesto que la mera asistencia a consulta médica no justifica la existencia de enfermedad, y menos aún su conocimiento por la empresa (al no estimarse probado que la entidad conociese el motivo de la consulta y menos aún su resultado). Por ello, y constatado que no se había pactado una duración concreta del período de prueba y que no queda acreditada discriminación por enfermedad, se declara la improcedencia (y no la nulidad) del “despido”.

⁵⁹ En algún caso se ha considerado que no sería necesaria dicha carga probatoria a la empresa (de cara a eludir la nulidad del despido) si no concurrieran indicios suficientes para presuponer una discriminación por enfermedad. Así, la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:575), confirma que la ausencia de cualquier tipo de indicio “no obliga al empresario a probar la causa que justifica el despido, pudiendo este admitir su improcedencia ante la imposibilidad de acreditarla”.

⁶⁰ Por ejemplo, la STSJ de Murcia de 30 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJMU:2024:932) entiende que “no hay duda que la empresa acreditó de forma palmaria que su decisión disciplinaria extintiva de la relación laboral nada tenía que ver con un ánimo discriminatorio por el hecho de que el trabajador estuviera en situación de incapacidad temporal sino en el hecho de que, partiendo de esa situación incapacitante, se habían desarrollado actividades incompatibles con la misma que perjudicaban la recuperación de la capacidad funcional”. Igualmente, la STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:207) ha considerado improcedente el despido objetivo por causas económicas de una trabajadora de baja por síndrome cervicobraquial, cuando se acredite la concurrencia de circunstancias justificativas, aunque no fueran alegadas en la carta de despido, puesto que las deficiencias formales del despido y de la carta solamente determinarán la declaración de improcedencia del mismo, y en el presente

Por otro lado, si la empresa no prueba ni acredita una justificación objetiva y razonable (incluso si se trata de desistimiento durante el período de prueba) que desvirtúe los indicios de discriminación por enfermedad alegados por el trabajador, se considera que el móvil discriminatorio es la enfermedad, y el despido sería calificado como *nulo*⁶¹. Pero en tal caso, como se ha recordado⁶², también podría quedar excluida la antijuridicidad si (1) la diferencia de trato derivara de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (artículo 4.2 de la Ley 15/2022); o (2) si la extinción del contrato viene exigida por el proceso de tratamiento de la enfermedad, por las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades o por limitaciones exigidas por razones de salud pública (artículo 2.3 de la Ley 15/2022).

5.2.5. Indemnización adicional por daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales derivados de la nulidad del despido discriminatorio por enfermedad

Por tanto, como se ha comprobado, la declaración de la nulidad del despido discriminatorio por enfermedad dependerá de la valoración que en cada caso realice el juzgador sobre la concurrencia de indicios de discriminación y la eventual justificación alegada por el empleador. Hasta el momento contamos con la jurisprudencia de suplicación. Habrá que estar a la espera de los próximos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

En cualquier caso, de declararse la nulidad del despido discriminatorio por enfermedad, la consecuencia será la obligación de la empresa a la inmediata readmisión de la persona trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir (artículo 113 LRJS y artículo 55, apartados 5 y 6, ET).

Pero adicionalmente está prevista una indemnización por daños y perjuicios (artículos 182.1.d, 183 y 184 LRJS). De este modo, los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, aunque la cuantificación de la correspondiente indemnización quede a criterio judicial⁶³. Por su parte, el artículo 27.1 (Atribución de responsabilidad patrimonial

caso se interpreta que “concorre un elemento objetivo que permite presumir que *el cese del trabajador derivó de una causa totalmente ajena al móvil discriminatorio*” (acreditadas pérdidas económicas persistentes que obligan a cerrar el restaurante). También la STSJ de Cantabria de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:291) estima que “la decisión empresarial no tuvo su causa en el proceso de enfermedad (...), sino que derivó de las referidas circunstancias profesionales de la empleada”; y la STSJ de Castilla La Mancha de 24 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:1383) considera “que no procede la declaración de nulidad del despido de la recurrente, al no apreciar la existencia de discriminación por enfermedad en la decisión de la empresa, que ha sido tomada en base al informe del servicio médico de prevención, emitido tras su incorporación laboral, informe en el que se concretan las limitaciones en las que se ve afectado, en relación explícita con las tareas que conforman su desempeño”.

⁶¹ Así sucede, por ejemplo, cuando la STSJ de Aragón de 4 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJAR:2023:834) aprecia que ninguna justificación razonable y válida es el haber recurrido la empresa a un despido objetivo por la causa productiva (no acreditada) que especifica la carta de despido, tras una prolja exposición de algunos aspectos de la situación económica y productiva de la empresa, cuando “la prueba practicada por la empresa no ha sido pues suficiente para desvirtuar los indicios de discriminación por enfermedad del demandante”. También la STSJ de Galicia de 13 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJGAL:2024:1823) o la STSJ de Baleares de 24 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJBAL:2023:97), que ante una comunicación empresarial de desistimiento a un trabajador en situación de incapacidad temporal derivada de una enfermedad común con diagnóstico de depresión neurótica, al que había previamente presionado para su alta e incorporación al trabajo, declara la nulidad del “despido” por discriminación por enfermedad.

⁶² STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406); STSJ de Madrid, de 10 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4970).

⁶³ Por todas, la STS de 8 de enero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:58): los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. De este modo, la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su concreción, en tanto que en

y reparación del daño) de la misma Ley 15/2022, dispone que la persona física o jurídica que cause discriminación (también por razón de enfermedad) “reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible”, de tal modo que “acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. Nos encontramos así con la automaticidad del reconocimiento de daños morales derivados de la nulidad de un despido discriminatorio por enfermedad que ha vulnerado el derecho fundamental del principio de igualdad y no discriminación⁶⁴.

