

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

Disease and discrimination under Law 15/2022, comprehensive for equal treatment and non-discrimination. Special mention to the dismissal of the sick worker

Luis Gordo González*

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-6442-2806

doi: 10.20318/labos.2023.7933

Resumen: La enfermedad no ha sido reconocida como causa de discriminación salvo en supuestos excepcionales –como, por ejemplo, por su duración o por padecer la persona trabajadora una enfermedad especialmente estigmatizante–. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha incorporado nuevas causas y tipos de discriminación, además, ha reconocido como supuesto de discriminación la enfermedad, ello, por tanto, ha cambiado de forma profunda el tratamiento de la salud en las relaciones laborales.

Palabras clave: Igualdad, discriminación, discapacidad, enfermedad, despido.

Abstract: The illness has not been recognized as a cause of discrimination except in exceptional cases – for example, due to its duration or if the worker suffers from a particularly stigmatizing illness. The Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination, has incorporated new causes and types of discrimination. Additionally, it has recognized illness as a cause of discrimination, thus profoundly changing the treatment of health in employment relationships.

Keywords: Equality, discrimination, disability, illness, dismissal.

*luis.gordo@uam.es

1. Enfermedad y discapacidad: conceptos próximos, realidades lejanas

El tratamiento jurídico que las sociedades otorgan a la discapacidad y a la enfermedad evidencia su compromiso con la igualdad de oportunidades. En este sentido, las sociedades más desarrolladas son aquellas con economías más inclusivas y que redistribuyen mejor el incremento de su riqueza¹. Sin lugar a duda, el mercado laboral es uno de los ámbitos que mayores retos plantea para favorecer la inclusión de personas o colectivos que padecen una discapacidad o una enfermedad, de corta o larga duración. Fomentar la empleabilidad de estos colectivos garantiza que puedan desarrollar una vida autónoma e independiente. Para ello los ordenamientos suelen imponer la obligación de adaptar los puestos de trabajo en caso de que la persona trabajadora tenga alguna patología y tachar de discriminatorias las decisiones empresariales, incluidas las extinciones del contrato de trabajo, adoptadas a partir de la afectación a la salud de las personas trabajadoras.

Las similitudes entre ambas realidades –discapacidad y enfermedad–, provoca que los términos a menudo se confundan en el lenguaje coloquial, e incluso, en ocasiones, sean utilizados como sinónimos. Ambas hacen alusión a la salud de los ciudadanos, pero lo cierto es que describen realidades diferentes, que hacen alusión a la salud de los ciudadanos.

La confusión es aún mayor en el ámbito laboral, pues ambas contingencias pueden motivar la concesión de prestaciones para paliar la situación de desprotección en la que se puede ver sumida la persona trabajadora. No obstante, lo cierto es que el tratamiento de estas ha distado de ser equivalente en nuestro país y en el marco europeo, aunque ciertamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido acercando estas dos nociones hasta hacerlas, en cierto modo, intercambiables². Es importante, en consecuencia, abordar una sucinta aproximación a ambos conceptos para delimitar el objeto de análisis.

Definir la discapacidad es una tarea sumamente compleja, por las múltiples aristas y variables que posee este concepto. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, elaborada en el marco de las Naciones Unidas³, incluye entre las per-

¹ El Índice de Desarrollo Inclusivo (IDI) es un indicador económico elaborado por el Foro Económico Mundial. A diferencia del Producto Interior Bruto, el IDI pretende medir el nivel y el índice de mejora en el progreso socioeconómico compartido de un Estado. Es decir, medir no solo el incremento de riqueza, como el PIB, sino también su distribución. La última edición del índice se realizó en el año 2018 y puede consultarse en: <https://www.weforum.org/reports/the-inclusive-development-index-2018/> (última visita: 17 de junio de 2023). En dicha edición, Noruega lideraba el *ranking* con 6,08 puntos [siendo 7 puntos el máximo resultado posible y 1 el peor], seguido por seguida por Islandia (6,07) y Luxemburgo (6,07). España estaba en el puesto 26 (4,4), por detrás de países con economías emergentes como Lituania (4,86), Hungría (4,86) o Chile (4,44).

² Así señalado por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R., “Re-definiendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017, versión on-line, fecha consulta: julio 2023.

³ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por España a finales de 2007 y entró en vigor el 4 de mayo de 2008 (BOE de 21 de abril de 2008). Por otra parte, la Unión Europea accedió también a la convención a finales de 2010, entrando en vigor la carta para toda la Unión en enero de 2011 (Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE), DOCE L núm. 23 de 27 de enero de 2010).

sonas con discapacidad a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Se decanta, en consecuencia, por una definición inacabada⁴. Por su parte, la enfermedad podría ser definida como la “alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible”⁵. Por tanto, no hay ninguna razón para pensar que una persona con discapacidad sea una enferma⁶.

Lo cierto es que, como se verá con mayor profundidad más adelante, la Unión Europea ha fijado un estándar de protección más exhaustivo para la discapacidad, a través de la Directiva 2000/78/CE⁷, que para la enfermedad, cuya tutela con carácter general no se encuentra recogida en dicha normativa. Ello ha provocado que el Tribunal Supremo haya consolidado la interpretación de que las decisiones empresariales basadas en la enfermedad de la persona trabajadora no vulneran, con carácter general, el derecho a la no discriminación, si no, en todo caso, el derecho a la igualdad. Los límites e uno y otro se distinguirán a continuación.

2. Tutela frente a la discriminación en el entorno profesional

El artículo 14 de la Constitución Española consagra el derecho genérico a la igualdad. El derecho a no ser discriminado podría deducirse, en consecuencia, con carácter general del reconocimiento a la igualdad. No obstante, el legislador constitucional estimó necesario fijar un rechazo expreso a conductas contrarias a la igualdad fundadas en motivos especialmente rechazables u odiosos. En consecuencia, en el propio artículo 14 se incorporó un último inciso que recoge la prohibición respecto de cualquier discriminación fundada en el nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La amplia formulación del reproche a la discriminación fue valorada inicialmente por el Tribunal Constitucional de una manera equivalente a la de cualquier diferencia arbitraria de trato carente de una justificación objetiva y razonable, entre las que estarían

⁴ MILIOS, Georgios, “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, en *Revista Derecho y Libertades*, núm. 47, época II, junio 2022, p. 247.

