

ARTÍCULOS

A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022:

Sobre la causa y la posible justificación¹

Carlos Villarino Moure

Magistrado especialista del TSJ de Galicia, Sala de lo Social

Resumen

El presente artículo trata de mostrar el funcionamiento de la prohibición de discriminación por razón de enfermedad, introducida por la Ley 15/2022, en su aplicación jurisdiccional a las relaciones laborales. A tal fin, se estudia el contenido normativo de la prohibición de discriminación por razón de enfermedad, y por otras circunstancias vinculadas con la salud. En particular, se analizan los contornos de la enfermedad como posible causa de discriminación, y el alcance de la carga probatoria en el procedimiento judicial.

1. Introducción

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha supuesto la ampliación de la tutela antidiscriminatoria vinculada con la enfermedad, y, más en general, con la salud de la persona trabajadora.

1. El presente artículo fue elaborado para la participación, el 27 de octubre de 2023, en la mesa redonda «Tutela Antidiscriminatoria ante los nuevos cambios normativos (RDL 5/2023, Ley 15/2022, Ley Trans...)» del XXIII Congreso nacional de ASNALA (Asociación Nacional de Laboralistas), celebrado en Santiago de Compostela. Una mesa redonda agradablemente compartida con D. Martín Godino Reyes (Presidente de Honor de ASNALA y Socio Director en Sagardoy Abogados) y D^a. Yolanda Maneiro Vázquez (Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Santiago de Compostela), y moderada por D. Benito Couceiro Naveira (Director de Relaciones Laborales de ABANCA).

Hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022, con carácter general, una enfermedad sólo venía siendo considerada como causa de discriminación en dos supuestos².

En primer lugar (*supuesto de segregación o estigma*), cuando la enfermedad comporta un «elemento de segregación» o de «estigmatización como persona enferma de quien la padece» (STS 29-1-01, rec.: 1566/2000 - ECLI:ES:TS:2001:502; STC 62/2008 - ECLI:ES:TC:2008:62). Supuesto que, dicho sea de paso, ha tenido escasa aplicación en las decisiones jurisdiccionales.

En segundo lugar (*supuesto de enfermedad asimilable a discapacidad*), en los casos en que la enfermedad o dolencia conlleva limitaciones, «de larga duración», que impiden «la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores» (STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 - ECLI:EU:C:2013:222, en un caso de lumbalgia; STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA-Kaltoft, C-354/13 - ECLI:EU:C:2014:2463, en un caso de obesidad). Para determinar la concurrencia de una enfermedad asimilable a discapacidad, la jurisprudencia estableció algunos criterios. Por un lado, que «en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio [...] no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo»; y, por otro lado, que «pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona» (STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15 - ECLI:EU:C:2016:917). Como en el supuesto anterior, la recepción de esta posibilidad de discriminación por enfermedad ha sido muy restrictiva en la práctica jurisdiccional³.

Llegados a este punto, la Ley 15/2022⁴ viene a recoger entre otras causas de discriminación, en su art. 2.1, la «enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos». La razón para ello, si atendemos al apartado segundo de su Preámbulo, viene a ser «dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir». Para ello «incorpora expresamente», entre otros «motivos de discriminación», los antes citados «por su especial relevancia social», como señala el citado Preámbulo en el apartado tercero. Por tanto, en sentido estricto la Ley 15/2022 *no crea* nuevas causas de discriminación al recoger, en su art. 2.1, la enfermedad y otras circunstancias vinculadas con la salud, sino que más bien constata una realidad social ya existente⁵.

En este sentido, la tipificación de causas de discriminación no es una creación *ex nihilo* del legislador, sino que se produce porque existen determinados prejuicios socialmente arraigados⁶. Esto es, valoraciones desfavorables basadas en estereotipos vinculados con personas que reúnen una determinada «condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE). Una de tales circunstancias es la enfermedad.

2. Para la evolución histórica del papel de la enfermedad como causa de discriminación, *vid.*: Agustí Maragall, Joan, «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 de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 235, julio 2022, pp. 5-20, en especial, pp. 10-18.

3. STS 22-5-20 (rec.: 2684/2017 - ECLI:ES:TS:2020:1736); STS 15-9-20 (rec.: 3387/2017 - ECLI:ES:TS:2020:3165); STS 31-5-22 (rec.: 109/2020 - ECLI:ES:TS:2022:2358).

4. Cuando no se señale otra cosa, las menciones de artículos estarán referidas a la Ley 15/2022.

5. Una realidad social, todo hay que decirlo, que a los juzgados y tribunales españoles les venía costando apreciar.

A este respecto, y como la mejor doctrina jurídica ha señalado, respecto de la enfermedad entran en juego «prejuicios como asociar la enfermedad con la supuesta vagancia de la persona trabajadora, con su baja o escasa productividad, con su falta de implicación en la empresa o incluso con el fraude en la incapacidad temporal»⁷. Tales prejuicios se exteriorizan en determinados patrones de conducta (por ejemplo, los despidos reactivos frente a una persona trabajadora en incapacidad temporal). Pero también asoman en el lenguaje ordinario, en expresiones como «cogerse la baja» o «ponerse de baja», con la connotación de que el inicio de un período de incapacidad temporal vendría a ser una mera decisión unilateral, más o menos arbitraria, de la persona trabajadora.

Ante la lógica productivista que impregna el mundo del trabajo, es resaltable el acierto del legislador al detectar causas de discriminación que operan en nuestra sociedad, al tiempo que se pone la vida y la salud de las personas trabajadoras en el centro. Todo ello teniendo en cuenta que la Ley 15/2022, entre otros ámbitos, prevé expresamente la aplicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena, en la negociación colectiva, y en el trabajo por cuenta propia; así como, entre otras, en las organizaciones sindicales y empresariales, y en las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (arts. 9 a 12).

No obstante ello, la Ley 15/2022 ha abierto algunos interrogantes en su aplicación práctica respecto de la enfermedad como causa de discriminación, que me parece interesante intentar clarificar: ¿Qué queda fuera de las nuevas causas de discriminación vinculadas con la salud? ¿Qué relevancia tiene, si es el caso, la mayor o menor gravedad de la enfermedad en la tutela antidiscriminatoria? ¿Qué tipos de justificación puede esgrimir el empresario para “derrotar” los indicios de discriminación por enfermedad? ¿Qué condiciones deben darse para que un despido, u otra decisión empresarial, pueda ser declarada nula (art. 26 Ley 15/2022) por constituir una discriminación por razón de enfermedad?

Para intentar dar respuesta a tales preguntas, me centraré en dos elementos (la causa y la posible justificación) que pueden entrar en juego en la tutela antidiscriminatoria. Con carácter previo, en el apartado segundo expondré un sucinto análisis del contenido prescriptivo de la prohibición de discriminación que establece la Ley 15/2022. Ello me dará pie a abordar, en el apartado tercero, la especial rugosidad que plantea la enfermedad como causa de discriminación. En el apartado cuarto, trataré las distintas clases de justificación que se recogen en la Ley 15/2022 en relación con la discriminación por enfermedad. Para finalizar, expondré unas breves conclusiones.