6. EPÍLOGO

La enfermedad ha sido (y sigue siendo) un concepto difuso, amplio, que entronca con otros conceptos cercanos con los que en determinados aspectos y circunstancias se solapa parcialmente y confunde. Así ha ocurrido con la equiparación de determinadas enfermedades a situaciones de discapacidad, con la consideración de la enfermedad como posible origen y causa de situaciones de incapacidad temporal o de incapacidad permanente, o como situaciones de ineptitud del trabajador. Pero al configurarse la enfermedad (o condición de salud), de manera específica y autónoma, como causa de discriminación expresamente prohibida, especialmente merecedora de tutela antidiscriminatoria en las distintas facetas y ámbitos de las relaciones de trabajo, es necesario una revisión conceptual de esas conexiones entre enfermedad y esos otros conceptos próximos con los que se puede confundir. Esta especial protección frente a las discriminaciones por razón de enfermedad se refuerza en el mismo momento del acceso al empleo y de la contratación de la persona trabajadora, en la determinación de las diversas condiciones de trabajo y, cómo no, en relación con la extinción de la relación jurídico-laboral.

Con independencia del rango de la norma legal que incorpora la enfermedad (o condición de salud o estado serológico o predisposición genética a padecer determinadas patologías) como causa discriminatoria expresamente prohibida, es evidente que dicho reconocimiento legal determina *per se* la aplicación de la regla de la nulidad del despido que tenga móvil discriminatorio. Pero al no haberse configurado como un supuesto de nulidad objetiva o directa (lo que, dada la elevada casuística que presentan las situaciones relacionadas con la salud del trabajador, valoramos positivamente), para declararse la nulidad de un despido discriminatorio por enfermedad es necesaria la comprobación judicial, (1) en primer lugar, de un *elemento objetivo*, esto es, de la existencia de la situación de enfermedad del trabajador, o en su caso, de la correspondiente condición de salud, estado serológico o predisposición genética a sufrir determinadas patologías; (2) en segundo lugar, de una *conexión causal*, que dicha enfermedad es la verdadera causa de la extinción contractual, para lo que el trabajador deberá aportar indicios suficientes de dicho vínculo, de dicha conexión, de que el despido ha sido consecuencia de la enfermedad; y (3) en tercer lugar, de un *criterio excluyente*,

esta materia se produce la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño moral esencialmente consiste, lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y, por otra parte, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados “no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.

⁶⁴ La STSJ de Castilla La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809) reconoce que solicitada por la trabajadora la indemnización por daños y perjuicios morales, y existiendo una vulneración del derecho fundamental del artículo 14 CE, procede conceder a la trabajadora recurrente, una reparación indemnizatoria. Y conforme a reiterada doctrina jurisprudencial que deja la cuantificación de la indemnización a criterio judicial, opta por utilizar orientativamente los criterios fijados por la LISOS: “no fijándose criterios para la determinación, ni alusión de concretos perjuicios derivados de la decisión empresarial (...) realizaremos la cuantificación de los mismos de modo orientativo con arreglo a la LISOS”.

que por parte del empleador no se haya podido justificar de forma objetiva y razonable que la causa decisoria sea totalmente ajena a la enfermedad del trabajador, o incluso que siendo la causa del despido la enfermedad del trabajador, no haya podido acreditar que la decisión extintiva no suponga un trato discriminatorio por constituir una diferencia de trato derivada de las limitaciones objetivas que la enfermedad imponga para el ejercicio de determinadas actividades o para el desempeño de determinadas funciones. A la espera de próximos pronunciamientos aclaratorios e interpretativos por parte del Tribunal Supremo, hasta el momento la jurisprudencia va resolviendo en función de las circunstancias concretas de cada caso, considerando como discriminatorios por razón de enfermedad (y por tanto, nulos) algunos despidos, pero otros no, conforme a las líneas interpretativas expuestas en el presente estudio.

7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.
- AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de los Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 243, 2023.
- 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. Revista de la Comisión Social de los Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 235, 2022.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “La enfermedad/salud como causa discriminatoria en las relaciones laborales y en la protección social”, comunicación pendiente de publicación y presentada al VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS): “Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital”, pendiente de publicación, 2024.
- ALONSO PAULÍ, M., MORO VALENTÍN-GAMAZO, A. y ALVARADO CAYCHO, G.R.: *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Francis Lebreve, Madrid, 2024.
- 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.
- ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Temas Laborales*, núm. 165, 2022.
- BALLESTER PASTOR, I.: “La expansión aplicativa de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023.
- CABEZA PEREIRO, J. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- CORDERO GORDILLO, V.: “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 1, 2023.
- GALÁN GUTIÉRREZ, C.J.: “Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. extraordinario, 2023.
- GARCÍA SALAS, A.I.: *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, Vol. 4, núm. extraordinario “Tormenta de reformas”, 2023.
- 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 & Trabajo*, núm. 1, 2022.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?”, *Iuslabor*, núm. 2, 2023.

- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, *La Ley Unión Europea*, núm. 126, 2024.
- 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 Laborales (Laborum)*, núm. 4, 2022.
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (Una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes)”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, Vol. 2, núm. 2, 2023.
- MORENO SOLANA, A.: “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o actos con limitaciones por el servicio médico de prevención”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Discriminación por enfermedad”, *Noticias Cielo Laboral*, núm. 11, 2022.
- VILLARINO MOURE, C.: “A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de los Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 252, 2024.