⁵ HERRERO JAÉN, Sara, “Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud”, *Revista Ene*, Ene. vol.10 no.2, 2016, versión on-line, fecha consulta: julio 2023, disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X201600020006&lng=es&nrm=iso.

⁶ POLONIO DE DIOS, Gema, *La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social*, Tesis doctoral, versión on-line, fecha consulta: julio 2023, disponible en <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/13577/2016000001413.pdf?sequence=1>, p. 183.

⁷ 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 (DOCE de 2 de diciembre de 2000).

las del artículo 14 CE y cualquier otra⁸. Es decir, en un primer momento no se apreció el salto cualitativo que suponía la segunda parte del artículo 14 de la Constitución⁹.

No obstante, con posterioridad se ha distinguido claramente la tutela del derecho a la igualdad respecto de la del derecho a la discriminación. Esta segunda permite el reproche jurídico de aquellas conductas construidas a partir de las diferencias referenciadas expresamente en el propio artículo 14 –nacimiento, raza, sexo, religión y opinión¹⁰– y de aquellas otras históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica¹¹. Ahora bien, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta¹².

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha interpretado de forma restrictiva la referencia genérica con la que cierra el artículo 14 de la Constitución. Esta lectura del precepto constitucional ha planteado interrogantes significativos en las relaciones laborales, especialmente en el caso de las personas trabajadoras enfermas. Se ha consolidado la exclusión de la enfermedad del ámbito objetivo de la discriminación¹³. Ello, sin duda, ha suscitado objeciones, especialmente en la doctrina de suplicación¹⁴, que ha facilitado diferentes argumentos para defender que la enfermedad debía ser reconocida como causa de discriminación.

Una vez descartada reiteradamente la enfermedad como causa de discriminación reconocida constitucionalmente, ha sido el legislador el encargado de ampliar legalmen-

⁸ *Vid.* STC 22/1981, de 2 de julio.

⁹ Así, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, núm. 1, 2001, p.474.

¹⁰ Entre otras, STC 182/2005, de 4 de julio, STC 41/2006, de 13 de febrero o STC 145/1991, de 1 de julio.

¹¹ Como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero.

¹² STC 62/2008, de 26 de mayo y STS de 3 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2351).

¹³ Son numerosos los pronunciamientos en este sentido. Por ejemplo, la STC 118/2019, de 16 de octubre, que declaró constitucional el despido de los trabajadores enfermos que contemplaba el art. 52.2.d ET, más tarde derogado mediante el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; o la STS de 22 de septiembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:5749), que declara como improcedente y no como nulo el despido por enfermedad del trabajador al no existir discriminación, ni de lesión del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, pues la enfermedad no es equiparable a la discapacidad.

¹⁴ STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2000 [ECLI:ES:TSJCAT:2000:2739], STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2001 [ECLI:ES:TSJCAT:2001:4542]; STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2002 [ECLI:ES:TSJCAT:2002:10499]; STSJ de Murcia de 24 de mayo de 2004 [ECLI:ES:TSJMU:2004:1080]; STSJ Islas Canarias, de 15 septiembre de 2004 [ECLI:ES:TSJICAN:2004:3749]. ARENAS VIRUEZ, Margarita, “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011; GINÉS I FABRELLAS, Anna, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 18, febrero 2010. “Despido por enfermedad y discriminación”, en *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2008.

te las fronteras de este derecho mediante la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Al análisis de sus novedades dedicaremos los próximos apartados.

2.1. Causas de discriminación tras la Ley 15/2022

El artículo 2 de la Ley 15/2022 ha ampliado el listado de causas que nuestro ordenamiento contempla como posible fundamento de acciones discriminatorias. No obstante, la enumeración de elementos, en apariencia exhaustiva, es menos trascendental de lo que pudiera parecer en un primer momento, pues son diversas las causas de discriminación que ya estaban contempladas en nuestro ordenamiento a través de otras normas. En consecuencia, la reiteración tiene la virtud de facilitar el conocimiento unificado de los posibles fundamentos de discriminación en nuestro ordenamiento, pero no otorga un plus de protección. En este sentido, la Ley 15/2022 vuelve a identificar como causas de discriminación el nacimiento, el sexo, la religión y las opiniones, motivos todos ellos ya contemplados en el artículo 14 de la Constitución. De igual forma, en similares términos al artículo 4.2.c) ET incorpora como motivos que pueden propiciar decisiones discriminatorias el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la orientación sexual o la lengua. Finalmente, también contempla la identidad sexual y la expresión de género, causas que han sido adicionadas al artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores mediante 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.

El análisis de las causas discriminatorias exige realizar dos precisiones adicionales. Primero, sobre la ausencia de inclusión de algunas causas discriminatorias y las posibles consecuencias de dicho silencio; y, segundo, de forma más relevante, sobre aquellas causas incorporadas por primera vez al catálogo de motivos discriminatorios en nuestro país.