6. Para una detallada explicación del papel que juegan los estereotipos y prejuicios en las discriminaciones, *vid.*: Lousada Arochena, José Fernando, «Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la Ley 15/2022», ponencia impartida el 28-9-23 en las XXXIII Jornadas Catalanes de Dret Social de 2023 [facilitada por el autor], ap. 1.

7. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», 2023, pendiente de publicación en la *Revista de Derecho Laboral*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (Uruguay) [facilitada por el coautor], ap. 2.1. Quiero agradecer a Fernando Lousada, compañero en la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, haberme facilitado el citado artículo antes de su publicación y una copia de la ponencia citada en la nota anterior, así como, muy en especial, las largas conversaciones mantenidas -telefónicas y en persona- sobre la Ley 15/2022.

2. El núcleo normativo de la prohibición de discriminación

La Ley 15/2022 formula, en diversos artículos, la norma que prohíbe discriminar. Así, por ejemplo, en el art. 2.1: «Nadie podrá ser discriminado por razón de...»; o en el art. 4.1: «El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de...». Además, se vincula la actuación discriminatoria con la «diferencia de trato» (arts. 1.1, 2.2, 4.2, etc), estableciendo una delimitación muy amplia de lo que cabe entender por «trato» («disposición, conducta, acto, criterio o práctica», art. 4.1). Por otro lado, la prohibición de discriminación, esto es, de una diferencia de trato, se conecta («por razón de») con determinadas condiciones o circunstancias que han de operar como causas (art. 2.1). Y, por último, la entrada en juego y el alcance de esa prohibición de discriminación se supedita a la ausencia de una justificación (arts. 2.2, 2.3 y 4.2).

A la vista de todo ello, la norma⁸ que prohíbe la discriminación en la Ley 15/2022, podría sintetizarse como una prohibición⁹ bajo la siguiente forma y núcleo normativo¹⁰:

Prohibida una diferencia de trato (disposición, conducta, acto, criterio o práctica) **SI**:

1. Concorre una condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022;
2. La condición o circunstancia del art. 2.1 está conectada con la diferencia de trato («por razón de»), y es, por tanto, su causa; y
3. No se ofrece una justificación.

8. Distingo aquí entre norma (el contenido semántico y prescriptivo) y formulación de la norma («signo o símbolo (las palabras) usadas al enunciar (formular) la norma») en los términos en que lo hace von Wright, *vid.*: von Wright, Henrik G., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 109-110. En todo caso, para una delimitación detallada de los contornos del concepto jurídico de discriminación, que «puede ser inintencional, indirecto o no comparativo, poniendo el foco en el efecto de la víctima», *vid.*: Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel, «Los contornos de la discriminación», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº 5, 2022, pp. 19-27, en especial, p. 20.

9. Como toda prohibición, en todo caso, interdefinible como obligación. Así el contenido prescriptivo de una norma que establezca «prohibido fumar», es equivalente a aquella que dispusiera «obligatorio no fumar». En el mismo sentido, la prohibición de una diferencia de trato por alguna de las condiciones y circunstancias que establece el art. 2.1 Ley 15/2022, es equivalente a la obligación de omitir una diferencia de trato por razón de tales condiciones y circunstancias. Claro está que aquí el problema, que no vamos a abordar en el presente trabajo, pasaría por determinar cuándo se produce una diferencia de trato o un trato igual. Respecto del carácter interdefinible de las normas que establecen una prohibición y una obligación, *vid.*: von Wright, Henrik G., *Norma y acción, op. cit.*, pp. 87-88, 99-100; y Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008, pp. 67-69.

10. El concepto de «núcleo normativo» de una norma como formado por el carácter (prohibición, obligación o permiso), el contenido (la descripción de actuación), y las condiciones aplicación («aquella condición que tiene que darse para que exista oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma dada») está tomado de: von Wright, Henrik G., *Norma y acción, op. cit.*, pp. 87-91. En este sentido, lo más interesante es entender que las tres condiciones de aplicación de la norma que prohíbe discriminar, de acuerdo con la Ley 15/2022, son las condiciones que tienen que darse para que pueda existir una discriminación (es decir, una diferencia de trato prohibida). Tales condiciones son, primero, que concurra una circunstancia del art. 2.1; segundo, que esa circunstancia aparezca, al menos indiciariamente, como causa de la diferencia de trato; y, tercero, que no se ofrezca una justificación. Si falta cualquiera de estas condiciones, podrá haber, en su caso, una diferencia de trato, pero no una discriminación. En línea con von Wright puede verse el análisis de las proposiciones normativas que realiza: Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico, op. cit.*, pp. 65-76.

No voy a entrar aquí en el tipo de conductas que caen bajo la «diferencia de trato» como actuación prohibida¹¹. Lo relevante ahora es apreciar que la prohibición de esa diferencia de trato exige el cumplimiento de las tres condiciones indicadas (1), (2) y (3)¹². Esas condiciones de aplicación de la prohibición de trato desigual pueden todas ellas ser problemáticas y controvertidas en la práctica jurisdiccional¹³.

En cuanto a (1), en nuestro ordenamiento jurídico la prohibición de la diferencia de trato no se predica con carácter absoluto, sino únicamente cuando concurre alguna especial condición o circunstancia. En este sentido, sin perjuicio de que la lista de posibles causas

11. A este respecto «diferencia de trato» es la descripción de la actuación prohibida que emplea la Ley 15/2022 en distintos lugares (arts. 2.2, 2.3, 4.2, etc). En todo caso, lo más relevante me parece comprender que esa diferencia de trato:

- 1) No incluye como un requisito adicional el que sea desfavorable. Pues tal exigencia sería redundante, en tanto que toda diferencia de trato, por razón de alguna de las causas de discriminación del art. 2.1, es ya, en principio, desfavorable por atentar contra la dignidad humana, como expresión de la «igual dignidad de las personas» (art. 1.1). No obstante ello, de forma que me parece redundante, la Ley 15/2022 adjetiva en ocasiones la diferencia de trato como «menos favorable» (art. 6.1 a). Que el carácter desfavorable de la diferencia de trato no es una exigencia adicional, sino presente en toda desigualdad de trato por alguna de las causas del art. 2.1, puede verse con claridad con un ejemplo: Si una ordenanza municipal dispusiera la preferencia de todas las mujeres para ocupar los asientos libres en los autobuses, el trato -en sí mismo considerado o en su contenido- no sería desfavorable; y, sin embargo, cabría entenderlo, sin duda, como discriminatorio, en tanto que -sin ofrecer justificación alguna- estaría estableciéndose una diferencia, sustentada en un prejuicio (la mayor debilidad física de las mujeres, etc), que atenta contra la igual dignidad de las personas por razón de sexo.
- 2) La desigualdad de trato, constitutiva de discriminación, puede incluir distintos supuestos: Así, por ejemplo, cuando se trata de modo distinto a personas iguales por tener igual dignidad (por ejemplo, si sólo se contrata a varones y no a mujeres). Pero también cuando se trata «igual» lo que es diferente, conculcando con ello el igual valor de las diferencias (por ejemplo, si no se acometen ajustes razonables respecto de una persona con discapacidad; o si se interpreta una norma jurídica sin perspectiva de género). O, incluso, si no se admite o se rechaza de plano la expresión de una diferencia (por ejemplo, en el caso de las acciones de intolerancia, que recoge el art. 4.1 Ley 15/2022), etc. Por ello, uno de los principales aciertos de la Ley 15/2022 ha sido recoger una amplia lista de modos o tipos de discriminación en el art. 4.1, algunos de los cuales se definen en el art. 6.
- 3) En todo caso, como recuerda Álvarez del Cubillo, «la prohibición de discriminación no necesariamente implica dicha comparación [un término de comparación], aunque esta pueda ser utilizada como evidencia». Precizando el citado autor, por lo demás, que «por supuesto, en muchos casos la inexistencia de un término de comparación hará difícil o imposible acreditar la discriminación o imputar la desigualdad a un sujeto responsable». Álvarez del Cubillo, Antonio, «La Ley integral para la igualdad: Un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 165, 2022, p. 94. A este respecto, como recuerda el autor citado, el Tribunal Constitucional ha señalado, reiteradamente, que «la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de éste para ser apreciadas» (STC 104/2014 - ECLI:ES:TC:2014:104; STC 171/2012 - ECLI:ES:TC:2012:171).
- 4) En cuanto al concepto de «trato», el mismo puede incluir conductas muy variadas, así el art. 4.1 se refiere a «disposición, conducta, acto, criterio o práctica». A este respecto, dentro del elemento objetivo del «trato discriminatorio» se han entendido incluidos tanto la acción, como la omisión propia e impropia (comisión por omisión), y también los actos de habla (*speech acts*). A este respecto, *vid.*: Lousada Arochena, José Fernando (Coord.), Cabeza Pereiro, Jaime y Núñez-Cortes Contreras, Pilar, *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 75-76; y Lousada Arochena, José Fernando, «Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la Ley 15/2022», *op. cit.*, ap. 5.1.

12. En buena medida, las tres condiciones señaladas se corresponden con el triple test para apreciar la discriminación por enfermedad que recoge la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (rec.: 118/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:4970): «a) Comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido; b) Determinar si existe un panorama indiciario de que el móvil del despido ha sido la enfermedad; c) En caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria».

de discriminación no sea cerrada -ni en el art. 2.1 Ley 15/2022, ni tampoco en el art. 14 CE, los cuales se refieren a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»-, ello no permite que se incluya como tal cualquier circunstancia. Dicho en otros términos, nadie puede ser discriminado por ver películas de Tarantino o por desayunar cereales, a no ser que se pudiera establecer -lo que no parece el caso- alguna correlación entre tales circunstancias personales y alguna causa de discriminación del art. 2.1 Ley 15/2022.

Y esto es así porque, más allá de la “tipificación” normativa de las causas de discriminación, las mismas responden, como más arriba señalamos, a estereotipos y prejuicios sociales que, en definitiva, ocultan un «elemento de segregación» o de estigmatización (STC 62/2008, citada), o que, con otras palabras, dan lugar a «condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista» (STS 29-1-01, citada). De modo que no cualquier circunstancia o condición personal o social puede ser tomada como causa de discriminación, al amparo de la cláusula final del art. 2.1 Ley 15/2022 o del art. 14 CE, porque no cualquier condición o circunstancia personal o social lleva anudado un prejuicio que deba ser erradicado.

Es el legislador, y en su caso los juzgados y tribunales al amparo de la cláusula final del art. 2.1 Ley 15/2022 y del art. 14 CE, quienes han de determinar, en cada momento histórico, qué condiciones o circunstancias constituyen una posible causa de discriminación. Y, con la Ley 15/2022, el legislador ha considerado que la enfermedad, y otros supuestos vinculados con la salud, son circunstancias que merecen tal consideración.

Pero además, a la vista de la condición (2) más arriba referida, la condición o circunstancia del art. 2.1 (nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, etc) no sólo debe concurrir, sino que, además, ha de aparecer conectada con la diferencia de trato que se pretende combatir. La Ley 15/2022 emplea, para reflejar tal conexión, en unas ocasiones la expresión «por razón de» (arts. 2.1, 4.1, 9.1, etc), y en otras directamente el término «causa» (arts. 3.2, 4.1, 4.2, 6.1 a) y b), 6.2, etc). Expresiones lo suficientemente amplias para incluir distintos tipos de conexión entre la diferencia de trato y alguna de las condiciones o circunstancias del art. 2.1. Conexión que puede obedecer a los motivos o finalidades de determinadas actuaciones¹⁴, tanto dolosas como culposas; pero asimismo a disposi-

13. Lo que ha de resultar de la prueba en un procedimiento judicial, en aras de determinar la estimación o no de la tutela antidiscriminatoria interesada, es justamente la concurrencia de los elementos que conforman el núcleo normativo de la prohibición de discriminación (una diferencia de trato, que no requerirá necesariamente un término de comparación (*vid.*: nota 11); una circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 -en nuestro caso, la enfermedad-; que tal circunstancia aparezca indiciariamente como causa de la diferencia de trato; y la ausencia de una justificación). En este sentido, puede verse, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (rec.: 118/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:4970). En ese procedimiento judicial, en el que se pretendía que se tuviera por discriminatorio un despido, acreditada la diferencia de trato (una extinción del contrato de trabajo) y la enfermedad de la persona trabajadora, la tutela antidiscriminatoria se deniega por cuanto no se aportó un «panorama indiciario» que permitiese conectar, a título de causa, la enfermedad con la extinción del contrato de trabajo. Y ello en tanto el contrato temporal se extinguió al llegar la fecha predeterminada, sin que concurriesen «elementos fácticos de cierta relevancia que permitan asentar, como hipótesis probable, que el empresario iba a adoptar otra decisión (la prórroga del contrato o su conversión en indefinido) y no lo hizo porque apareció una circunstancia [la enfermedad del trabajador] que cambió su criterio». A mayor abundamiento, en el supuesto de la sentencia de suplicación citada, existía una justificación para la diferencia de trato (esto es, para la extinción del contrato de trabajo) como era el carácter temporal de la relación laboral y el haberse alcanzado la fecha prevista para la finalización del contrato de trabajo.

14. Con el art. 4.1 «disposición, conducta, acto, criterio o práctica».

ciones, criterios o prácticas que ocasionan una correlación de hechos discriminatoria sin necesidad de un elemento intencional (por ejemplo, en la discriminación indirecta definida en el art. 6.1 b). En todo caso, lo relevante es que la condición o circunstancia de discriminación -por ejemplo, la enfermedad- aparezca como *causa* de la diferencia de trato.