En primer lugar, a pesar de que su Exposición de Motivos declara que la Ley 15/2022 es una norma general e integral que “viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir”, que pretende la eliminación de todas las formas de discriminación y que, como acabamos de señalar, reúne causas discriminatorias provenientes de otros instrumentos, es paradójico que no se hayan incorporados todas las causas ya contempladas en nuestro ordenamiento. Así, la definición del artículo 2 deja fuera el estado civil y la discriminación por estar afiliado o no a organizaciones sindicales, causas previstas de manera consolidada desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores¹⁵. Asimismo, tampoco se ha incorporado al artículo 2 de la Ley 15/2022 el carácter discriminatorio del trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral¹⁶. En ambos

¹⁵ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁶ Dicha causa ha sido incorporada al art. 4.2.c ET mediante el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de

asuntos, puede criticarse la mala técnica legislativa, que, a pesar de haber fijado objetivos tan ambiciosos para la Ley 15/2022, no ha sido capaz de estar a la altura del compromiso asumido de forma expresa por la Exposición de Motivos. Es decir, ni recoge todas las causas de discriminación existentes en el momento de su aprobación ni ha sido actualizada para incorporar las nuevas causas reconocidas menos de un año después de la aprobación de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sin embargo, debe señalarse que la omisión no reduce ni empeora el estándar de protección, pues las personas trabajadoras seguirán estando protegidas por dichos motivos, al seguir estando vigentes ex mandato del propio Estatuto de los Trabajadores.

En segundo lugar, más interesantes que las ausencias son las nuevas causas de discriminación previstas por la norma. En este sentido, se reconocen dos nuevos motivos: la situación socioeconómica y la enfermedad.

La situación socioeconómica como causa de discriminación ha sido introducida por vez primera por la Ley 15/2022. No obstante, con anterioridad existía y sigue existiendo en el Estatuto de los Trabajadores la discriminación por condición social, configurada como una causa autónoma, al margen de la cláusula de cierre del artículo 14 CE¹⁷, que siendo más general podría permitir proteger a las personas trabajadoras. Así, algunos tribunales han entendido que esta causa proscribía la discriminación por “circunstancias específicas del trabajador, bien en su persona o en su entorno¹⁸”. Así, por ejemplo, esta causa, tanto en su modalidad de condición social como de situación socioeconómica, podría justificar que se tachen como discriminatorias la selección de personal o su despido en atención al tipo de vestuario usado por la persona trabajadora, a usar prendas de marcas *low cost* o en función de la localidad o zona geográfica de residencia.

La enfermedad ha sido también incorporada expresamente como causa de discriminación lo que permite proteger de manera más adecuada a la persona trabajadora enferma, tal y como se verá con mayor detenimiento en un epígrafe específico más adelante. Baste ahora aclarar que la enfermedad ha pasado de no ser contemplada por nuestro ordenamiento como causa de discriminación y solo excepcionalmente por parte de los tribunales a ser reconocida como causa de discriminación con una definición que ofrece amplias posibilidades de control, “enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”.

vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

¹⁷ “Cualquier otra condición o circunstancias personal o social”, pese a la aparente indeterminabilidad de este último inciso constitucional, el mismo ha de entenderse referido a condiciones que guarden analogía con las específicamente singularizadas en el citado art. 14 CE (STC 36/2011, de 28 de marzo; STS de 17 de mayo de 2000, ECLI:ES:TS:2000:4018; STS de 14 de febrero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2648).

¹⁸ STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2001 (ECLI:ES:TSJPV:2001:5225).

2.2. Tipos de discriminación previstos por la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación

El artículo 6 de la Ley 15/2022 ha introducido también de forma novedosa en nuestra legislación una serie de definiciones de lo que debe entenderse por discriminación. Además de los supuestos de discriminación directa e indirecta, con larga tradición en nuestro ordenamiento, se añaden otros conceptos menos habituales, como la discriminación por asociación y por error o la discriminación múltiple e intersectorial. No obstante, a pesar de la originalidad de introducir dichas nociones en la norma, lo cierto es que, como a continuación se apuntará, su aplicación no resulta extraña para los tribunales, tanto nacionales como europeos.

Las discriminaciones directa e indirecta siguen siendo la base sobre la que se construye la tutela antidiscriminatoria en nuestro país. La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas enunciadas en el apartado precedente. Por otra parte, la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras.

El artículo 6.2 Ley 15/2022 introduce además las nociones de discriminación por error y por asociación. Ambos elementos son muy útiles para garantizar la tutela de la persona trabajadora en situaciones donde los conceptos clásicos –discriminación directa o indirecta– podrían no resultar suficientes.

La discriminación por error es aquella que se produce cuando el infractor aprecia incorrectamente las características de la persona o personas discriminadas. Es decir, que se produce una discriminación creyendo que concurren unas causas sin que estas existan efectivamente en la persona discriminada¹⁹. Lo relevante, por tanto, no es que el sujeto discriminado ostente la característica de la discriminación, sino que sea discriminado por esa razón²⁰.

¹⁹ Pueden encontrarse distintos supuestos en los que los tribunales han acudido a la noción de discriminación por error para otorgar protección a una persona que había padecido una discriminación por una razón que no concurría en él. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 17 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5418), que estima el agravante de abuso de superioridad y de discriminación por la orientación sexual de la víctima al constatar que “los acusados se habían dirigido a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales” habiendo manifestado uno de ellos que “le daban asco”, por ello, la sentencia estima que “se transparenta inequívocamente que la siguiente agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo”, sin que dicha condición concurriera necesariamente.

²⁰ Así ha sido reconocido por el orden social, que también ha resuelto conflictos a partir de la noción de discriminación por error, por ejemplo, en un supuesto en el que un trabajador fue despedido por el empleador al creer erróneamente este que el periodo de recuperación de la persona trabajadora sería de larga duración. Ello permitió al Tribunal estimar que el despido a consecuencia de la duración incierta de la incapacidad temporal –en el sentido de que sus dolencias no presentaban una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha enfermedad podía prolongarse significativamente antes del restablecimiento de esa persona– otorgaba una apariencia razonable de que el mismo se había producido por

Por su parte, la discriminación por asociación no implica ya un error respecto de las condiciones exteriorizadas por el sujeto discriminado, sino que supone que a la persona trabajadora se la extiende el padecimiento de una condición discriminatoria por su relación con otra sobre la que sí concurre alguna de las causas enunciadas en el artículo 2 de la Ley 15/2022, analizado con anterioridad. Esta discriminación, aunque novedosa también en el texto normativo, ha sido igualmente identificada en diversas ocasiones por los tribunales²¹.