En tercer lugar, como refleja la condición (3), más arriba indicada, la prohibición de la diferencia de trato es, además, una prohibición excepcionable, o al menos derrotable (*defeasible concept*¹⁵), atendiendo a determinadas justificaciones que pueden concurrir en cada caso concreto¹⁶. Esas posibles justificaciones se plantean de distinta forma, en cuanto a su alcance y supuestos, en los arts. 2.2, 2.3 y 4.2 Ley 15/2022. Más abajo volveremos sobre las mismas.

Esclarecida la prohibición de trato desigual, como una norma sujeta al cumplimiento de una triple condición -(1) que concorra una condición o circunstancia del art. 2.1, como puede ser la enfermedad; (2) que esa circunstancia esté conectada con la diferencia de trato, apareciendo al menos indiciariamente como su causa; y (3) que no se ofrezca una justificación válida-, debe además concretarse a quién corresponde la prueba de cada uno de los elementos que configuran la norma, y la forma en que ha de cumplirse con la carga de la prueba.

El art. 30.1 Ley 15/2022 viene a establecer unas reglas relativas a la carga de la prueba que, en su esencia, coinciden con las ya establecidas en el procedimiento laboral en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS: «cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se le impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Como es sabido, tal regla de carga probatoria viene a reflejar los criterios que la jurisprudencia ha señalado en supuestos de tutela antidiscriminatoria y de derechos fundamentales. Quien pretende la tutela antidiscriminatoria ha de aportar «indicios fundados» sobre la existencia de discriminación, lo cual no se cumple con las meras alegaciones sobre la concurrencia de una discriminación, sino que ha de facilitar indicios razonables que permitan «deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido» (STC 171/2005 - ECLI:ES:TC:2005:171; STS, 25-2-08, rec. 3000/2006 - ECLI:ES:TS:2008:2522). En otros términos, la parte demandante -normalmente la persona trabajadora- ha de aportar un «indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse» (STC 17/2007 - ECLI:ES:TC:2007:17).

15. Hart, H.L.A., «The Adscription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, Issue 1, 1 June 1949, pp. 172-183.

16. Lo que es justificable, en sentido estricto, es la diferencia de trato, y no la discriminación. Según lo visto en el apartado segundo de este artículo, cabe afirmar que si hay justificación de la diferencia de trato, no hay discriminación, pues no se cumpliría la condición (3) señalada. Que lo justificado es la diferencia de trato, y no la discriminación, cabe concluirlo, además, a partir del art. 2.2 y 2.3 Ley 15/2022, que regula cuándo se pueden establecer o amparar «diferencias de trato»; y, más claramente si cabe, en el art. 4.2, en tanto viene a señalar que: «No se considera discriminación la diferencia de trato» cuando concurre una justificación en los términos que tal artículo establece.

Y, por su parte, a quien combate la discriminación alegada, una vez aportados tales indicios por la contraparte, le corresponde ofrecer una justificación en los términos del citado art. 30.1 Ley 15/2022. Lo cual se corresponde con la reiterada exigencia jurisprudencial de acreditación de hechos que demuestren «la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada», de modo que se alcance la convicción de que las causas acreditadas por la demandada «han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales» (STC 171/2005, citada). Con otras palabras, a la parte demandada le corresponde la «carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada» (STC 17/2007, citada; en sentido similar, STC 125/2008 - ECLI:ES:TC:2008:125, entre otras muchas). En definitiva, la parte demandada ha de acreditar que su decisión o actuación no traía causa de una de las circunstancias del art. 2.1 Ley 15/2022, como puede ser la enfermedad de la persona trabajadora.

A partir de tales reglas de carga de la prueba, y partiendo del esquema de la prohibición de discriminación más arriba expuesto, cabe señalar que a la parte demandante le corresponde probar, en su caso indiciariamente, las condiciones (1) y (2). Y a la parte demandada, en su caso, le corresponderá probar la concurrencia de una justificación suficiente que determine que no se cumpla la condición (3).

Esto es, a la parte actora le corresponde la carga de acreditar:

1. Que concurre una condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022. Normalmente la mera concurrencia de tal circunstancia -por ejemplo, la enfermedad de la persona trabajadora- no suele ser objeto de la prueba de indicios del art. 30.1, sino de prueba plena por la parte demandante¹⁷. Cuestión distinta, como a continuación veremos, es que sí sea objeto de prueba mediante indicios la conexión causal -«por razón de»- entre esa circunstancia o condición -en nuestro caso, la enfermedad- y la diferencia de trato.
2. Que la condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022, además de concurrir, está conectada («por razón de») con una diferencia de trato respecto de la cual se insta la tutela antidiscriminatoria. Esto es, la parte actora ha de aportar indicios favorables a la hipótesis de que la condición o circunstancia de discriminación -en nuestro caso, la enfermedad- es *la causa* de la diferencia de trato¹⁸. Esto exigirá, al

17. La concurrencia de la circunstancia de enfermedad del art. 2.1 Ley 15/2022 en una persona trabajadora, en principio y como luego veremos, no ha de ser problemática, en tanto habrá dado lugar a un proceso de incapacidad temporal conocido por la empresa. Aunque, al amparo del art. 30.1 Ley 15/2022, parece que nada obstaría para que también la mera concurrencia de la causa discriminatoria de la diferencia de trato fuera acreditada mediante indicios. En especial, en aquellos supuestos en que la causa es una mera apariencia que da lugar a una «apreciación incorrecta», como en la discriminación por error, de los arts. 4.1 y 6.2 b) Ley 15/2022.

18. De hecho, la Ley 15/2022 es precisa en este sentido, pues, si en el art. 2.1 no emplea el término «causa» cuando enumera las condiciones o circunstancias que pueden dar lugar a discriminación, a continuación, en distintos preceptos, sí emplea el término «causa» (arts. 3.2, 4.1, 4.2, etc). Un hecho es la mera concurrencia de una circunstancia del art. 2.1, y otro que esa circunstancia aparezca, al menos indiciariamente, como causa de la diferencia de trato.

menos en la discriminación directa, aportar indicios de que la parte demandada -la empresa normalmente en la jurisdicción social- conocía la concurrencia de la condición o circunstancia de discriminación¹⁹, además de otros elementos que permitan sostener razonablemente que la circunstancia de discriminación -por ejemplo, la enfermedad- es la causa de la decisión empresarial que se impugna.

Y, a la parte demandada, además de poder rebatir la concurrencia de la circunstancia de discriminación y su conexión con la diferencia de trato controvertida -aportando en su caso contraindicios-, le corresponde la carga de probar una justificación suficiente que venga a desvirtuar el panorama discriminatorio aportado por la parte demandante²⁰.