Interesantes también son los conceptos de discriminación múltiple e interseccional. El primero, se produce cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas. Por su parte, una conducta puede ser catalogada como discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación (art. 6.3 Ley 15/2022).

Cabe señalar que el concepto de discriminación múltiple ya había sido incorporado anteriormente, aunque con carácter secundario, por el legislador en el artículo 20 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como concepto a tener en cuenta a la hora de diseñar estadísticas y estudios. También ha sido manejado por el Tribunal Constitucional para declarar la discriminación por razón de edad y de discapacidad²², con fundamento en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²³.

La discriminación interseccional, por su parte, también reconoce el concurso de diferentes causas, pero con la peculiaridad de crear un nuevo tipo de discriminación, más negativo o complejo. Esta discriminación se suele relacionar normalmente con la discriminación de la mujer²⁴. En este sentido, por ejemplo, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la presencia de este tipo de discriminación por no investigar eficientemente una denuncia de tratos inhumanos y degradantes de la policía hacia una mujer nigeriana que ejercía la prostitución y tenía su residencia legal en España²⁵. También el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse a este tipo de discriminación, si bien de forma accesoria o secundaria²⁶.

motivos discriminatorios por la enfermedad asimilable, en este caso, al concepto de discapacidad, *vid.* STSJ Galicia de 13 de abril de 2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:975).

²¹ Ejemplo del reconocimiento de este tipo de discriminación es el célebre asunto Coleman (STJUE de 17 de julio de 2008), en el que el TJUE estimó que la negativa de una empresa a que una trabajadora recuperara su anterior puesto ni a que adaptase su jornada constituía un supuesto de discriminación por asociación de la discapacidad de su hijo. También los Tribunales Constitucional (STC 71/2020, de 29 de junio) y Supremo (STS de 29 de enero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:416) han tenido la ocasión de utilizar el concepto de discriminación por asociación.

²² STC 3/2018, de 21 de febrero.

²³ Sentencia de 25 de julio de 2017, asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal (discriminación por sexo y edad).

²⁴ GOÑI SEIN, José Luis, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia y Trabajo*, núm. 1, diciembre 2022, p. 15

²⁵ STEDH de 24 de julio de 2012, Asunto Solomon vs España.

²⁶ En la STC de 1/2021, de 25 de enero, se hace alusión a este tipo de discriminación en el voto particular

La lectura de los pronunciamientos judiciales parece apuntar a que no existe una nítida diferenciación entre estos dos tipos de discriminación –múltiple e interseccional–. De hecho, pareciera que se usan casi como conceptos equivalentes. No obstante, quizás no sea necesario ni útil el establecimiento de dos conceptos jurídicos estancos. Lo relevante es que el legislador ha incorporado la evidencia de que en ocasiones las personas trabajadoras sufren discriminaciones por múltiples motivos en muchos casos con resultados especialmente reprochable.

3. La discriminación del trabajador enfermo: especial referencia a la extinción del contrato de trabajo

El tratamiento de la enfermedad de las personas trabajadoras ha sido estable en nuestro país desde que la reforma laboral de 1994 suprimiera la nulidad del despido del trabajador enfermo²⁷. La reforma puso fin a un modelo más garantista de los derechos del trabajador temporalmente enfermo²⁸; los tribunales, ante la ausencia de un mandato legal, comenzaron a declarar este tipo de despidos como improcedentes, por las razones que a continuación se expondrán con mayor detenimiento. Por ello la aprobación de la Ley 15/2022 ha supuesto un cambio radical en el panorama de la protección de la salud de las personas trabajadoras. Antes de abordar su análisis, debe exponerse la situación previa a la aprobación de la Ley, pues permanecen vigentes diversos interrogantes y reflexiones alumbradas por la normativa anterior.

3.1. Evolución del tratamiento judicial del despido del trabajador enfermo

La protección del trabajador enfermo en nuestro ordenamiento ha atravesado hasta el año 2022 tres etapas fundamentalmente marcadas por interpretaciones judiciales que han ido ampliando la protección de las personas trabajadoras enfermas.

La primera etapa arranca en el año 1994. Desde ese momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado sistemáticamente calificar con carácter general como nulo el despido del trabajador enfermo. El Tribunal Supremo, apoyado también por la interpretación del Tribunal Constitucional²⁹, ha defendido que el inciso último del artículo 14 de la Constitución, “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, no puede interpretarse de forma expansiva, en el sentido de que comprenda cualquier tipo

del Magistrado Xiol Rios; la STC 67/2022, de 2 de junio, incorpora una referencia a la misma en el fundamento jurídico segundo, aunque sin definirla.

²⁷ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

²⁸ GÁLVEZ DURAN, Sergi, “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSlabor*, núm. 3, 2015, p.3.

²⁹ Por todas: STC 62/2008, de 26 de mayo.

de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta³⁰.

La anterior postura quedó confirmada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Chacón Navas contra Eurest Colectividades S.A.*³¹, al fallar que enfermedad y discapacidad no son conceptos equivalentes y, por tanto, no tienen por qué tener el mismo tratamiento jurídico. Así la enfermedad solo supondrá una discriminación cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece.

En la siguiente etapa se matizó la postura anterior y se dictaminó que, de hecho, la enfermedad puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE³². Así ocurriría cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. Bajo esta argumentación, por ejemplo, se reconoció como discriminatorio el despido del trabajador enfermo de VIH sin síntomas³³. Similar argumentación se usó por el juzgado de los social de Mataró para calificar como nulo el despido de un trabajador contagiado de la Covid-19 durante los primeros días de la pandemia³⁴.

Dentro de esta etapa se incluirían algunos pronunciamientos judiciales que posibilitaron la protección del trabajador enfermo cuando las empresas desarrollaban conductas tendentes a impedir o dificultar la recuperación de la salud de la persona trabajadora³⁵.

Finalmente, el tercer bloque de supuestos sobre el tratamiento de la enfermedad llevó a los tribunales a extender la protección de la tutela discriminatoria a supuestos en los que la persona trabajadora sufría una enfermedad que podía ser calificada como duradera, pues en estos casos³⁶. Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es “duradera” figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discrimi-

³⁰ Dicha interpretación parte de la STS de 29 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:502); pero es recogida por otras: STS de 23 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3298).

³¹ STJCE 2006/192 de 11 de julio de 2006. Para ver un comentario en detalle a la citada sentencia vid. Escribano Gutiérrez, J. “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, en *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2007.

³² STC 62/2008, de 15 de noviembre.

³³ STEDH de 3 de octubre de 2013, caso núm. 552/10.

³⁴ SJSO Mataró de 1 de febrero de 2021 (ECLI:ES:JSO:2021:161).

³⁵ Así, por ejemplo, por ejemplo, en la STS 31 de enero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:828) se acreditan presiones empresariales para que las personas trabajadoras no soliciten la incapacidad temporal o la STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:7122), que rechaza la política empresarial de despedir sistemáticamente a la persona trabajadora enferma.

³⁶ Asunto *Daouidi*, de 1 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:917); Asunto *HK Danmark*, de 11 de diciembre de 2013 (ECLI:EU:C:2013:222).

minatorio, 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.

3.2. *Enfermedad y discriminación en el entorno profesional tras la Ley 15/2022*

Como se ha señalado, la aprobación de la Ley 15/2022 ha modificado notablemente el panorama referente al tratamiento de la enfermedad en nuestro país. No obstante, plantea algunos interrogantes que deben ser analizados desde una perspectiva laboral.

En primer lugar, la primera incógnita planteada por la Ley 15/2022 afecta a su propio ámbito de aplicación. Como se ha señalado, la Ley introduce una novedad especialmente relevante. Nos estamos refiriendo a la declaración como discriminación de la enfermedad o de la condición de salud, del estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Lamentablemente, la norma no introduce una definición de estos conceptos, lo que habría sido recomendable para evitar inseguridad jurídica. Pareciera que la norma fijara dos tipos de motivos: en primer lugar, la enfermedad o la condición de salud y, en segundo lugar, el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos.

En cuanto a la enfermedad o la condición de salud, que el legislador haya usado una conjunción disyuntiva entre ambos conceptos indica que la condición de salud no es un equivalente de la enfermedad y, por tanto, debe referirse a algo diferente. Quizás lo más acertado sea interpretar que, mientras que la enfermedad exige una alteración de las funciones de los órganos o del organismo en su conjunto, 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 patologías³⁷. Sería el caso, por ejemplo, de la obesidad, de las alergias o de la pérdida de visión, situaciones todas ellas que no tienen la consideración de enfermedad –al menos en sus etapas iniciales–, pero que pueden condicionar el día a día de una persona trabajadora y provocar su discriminación. Debe señalarse, además, que la Ley 15/2022 ha establecido la prohibición de preguntar por las condiciones de salud en los procesos de selección (art. 9.5). Sin embargo, esta prohibición no se ha añadido al elenco de materias que suponen una infracción muy grave en el artículo 16.1.c del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social³⁸.

Por su parte, la incorporación del estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos extiende la protección de la salud a nuevas fronteras. En primer lugar, se codifica la protección de los trabajadores con anticuerpos del VIH, que, como se ha indicado, ya había sido establecida por los tribunales. En segundo lugar, no

³⁷ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, 2023, p. 67.

³⁸ Así puesto de manifiesto por: CABEZA PEREIRO, Jaime y VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur menor, 2023, p. 118.

solo se contempla la enfermedad sin adjetivos y, por tanto, sin que sea necesario vincularla ya a patologías permanentes o de larga duración, curables o incurables, como se veía obligada a hacer la jurisprudencia antes de la aprobación de la Ley 15/2022 para poder derivar una afectación del derecho a la no discriminación; si no que ahora se reprocha la mera sospecha de que se va a desarrollar una enfermedad en el futuro³⁹.

Ahora bien, si el establecimiento de un trato diferente injustificado en virtud del estado serológico y/o predisposición genética a sufrir enfermedades podrá ser calificado como discriminatorio, la propia obtención de la evidencia médica también plantea muchos interrogantes. En este sentido, lo más habitual será que la evidencia médica se recabe sin el consentimiento de la persona trabajadora o, al menos, sin haberle facilitado a esta toda la información sobre las pruebas y análisis clínicos que la empresa le va a realizar y los datos que con ellas podrá recabar. En estos casos, parece razonable sostener que esta conducta empresarial invadirá la esfera privada de la persona trabajadora y resultará lesiva del derecho a la protección de datos personales, por tanto, las decisiones fundadas sobre dicha evidencia deberán ser declaradas nulas⁴⁰.

A pesar de la ampliación de los supuestos en los que una persona trabajadora enferma verá protegida su estado de salud, lo cierto es que no toda decisión vinculada con la enfermedad tendrá la consideración de discriminatoria. Caben fijar condiciones diferentes en atención al propio proceso de tratamiento de la enfermedad, por razones de salud pública o, finalmente, en atención a las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades (art. 2.3 Ley 15/2022). No obstante, en este último caso debe quedar claro que no cualquier limitación objetiva de la enfermedad justificará automáticamente una conducta discriminatoria por parte de la dirección empresarial. Tal proceder vaciaría de contenido la tutela antidiscriminatoria prevista por la propia norma. Por tanto, como excepción, esta debe ser aplicada de forma restrictiva y solo de forma excepcional. Un caso en el que podría aplicarse sería, por ejemplo, para justificar el despido de una persona trabajadora que ha sido declarada no apta y que cumple los requisitos para solicitar una incapacidad permanente no lo hace de forma voluntaria. En estos supuestos, podría ser razonable y no discriminatorio que la empresa no pueda verse obligada soportar la protección de la condición médica de la persona trabajadora.