Expuesto esto, en la tutela antidiscriminatoria vinculada con la enfermedad los principales problemas prácticos derivan, por un lado, de la delimitación de la enfermedad como circunstancia de discriminación, y del juego que, en su caso, han de tener algunas de sus características (mayor o menor gravedad, duración, incidencia, etc). Y, por otro lado, de los posibles tipos de justificación que puede aducir y acreditar la parte demandada, en los supuestos en que se pretenda la tutela antidiscriminatoria por enfermedad. Tales cuestiones las abordaré en los dos siguientes apartados.

3. La circunstancia de enfermedad como causa de discriminación

En los dos subapartados que siguen, voy a tratar los límites de la salud como posible causa de discriminación, a la vista de la Ley 15/2022; y, por otro lado, la incidencia que, si es el caso, tienen las características de la enfermedad (mayor o menor gravedad, duración, incidencia, etc), en la tutela antidiscriminatoria.

3.1. Más allá de la enfermedad: La discriminación por razón de (mala) salud

Como hemos visto, para que se active la tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, lo primero que ha de acreditarse es la concurrencia de tal circunstancia de enfermedad.

La Ley 15/2022 facilita, en buena medida, la acreditación de tal requisito, pues no recoge, como posible causa de discriminación, un concepto restrictivo de enfermedad. A este respecto, en su art. 2.1 no sólo recoge la enfermedad como causa autónoma de discriminación, sino que además lo hace sin adjetivaciones. Esto es, para que la

19. A diferencia de lo que ocurre en la tutela objetiva del despido en los supuestos contemplados en las letras a) a c) de los arts. 53.4 y 55.5 ET (al que remiten los arts. 108.2 y 122.2 LRJS), donde no es necesario que la empresa tenga conocimiento de las circunstancias que en tales preceptos se señalan (en especial, del embarazo). Otra cuestión es que, en la tutela antidiscriminatoria regulada en la Ley 15/2022, ese conocimiento por la empresa pueda ser erróneo, es decir, una «apreciación incorrecta», dando lugar, en tal caso, a una discriminación por error (arts. 4.1 y 6.2. b).

20. Una detallada explicación de las cargas probatorias de la parte actora y demandada en la tutela antidiscriminatoria puede verse en: Lousada Arochena, José Fernando (Coord.), Cabeza Pereiro, Jaime y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, Igualdad y diversidad en las relaciones laborales, *op. cit.*, pp. 349-354; Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit.*, ap. 2.2; Agustí Maragall, Joan, «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 de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 243, abril 2023, pp. 32-34.

enfermedad sea una circunstancia que pueda activar la tutela antidiscriminatoria no es preciso que la misma tenga especial gravedad o incidencia, ni que comporte una previsible larga duración²¹.

Ahora bien, ello no es óbice para que, concurriendo la circunstancia de enfermedad, la mayor o menor gravedad, duración o incidencia de la misma, pueda jugar como indicio -o contraindicio, en su caso- a la hora de determinar que la enfermedad es la causa de la diferencia de trato impugnada.

Con otras palabras, y volviendo al esquema expuesto en el apartado segundo de este artículo, por un lado, la mera circunstancia de enfermedad conlleva el cumplimiento de la condición (1) (concorre la circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022), sin necesidad de que tal enfermedad revista especial gravedad, duración o incidencia. Pero, por otro lado, la mayor o menor gravedad, duración o incidencia de la enfermedad, sí puede tener relevancia, en su caso, a la hora de establecer -o desvirtuar- la conexión entre la misma y la diferencia de trato, esto es, la condición (2) indicada más arriba. Esto es, las características de la enfermedad pueden tener relevancia para determinar, en el juego de indicios y contraindicios, si la misma aparece, de forma plausible, como la causa de la diferencia de trato o de la actuación empresarial controvertida. Sobre este extremo volveré en el siguiente subapartado, pero ahora quiero precisar algo más, siquiera sea sucintamente, la delimitación de la enfermedad como causa de discriminación.

En principio podría parecer problemática la determinación de qué es una enfermedad, pues ello, en cierta medida al menos, depende del conocimiento científico y de las tecnologías desarrolladas, del momento histórico de que se trate, y también de las convenciones establecidas en la comunidad médica²². Pero al efecto que aquí interesa, que es la acreditación de la concurrencia de la circunstancia de enfermedad en el procedimiento laboral, la situación se muestra poco problemática por cuatro motivos.

En primer lugar, por cuanto usualmente la circunstancia de enfermedad aparecerá anudada a un proceso de incapacidad temporal (art. 169.1 LGSS). A lo que se suma que, además, desde la entrada en vigor el 1 de abril de 2023 del RD 1060/2022, que modificó

21. Álvarez del Cuvillo señala que «la inclusión de la enfermedad [en la Ley 15/2022] como causa de discriminación no cambia la situación preexistente, dado que el legislador ordinario no puede modificar el concepto constitucional de discriminación». Al amparo de tal afirmación, manifiesta el citado autor que la mención a la enfermedad en la Ley 15/2022 «debe entenderse que se hace en el marco de la doctrina del TC sobre el art. 14 CE»; y, fruto de ello, parece entender que la enfermedad mencionada en el art. 2.1 Ley 15/2022 sólo sería causa de discriminación cuando sea posible «la adscripción directa o indirecta a un grupo social determinado», respetando la «base grupal» del concepto constitucional de discriminación, en línea con la STC 62/2008, más arriba citada. *Vid.*: Álvarez del Cuvillo, Antonio, «La Ley integral para la igualdad: Un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *op. cit.*, pp. 106-109.

En todo caso, el problema de la «adscripción» a un determinado grupo social de las personas con enfermedad no parece tal. Y ello dado que tal «adscripción» grupal se produce justamente por el hecho de la existencia de determinados prejuicios asociados con la enfermedad de las personas trabajadoras, según se señaló en el apartado primero de este artículo. Las distintas personas trabajadoras objeto de una diferencia de trato por causa de una enfermedad estarían reunidas en un mismo grupo, configurado o anudado por los prejuicios que serían la causa del estigma (vagancia, escasa productividad, poca implicación en la empresa, fraude, etc) que han de soportar. En este sentido, *vid.*: Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit.*, ap. 2.1 y nota al pie nº 12.

22. A este respecto, *vid.*: Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, 2 vols., FCE, México D. F., 2015; Foucault, Michel, *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, Siglo XXI editores, México D. F., 2015.

el RD 625/2014, la comunicación de la situación de incapacidad temporal a la empresa se realiza, por vía telemática, directamente y de manera casi inmediata por el INSS, sin intervención de la persona trabajadora en tal comunicación²³. Todo ello sin perjuicio de que también -aunque ello exigirá un mayor esfuerzo probatorio de la parte actora- pueda activarse la tutela antidiscriminatoria en el supuesto de una enfermedad que no haya dado lugar a un proceso de incapacidad temporal.