En segundo lugar, es también necesario examinar cómo se protege la enfermedad desde un punto de vista temporal y prestacional a partir de la Ley 15/2022.

En cuanto a su ámbito temporal de aplicación, debe señalarse que la norma entró en vigor el 15 de julio de 2022. Por tanto, el reconocimiento de la enfermedad como

³⁹ GRAU PINEDA, Carmen, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 8, núm. 2, 2023, p. 47.

⁴⁰ Al respecto, *vid.* STC 196/2004, de 15 de noviembre, que declara vulnerada la esfera privada de la persona trabajadora en un supuesto en el que la empresa realizó un análisis de droga en un control de salud sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho, actuando sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, con vulneración por tanto del art. 18.1 CE.

causa de discriminación, en los términos antes expuestos, solo es predicable respecto de los despidos o decisiones adoptados por las empresas a partir de ese momento⁴¹. Para aquellos litigios producidos con anterioridad a su entrada en vigor, seguirá resultando de aplicación las previsiones legales y la interpretación que de ellas se hacía. En consecuencia, el trato fundado en la enfermedad de la persona trabajadora no podrá ser calificado como discriminatorio, salvo que la enfermedad pueda ser asimilada a la discapacidad mediante alguna de las vías desarrolladas por los tribunales a lo largo de los últimos años y que ha sido antes analizadas.

En cuanto a la protección de la persona trabajadora enferma, habría sido deseable que se contemplara la obligación de realizar ajustes razonables –individualizados⁴²– para adaptar el puesto de trabajo y proteger la salud de las personas trabajadoras. Sin embargo, dicha protección solo se contempla de forma expresa para los supuestos de discapacidad en el artículo 6.1 de Ley 15/2022. Dentro de dicha previsión deben entenderse también incluidos los supuestos en los que la enfermedad pueda ser asimilada a discapacidad⁴³, conforme a la interpretación flexible realizada por el TJUE del concepto de discapacidad contenido en la Directiva 2000/78⁴⁴. Es decir, aquellos en los que la persona trabajadora sufre discriminación a consecuencia de una enfermedad de larga duración que dificulte la inserción laboral o de una enfermedad estigmatizante.

Al margen de los supuestos anteriores, por tanto, el empleador no estará obligado a adaptar el puesto de trabajo del personal enfermo, salvo que este pueda recibir la calificación de trabajador especialmente sensible a determinados riesgos, al amparo del artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Debe recordarse que este precepto declara trabajador especialmente sensible o cualquiera cuyas carac-

⁴¹ Sin embargo, la SJS de 15 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:JSO:2022:3161) aplica incorrectamente la norma y declara la nulidad de un despido fundado en la baja médica de una trabajadora formalizado 6 días antes de la entrada en vigor de la propia norma.

⁴² Se ha destacado que los ajustes razonables exigidos al amparo de la Directiva 2000/78 deben ser específicamente adaptados a las necesidades de la persona trabajadora concreta, vid. ALCÁZAR ORTIZ, Sara, “La recepción por los Tribunales españoles de la jurisprudencia comunitaria sobre discapacidad y no discriminación: en particular, el despido y el concepto de enfermedad”, en Vicente Palacio, María Arántzazu (Coord.), *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, 2023, p. 149.

⁴³ En el mismo sentido, vid. GOÑI SEIN, José Luis, “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.*, p. 24.

⁴⁴ Así, por ejemplo, en el Asunto Ruiz Conejero, de 18 de enero de 2018 (ECLI:EU:C:2018:17) el TJUE señaló que “el hecho de que se haya reconocido [...] la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78” (párrafo 32); en el asunto Nobel Plastiques, de 11 de septiembre de 2019 (ECLI:EU:C:2019:703), por su parte declaró que “el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, no significa, de por sí, que esa persona tenga una “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78” (apartado 49). No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si el estado de salud de la persona trabajadora supone una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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.

terísticas personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos del trabajo; riesgos profesionales que aparecen como consecuencia de esos condicionantes personales o que siendo los riesgos que afectan a cualquier trabajador en el caso de estos se agravan como consecuencia de las particularidades que les caracteriza⁴⁵. El concepto difiere, en consecuencia, del de persona trabajadora con discapacidad⁴⁶. En estos supuestos, el empleador viene obligado a adaptar el puesto o las condiciones de prestación, incluso aunque su patología no pueda ser subsumida dentro del concepto de trabajador con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78.

El régimen jurídico de protección de la persona trabajadora con una enfermedad subsumible en el concepto de discapacidad y aquella otra catalogada como especialmente sensibles son, por tanto, similares. No obstante, un aspecto importante aleja ambos modelos de protección. En el concepto de ajuste razonable, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empleador, previsto en el artículo 5 de la Directiva 2000/78 se incluye incluso el cambio de puesto de trabajo⁴⁷. Sin embargo, 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 sensibles⁴⁸.

En tercer lugar, la Ley 15/2022 también clarifica el tratamiento que debe darse al cuestionamiento judicial de las decisiones fundadas en la enfermedad de la persona trabajadora. A este respecto, es significativo señalar que cuando la persona trabajadora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la persona empleadora la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 30 Ley 15/2022).⁴⁹

⁴⁵ Esta definición ha permitido identificar diferentes tipos de trabajadores especialmente sensibles atendiendo a sus características personales, a su estado biológico o a que tengan reconocida una discapacidad física, al respecto *vid.* MORENO SOLANA, Amanda, “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones pro el servicio médico de prevención”, *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2017 (versión digital), p. 2.

⁴⁶ No todas las personas trabajadoras con discapacidad tendrán la consideración de trabajadores especialmente sensibles, solo la tendrán aquellas en las que exista una limitación y unos riesgos en el trabajo que desarrolla que supongan un riesgo para su salud, *vid.* MORENO SOLANA, Amanda. “Una «vuelta de tuerca» a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en Susana Barcelón Cobedo, Carmen Carrero Domínguez y Sebastián de Soto Rioja (Coords.), *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Junta de Andalucía, 2022, p. 505.

⁴⁷ Asunto HR Rail, de 10 de febrero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:85).

⁴⁸ La ausencia de declaración expresa en la LPRL, imponiendo la modificación del puesto, ha llevado a una parte de la doctrina a entender que nuestra legislación no impone dicha obligación; aunque parece que la postura mayoritaria se inclina por defender el cambio de puesto como una medida preventiva derivada del art. 25 LPRL, sobre dicho debate, *vid.* MORENO SOLANA, Amanda, “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 p. 5.

⁴⁹ Si no se aportan indicios suficientes, no se invertirá la carga de la prueba y el despido no será declarado nulo. En este sentido, la STSJ Galicia de 8 de junio de 2023 (- ECLI:ES:TSJGAL:2023:4199), confirma la improcedencia de un despido de una trabajadora enferma reconocido como tal por la empresa, pues la trabajadora no aportó indicios suficientes para invertir la carga de la prueba. Al contrario, se constató que la

El cuestionamiento judicial de la decisión empresarial podrá acarrear la calificación de procedente, improcedente o nula, pues la Ley 15/2022 no ha instaurado una nulidad objetiva, como los supuestos previstos en el artículo 55.5 a, b y c⁵⁰. Si la empresa no consigue desvirtuar los indicios discriminatorios, entonces los tribunales declararán que la conducta es discriminatoria y, por tanto, nula. Será procedente cuando se logre aportar motivos reales procedentes que justifiquen el despido al margen de la salud de la persona trabajadora y, finalmente, será improcedente en aquellos supuestos en los que se logre desvirtuar los indicios de discriminación, pero existan otros incumplimientos que conviertan el despido en improcedente, como, por ejemplo, defectos formales.

Ahora bien, si la acción cuestionada es un despido por ineptitud sobrevenida por causa médica se debe hacer alguna precisión adicional. Estos casos pueden ser los supuestos más evidentes en los que la decisión empresarial se adopta motivada por la salud de la persona trabajadora. Por ello, la judicialización de dichas decisiones debe iniciarse con la inversión de la carga de la prueba. En consecuencia, si la empresa puede acreditar la gravedad de la ineptitud de la persona trabajadora y afectación de las actividades esenciales desarrolladas por esta el despido deberá calificarse como procedente. No obstante, cuando no se logren aportar elementos probatorios de dicha gravedad y de la afectación de las tareas esenciales desarrolladas por la persona trabajadora corresponderá declarar el despido discriminatorio como nulo y no como improcedente, como correspondía antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2022. Ahora bien, el legislador, aunque podría haber fijado una nulidad objetiva, como en el caso de los despidos vinculados al nacimiento de menor, no lo ha hecho. Ello quiere decir que seguirán existiendo supuestos de despidos por ineptitud sobrevenida que deberán declararse improcedentes, por ejemplo, cuando estos se hayan producido con incumplimiento de requisitos formales. Finalmente, debe recordarse que el Tribunal supremo ha señalado que la mera alegación genérica de ineptitud o el despido con base en la mera declaración del servicio de prevención no son suficientes para justificar la procedencia del despido⁵¹, por tanto, en mi opinión a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, estos despidos deberán ser declarados nulos.

Mención aparte merecen los despidos de la persona trabajadora durante un proceso de incapacidad temporal. En estos supuestos, parece que la evidencia apunta a que el despido se ha producido por motivos vinculados a la enfermedad de la persona trabajadora y, por tanto, la nulidad será el escenario más plausible. No obstante, es posible que se produzcan despidos durante estos periodos de incapacidad que se construyan sobre razones no vinculadas a la salud y, en ese caso, sí podrían ser procedentes. Ese podría ser el supuesto en el que se descubre una falta muy grave cometida por un trabajador justo antes de iniciar su proceso de incapacidad temporal o en los que se descubra a la

empresa conocía la enfermedad en el momento de la contratación. La enfermedad no impidió, por tanto, la contratación. asimismo, se evidenció que la trabajadora no había estado en situación de incapacidad temporal a lo largo de la vigencia de la relación laboral, ni en concreto lo estaba, ni se acreditó que fuera previsible que lo estuviese, en el momento de comunicación del despido (casi un año después de su contratación).

⁵⁰ Así SJS núm. 1 de Granada de 15 de febrero de 2023 (ECLI:ES:JSO:2023:5).

⁵¹ STS de 23 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:830).

persona trabajadora desarrollando actividades incompatibles con su recuperación, entre otros ejemplos. En estos casos, a pesar de encontrarse con el contrato suspendido, parece razonable sostener la procedencia del despido, pues este nada tendría que ver con su enfermedad, si no con una falta cometida por la persona trabajadora.

Finalmente, la declaración de discriminación al amparo del artículo 27 Ley 15/2022 supone la automaticidad del reconocimiento de daños morales⁵², cuestión que ya había sido adelantada por el Tribunal para la vulneración de cualquier derecho fundamental⁵³. En este sentido, el establecimiento de la cuantía de la indemnización por daños morales deberá ser determinada por el órgano judicial con carácter prudencial, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación. Como ha señalado el Tribunal Supremo, la identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada⁵⁴.