En segundo lugar, dado que el art. 2.1 Ley 15/2022, conjuntamente con la enfermedad como posible causa de discriminación, recoge otras condiciones o circunstancias vinculadas con la salud: la «condición de salud», el «estado serológico» y la «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos». Con ello, el espectro cubierto por la prohibición de discriminación, en relación con la salud, es más amplio que el de la mera enfermedad. A este respecto, se ha considerado que la «condición de salud» sería el concepto más amplio, o el género del cual la enfermedad vendría a ser la especie²⁴. En este sentido, partiendo de la definición de la OMS de «salud» como «un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades»²⁵, cabe concluir que «una condición de salud que impida un completo bienestar físico, mental o social no necesariamente debe ser una afección o enfermedad»²⁶.

Siendo esto así, cabría incluir, por ejemplo, como condición de salud determinados 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 diagnóstico²⁷. A todo lo cual se suma, como posibles causas de discriminación, el «estado serológico», el cual incluiría, por ejemplo, la presencia detectable de marcadores (anticuerpos, etc) de VIH o Covid; y, asimismo, la «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos», esto es, la presencia de una carga genética asociada a una mayor probabilidad de padecer determinadas dolencias.

-
- 23.** El art. 7.1 del RD 625/2014 quedó redactado con el siguiente tenor: «[...] El servicio público de salud o, en su caso, la mutua o la empresa colaboradora remitirá los datos contenidos en los partes médicos de baja, confirmación y alta al Instituto Nacional de la Seguridad Social, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición». Y el art. 7.2 RD 625/2014: «El Instituto Nacional de la Seguridad Social, a su vez, comunicará a las empresas los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja, confirmación y alta emitidos por los facultativos del servicio público de salud o de la mutua, referidos a sus personas trabajadoras, como máximo, en el primer día hábil siguiente al de su recepción en dicho Instituto, para su conocimiento [...]».
- 24.** Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit.*, ap. 2.1; Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», *op. cit.*, pp. 31-32.
- 25.** Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada en Nueva York el 22 de julio de 1946 (BOE 15-5-1973).
- 26.** Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit.*, ap. 2.1.
- 27.** A este respecto, se ha señalado 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 patologías», incluyendo entre tales condiciones de salud la obesidad, las alergias o la pérdida de visión, *vid.*: Gordo González, Luis, «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. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, 2023, pp. 113.

En tercer lugar, la posibilidad de que la salud entre en juego como circunstancia de discriminación se ve facilitada a la vista de los distintos tipos de discriminación que recoge el art. 4.1, y que, en parte, define el art. 6 Ley 15/2022. Así, por ejemplo, la enfermedad o condición de salud puede concurrir con otras causas de discriminación a través de una discriminación múltiple o de una discriminación interseccional (art. 6.3), como en el caso de que interactúen, como causas de discriminación, la condición de mujer y una enfermedad con especial prevalencia en este colectivo, como la fibromialgia.

A ello se suma, también, la posibilidad de discriminación por asociación. Por ejemplo, si una persona trabajadora es discriminada por una enfermedad, u otra circunstancia del art. 2.1, concurrente, no en ella misma, sino en otra persona con la que tiene relación (art. 6.2 a). Por ejemplo, si un trabajador/a es discriminado por razón del estado serológico de un familiar. Así como, en especial, la posibilidad de discriminación por error, cuando se dé una «apreciación incorrecta» sobre la concurrencia de la circunstancia de enfermedad o de la causa de discriminación de que se trate (art. 6.2 b)²⁸.

En cuarto lugar, si bien en la Ley 15/2022 la enfermedad se configura como una circunstancia autónoma respecto de la discapacidad, ello no impide que además siga aplicándose la tutela antidiscriminatoria por enfermedad asimilable a discapacidad, en los términos delimitados por la jurisprudencia del TJUE más arriba citada.

No obstante ello, la enfermedad y la discapacidad, como causas de discriminación, comportan regímenes jurídicos en parte diferentes²⁹. Así la discapacidad tiene una regulación propia en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (LGDPD, Real Decreto Legislativo 1/2013), que se aplica preferentemente a la Ley 15/2022, en tanto establezca un régimen más favorable en garantía de la no discriminación, de acuerdo con los arts. 3.2 y 7 Ley 15/2022. En tal sentido, por ejemplo, la LGDPD no recoge, para la discriminación por razón de discapacidad, excepciones como las contempladas para la enfermedad en el art. 2.3 Ley 15/2022.

En la misma línea, los ajustes razonables aparecen previstos para el supuesto de discapacidad (art. 40 LGDPD, arts. 4.1 y 6.1 a) Ley 15/2022), pero no para la enfermedad, como tampoco para la condición de salud, estado serológico o predisposición genética.

28. STSJ de las Islas Baleares de 24 de julio de 2023 (rec.: 104/2023 – ECLI:ES:TSJBAL:2023:1096). En esta sentencia se aprecia la existencia de una discriminación por error, al serle imputado al trabajador «una circunstancia (estar contagiado por COVID), que el negó reiteradamente y la demandada no ha acreditado». Por otro lado, la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021 (rec.: 160/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:975) apreció, con anterioridad a la aprobación de la Ley 15/2022, despido tácito discriminatorio «por apariencia» de discapacidad respecto de un trabajador que, tras sufrir un accidente de trabajo, fue visitado por el empresario en el hospital y dado de baja en la Seguridad Social.

En todo caso, como señala López Hormeño, no hay que confundir el desconocimiento de la enfermedad con el supuesto de discriminación por error del art. 6.2 b) Ley 15/2022. En la discriminación por error existe una «apreciación incorrecta» sobre la persona discriminada, de modo tal que se actúa en la creencia de que en la misma concurre una de las condiciones o circunstancias del art. 2.1 Ley 15/2022. Se trata, por tanto, de un supuesto distinto de aquel en que, por ejemplo, el empresario no conoce que la persona trabajadora está enferma, caso de desconocimiento y no de error, y que por tanto no da lugar a discriminación al menos directa. *Vid.*: López Hormeño, María del Carmen, «Los despidos de los trabajadores en situación de baja médica: ¿nulidad o improcedencia?», *Diario La Ley*, nº 10288, Sección Tribuna, 17 de mayo de 2023.

29. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit.*, ap. 2.3; Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», *op. cit.*, p. 32.

Todo ello sin perjuicio de que, como ha resaltado la doctrina jurídica³⁰, puedan existir obligaciones en relación con las personas trabajadoras vinculadas con una determinada condición de salud, como puede ser el caso de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25.1 LPRL). Y sin perjuicio, asimismo, de la obligación de adaptación del puesto de trabajo en el supuesto de personas trabajadoras con una enfermedad asimilable a discapacidad³¹.

A ello se añade, por otro lado, la posibilidad de que exista una discriminación por enfermedad en una persona trabajadora que presenta una discapacidad ya reconocida -incapacidad permanente total- al tiempo de ser contratada para desempeñar una profesión distinta³².