Ante la ausencia de un módulo más apropiado, el Tribunal Supremo ha recurrido al criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de Infracciones y Sanciones, determinando la cuantía final en atención a la duración del contrato y el salario de la persona trabajadora⁵⁵. Ahora bien, la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta de aplicación sistemática y directa, sino que al Tribunal Supremo le resulta razonable utilizar las horquillas en ella previstas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha ido acercando al plano preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos de vulneración de derechos fundamentales⁵⁶. No obstante, dado que el criterio cuantificador de la LISOS no es de aplicación directa y solo ha sido adoptado como marco útil para determinar las indemnizaciones por daños morales, quizás lo más adecuado sea, a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, que los daños morales por vulneración del derecho

⁵² Así, ha sido estimado por SJS núm. 3 de Pamplona, de 4 de abril de 2023 (ECLI:ES:JSO:2023:926), que incluso señala que la indemnización “incluso procedería a través del control de convencionalidad en aplicación del art. 24 de la Carta Social Europea revisada, que resulta plenamente aplicable en un caso como el que ahora se enjuicia en el que el despido no tiene causa alguna, resulta injustificado, y se vincula a la situación de enfermedad y condición de salud del demandante, lo que permite aplicar una indemnización adecuada a las circunstancias concurrentes”.

⁵³ El Tribunal Supremo ha señalado que “los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental” STS de 9 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:907), STS de 5 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3908), entre otras muchas.

⁵⁴ STS 20 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1605).

⁵⁵ El criterio ha sido considerado idóneo y razonable por el Tribunal Supremo (entre otras, STS de 15 de febrero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1185; STS 19 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4806) y admitido por el Tribunal Constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio). Se ha criticado la imprecisión y la falta de una argumentación más exhaustiva, *vid.* ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “Últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 5, 2022, p. 283.

⁵⁶ FD quinto, apartado segundo, STS 20 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1605).

a la discriminación sean determinados a partir de las sanciones previstas en la propia Ley 15/2022⁵⁷. La anterior postura podría ser censurada porque el artículo 46.2 de la Ley 15/2022 mantiene vigente para el orden social las sanciones previstas en la LISOS. No obstante, en la medida en que el recurso a la LISOS o a la Ley 15/2022, en la propuesta aquí sostenida, solo se realiza de forma indirecta y como criterio prudencial no parece existir obstáculo legal para ello. El cambio de norma de referencia ajustaría más esa labor preventiva perseguida en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y exigida pro el artículo 25.3 Ley 15/2022, al recoger esta norma unas cuantías superiores a las previstas por la LISOS. Ello, sin duda, contribuiría a tutelar de manera más adecuada a las personas trabajadoras que vean vulnerado su derecho a la no discriminación.

4. Conclusiones

La aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha incorporado a nuestro ordenamiento valiosos conceptos y nuevos tipos de discriminación. Es cierto que muchos de ellos ya habían sido recogidos e identificados en ocasiones por los tribunales –tanto nacionales como internacionales–, pero su codificación contribuirá a buen seguro a que sean reconocidos con mayor habitualidad por los tribunales contribuyendo con ello a una mejor tutela de las personas trabajadoras que sufran discriminación.

No obstante, si bien lo anterior es relevante, quizás el elemento más importante de la Ley en materia laboral sea reconocer como causa de discriminación la enfermedad de la persona trabajadora, superando con ello la férrea jurisprudencia del Tribunal Supremo que consideraba que el despido del trabajador enfermo no era un supuesto subsumible, con carácter general, en ninguna de las causas de discriminación del artículo 14 CE y, por tanto, correspondía la calificación de improcedencia y no la nulidad. El establecimiento de la enfermedad y la condición de salud como causa de discriminación se hace, además, sin ningún adjetivo que limite o module su inclusión en el catálogo de posibles supuestos discriminatorios. Por ello, es esperable que la protección de la salud en el entorno profesional avance hacia una nueva dimensión, en la que la persona trabajadora y su recuperación física y mental sean el centro de la toma de decisiones en el entorno profesional, desterrando toda decisión perjudicial por motivos de salud.

5. Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, 2023.

⁵⁷ Así también propuesto en: ARUFE VARELA, Alberto, “El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, p. 377.

- ALCÁZAR ORTIZ, Sara, “La recepción por los Tribunales españoles de la jurisprudencia comunitaria sobre discapacidad y no discriminación: en particular, el despido y el concepto de enfermedad”, en Vicente Palacio, María Arántzazu (Coord.), *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, 2023, pp. 139-159.
- ARENAS VIRUEZ, Margarita, “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011;
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “Últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 5, 2022, pp. 275-289.
- ARUFE VARELA, Alberto, “El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, pp. 355-387.
- CABEZA PEREIRO, Jaime y VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur menor, 2023.
- GÁLVEZ DURAN, Sergi, “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSlabor*, núm. 3, 2015.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R., “Re-definiendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017, [versión on-line, fecha consulta: julio 2023].
- GINÉS I FABRELLAS, Anna, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 18, febrero 2010, pp. 99-123.
- GOÑI SEIN, José Luis, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia y Trabajo*, núm. 1, diciembre 2022, pp. 5-28.
- GRAU PINEDA, Carmen, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 8, núm. 2, 2023, pp. 32-51.
- HERRERO JAÉN, Sara, “Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud”, *Revista Ene*, Ene. vol.10 no.2, 2016, versión on-line, fecha consulta: julio 2023, disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2016000200006&lng=es&nrm=iso.
- MILIOS, Georgios, “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, en *Revista Derecho y Libertades*, núm. 47, época II, junio 2022, pp. 241-271.

- MILIOS, Georgios, “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, en *Revista Derecho y Libertades*, núm. 47, época II, junio 2022, p. 247.
- MORENO SOLANA, Amanda, “La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020, p. 89. 75-96.
- MORENO SOLANA, Amanda, “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención”, *Revista Trabajo y Derecho*, Núm. 6, 2017 (versión digital).
- “Una «vuelta de tuerca» a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en Susana Barcelón Cobedo, Carmen Carrero Domínguez y Sebastián de Soto Rioja (Coords.), *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Junta de Andalucía, 2022, pp. 489-499.
- POLONIO DE DIOS, Gema, *La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social*, Tesis doctoral, versión on-line, fecha consulta: julio 2023, disponible en <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/13577/2016000001413.pdf?sequence=1>, p. 183.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, núm. 1, 2001, pp. 463-488.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. “Despido por enfermedad y discriminación”, en *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2008.