Como vemos, la Ley 15/2022 permite hablar no sólo de la enfermedad como causa de discriminación, sino, más en general y a la vista de lo expuesto, de la consideración de la (mala) salud de la persona trabajadora como posible causa de discriminación. Por así decirlo, dada la amplitud de los distintos supuestos en que puede entrar en juego la tutela antidiscriminatoria, según han sido apuntados, prácticamente cualquier circunstancia vinculada, incluso a título de error, con la salud de la persona trabajadora, o de aquellos que tengan relación con la misma (discriminación por asociación), puede ser una potencial causa de discriminación³³.

3.2. La gravedad, duración e incidencia de la enfermedad como elementos relevantes para la tutela antidiscriminatoria

Según vimos en el apartado segundo, para que entre en juego la tutela antidiscriminatoria es preciso que concurra una condición o circunstancia de las reflejadas en el art. 2.1 Ley 15/2022, en el caso que nos ocupa la enfermedad u otras circunstancias asociadas con la salud también recogidas en ese artículo. Pero eso no es suficiente, además la parte demandante deberá acreditar, siquiera sea indiciariamente (arts. 30.1 Ley 15/2022, arts. 96.1 y 181.2 LRJS), que la enfermedad, o la circunstancia del art. 2.1 de que se trate, se presenta de modo razonable y plausible como la causa o el móvil de la diferencia de trato o de la actuación empresarial controvertida³⁴.

30. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit.*, ap. 2.3.

31. STS de 22 de febrero de 2018 (rec.: 160/2016 - ECLI:ES:TS:2018:757) y STSJ de Galicia de 20 de junio de 2022 (rec.: 2228/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:4689). En este sentido, *vid.*: Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit.*, ap. 2.3.

32. STSJ de Canarias de 27 de julio de 2023 (rec.: 355/2023 - ECLI:ES:TSJICAN:2023:2290). La citada sentencia aprecia la discriminación por enfermedad de un trabajador que, habiendo sido previamente declarado en incapacidad permanente total para la profesión habitual de albañil, es contratado para otra profesión (vigilante), dando inicio a un proceso de incapacidad temporal y siendo al poco tiempo despedido, a pesar de que el contrato temporal había sido recientemente prorrogado.

33. En la enfermedad o condición de salud del art. 2.1 Ley 15/2022 estaría incluida la obesidad y sobrepeso cuando estén anudadas a la salud o a la discapacidad. Los supuestos que quedarían excluidos serían meramente aquellos casos de “exceso de peso” que no tuviesen repercusión en la salud física ni psíquica, y que tampoco sean constitutivos de discapacidad. Con lo que, en realidad, seguramente quepa incluir en el art. 2.1 los supuestos de obesidad y sobrepeso en buena parte de los casos. En relación a la omisión de una referencia expresa a la obesidad y al sobrepeso en el art. 2.1, *vid.*: García Salas, Ana Isabel, «Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, 2023, pp. 71-72.

El primer aspecto, al menos en la discriminación directa, que ha de probar la parte demandante -quiera sea de modo indiciario- es el conocimiento por la demandada de alguna de las condiciones o circunstancias del art. 2.1 Ley 15/2022. Si se trata de una enfermedad, como ya expuse más arriba, la prueba del conocimiento por la parte demandada, normalmente la empleadora, no presenta especial dificultad, e incluso podría presumirse en principio a la vista de la comunicación directa a la empresa por parte del INSS, establecida por el RD 1060/2022. Mayor esfuerzo probatorio será exigible en el supuesto de que se trate de una enfermedad que no haya dado lugar a una incapacidad temporal, o de alguno de los restantes supuestos vinculados con la salud recogidos en el citado art. 2.1, como también en el caso de que se pretenda que entre en juego la discriminación por asociación o por error. Todo ello sin que, en cualquier caso, sea exigible que la empresa conozca el diagnóstico concreto, aspecto que tiene amparo en el derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 18.4 CE, STC 292/2000 - ECLI:ES:TC:2000:292); diagnóstico que asimismo está excluido de la comunicación por el INSS a la empresa regulada en el art. 7.2 RD 625/2014, el cual prevé que tal comunicación se refiera, exclusivamente, a «los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja, confirmación y alta».

Una vez queda acreditado que la empleadora conocía la concurrencia, por poner el caso, de la enfermedad de la persona trabajadora, cabe preguntarse si son exigibles pruebas o indicios adicionales para que entre en juego la inversión de la carga de la prueba que recoge el art. 30.1 Ley 15/2022, en el mismo sentido que los arts. 96.1 y 181.2 LRJS. La respuesta, a este respecto, parece que debe ser casuística³⁵. Aunque el mero conocimiento por la empresa de la situación de incapacidad temporal, al tiempo de la actuación empresarial impugnada -normalmente un despido-, ha sido también calificado, por parte de la doctrina jurídica, como un indicio de discriminación «claramente débil»³⁶.

En mi opinión, la parte demandante debería reforzar ese elemento, no ya para activar la inversión de la carga probatoria, sino en especial para que unos indicios débiles no queden desvirtuados por los contraindicios o la justificación que pueda aportar la empresa, según veremos en el apartado siguiente.

En realidad, lo usual será que el conocimiento por la empresa de la situación de incapacidad temporal -y, por tanto, de que en la persona trabajadora concurría la circunstancia de enfermedad o condición de salud del art. 2.1 Ley 15/2022- se presente vinculado con

34. Como más arriba se indicó, la concurrencia de una circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 y que tal circunstancia aparezca como causa de la diferencia de trato son, en definitiva, dos exigencias distintas que comportan, para la parte actora, esfuerzos probatorios -incluso mediante la aportación de indicios- diferentes. Por lo demás, en el caso de una discriminación indirecta la consideración como causa, por ejemplo de la enfermedad, exigirá además el despliegue de una actividad probatoria sobre el impacto negativo o, en expresión del art. 6.1 b) Ley 15/2022, la «desventaja particular», y de su conexión con la «disposición, criterio o práctica aparentemente neutros».

35. Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», *op. cit.*, p. 33.

36. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit.*, ap. 2.2; Estos autores califican como un indicio «claramente débil» el mero hecho de que la decisión empresarial -normalmente un despido- haya tenido lugar durante una situación de incapacidad temporal que la empresa conocía; por ello señalan que, si bien constituye un indicio, no se puede «considerar como una prueba irrefutable de la existencia de discriminación».

algún indicio de carácter temporal. Bien se trate de la inmediatez o proximidad entre la decisión impugnada y el inicio de la situación de incapacidad temporal, bien de la prolongada o recurrente situación de incapacidad temporal de la persona trabajadora. Dicho en otros términos, el arco de indicios temporales que pueden entrar en juego van, desde un período de incapacidad temporal breve y distante de la decisión empresarial que se combate (*indicio temporal débil*), hasta una situación de incapacidad temporal prolongada y/o recurrente -próxima ya al supuesto de enfermedad asimilable a discapacidad- en la cual se encuentre incurso la persona trabajadora al tiempo de la actuación empresarial impugnada. Entre ambos extremos, pueden articularse, como indicios o contraindicios, la mayor o menor duración del período de incapacidad temporal, así como la mayor o menor proximidad del inicio de la incapacidad temporal con la actuación empresarial controvertida. Lo relevante, en definitiva, es apreciar que el elemento temporal siempre estará presente -como indicio o contraindicio- en un supuesto de tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, pues tal circunstancia, en sí misma considerada, siempre tiene una dimensión temporal.

A este respecto, en la práctica jurisdiccional inaugurada tras la Ley 15/2022 no han faltado pronunciamientos que han valorado, como indicio de discriminación, la proximidad temporal entre el inicio de la situación de incapacidad temporal y la decisión empresarial -un despido-. Así, por ejemplo, la STSJ de Canarias de 27 de julio de 2023 (rec.: 355/2023 – ECLI:ES:TJSICAN:2023:2290) consideró como indicio de discriminación, entre otros, el que el despido -formalmente disciplinario, pero alegando la empresa que la causa era «no ser ya necesario el puesto de trabajo»- se acordase «inmediatamente después de manifestarse la enfermedad del trabajador», habiéndose iniciado el proceso de incapacidad temporal el 20 de junio de 2022, y siendo comunicado el despido el 14 de julio de ese mismo año. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla la Mancha de 6 de julio de 2023 (rec.: 413/2023 – ECLI:ES:TSJCLM:2023:1879), en un supuesto en el cual se tomó como indicio de discriminación el que la trabajadora había celebrado un contrato temporal el 1 de junio de 2022, iniciando un proceso de incapacidad temporal el 13 de junio, y siendo despedida el 28 de junio. Ambos supuestos vendrían a ser, en definitiva, indicios de un despido reactivo al inicio de la incapacidad temporal, y, por tanto, discriminatorio.

También se ha tomado por un indicio de discriminación, en la STSJ de Asturias de 23 de mayo de 2023 (rec.: 598/2023 – ECLI:ES:TSJAS:2023:1207), el inicio de un proceso de incapacidad temporal -con una «previsible duración media»- que continuaba al tiempo de la comunicación de la extinción de la relación laboral, algo más de dos meses después de la baja médica. Un supuesto en el cual parece que el indicio vendría a ser, no ya la proximidad entre la baja médica y el despido, sino la persistencia de la situación de incapacidad temporal.

Aunque, todo hay que decirlo, no parece estar del todo claro en la práctica jurisdiccional si, más allá de los supuestos de una decisión empresarial más o menos próxima y reactiva a la baja médica, la persistencia, no especialmente prolongada, de un proceso de incapacidad temporal ha de jugar como indicio o como contraindicio de discriminación. En este último sentido, la STSJ de Castilla León de 17 de julio de 2023 (rec.: 1066/2023 – ECLI:ES:TSJCL:2023:2941), donde se consideró que no concurría ningún indicio de discriminación por enfermedad, en un supuesto en el cual el trabajador había iniciado la incapacidad temporal el 10 de marzo de 2022, siendo despedido el 18 de agosto de 2022, indicando la sentencia que la correlación de fechas no era constitutiva de indicio

alguno, pues «la baja médica se inicio calificada como de corta duración, sin que por otro lado se constate que aquel [el trabajador] hubiese estado en otras situaciones incapacitantes para el trabajo».

A la vista de lo indicado, los supuestos más claros de *indicio temporal* de discriminación por enfermedad serían, por un lado, aquellos en donde la decisión empresarial es reactiva, o más o menos inmediata, al inicio de la incapacidad temporal. Y, por otro lado, también aquellos donde la duración del período de incapacidad temporal sea prolongada, de hecho o previsiblemente, casos que se aproximarían al terreno de la enfermedad asimilable a discapacidad trazado por el TJUE. Pero fuera de esos dos supuestos más extremos, lo cierto es que los casos donde la actuación empresarial o el despido no es reactivo ni más o menos inmediato a la baja médica, y donde tampoco concurre una larga duración de hecho o previsible de la incapacidad temporal, se mueven en el terreno de la ambigüedad al efecto de ser tomados en consideración como indicio o contraindicio. En un despido no próximo ni inmediato al inicio de una baja médica, y en el cual el período de incapacidad temporal no sea de larga duración, tanto parece un argumento razonable entender que el despido viene motivado por la enfermedad -una vez descartada por la empresa una breve duración de la misma-, como tomar como contraindicio de discriminación el que la empresa no haya actuado de manera reactiva y más o menos inmediata a la baja médica. Seguramente, en tales casos, lo decisivo será el nivel de justificación de su actuación que sea capaz de articular la empresa.

En cualquier caso, los indicios vinculados con la duración de la incapacidad temporal ponen ya de relieve que la mayor o menor gravedad de la enfermedad sí puede tener cierta relevancia en aras de la tutela discriminatoria, y del éxito de la misma. Una duración de la enfermedad más prolongada de hecho o previsiblemente, y por tanto con un período de incapacidad temporal más largo, puede ser un indicio favorable en orden a poner de relieve que la actuación empresarial -por ejemplo, un despido- trae causa o viene motivada por la enfermedad de la persona trabajadora, dada su incidencia en la actividad de la empresa.

Lo relevante, en mi opinión, es entender que la mayor o menor gravedad de la enfermedad no es, en sentido estricto, un requisito para que concorra la correspondiente circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022. Pero sí puede jugar como indicio -o contraindicio- en aras de mostrar como plausible que la enfermedad, a la vista de la relevancia que tal circunstancia tiene para la empleadora, fue la causa o el motivo de la diferencia de trato o actuación impugnada, y por tanto existe una discriminación.

Y ese papel que puede jugar la mayor o menor entidad de la enfermedad -como indicio o contraindicio que conecte o desconecte a título de causa la enfermedad con la actuación impugnada- no aparece sólo en relación al elemento temporal de la enfermedad, sino también respecto de su mayor o menor incidencia en la actividad de la empresa o, por ejemplo, en relación a la presencia de otras incapacidades temporales en el resto de la plantilla.

Así, por ejemplo, en la práctica jurisdiccional se ha valorado, como contraindicio, el «ser una baja de corta duración y sin que conste que obedece a una causa especialmente grave que pudiera llevar a una actuación de esa índole al empresario» -STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (rec.: 118/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:4970)-.

Asimismo, se ha considerado como contraindicio de discriminación que «tampoco consta que durante la vigencia de la relación laboral se hubieran producido circunstancias que, por causa de la enfermedad o de su tratamiento, hubieran afectado al desempeño del trabajo», en un caso en el que, además, la empresa ya conocía la enfermedad de la trabajadora cuando fue contratada, y donde la misma «no ha 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 la comunicación del despido» -STSJ de Galicia de 8 de junio de 2023 (rec.: 1527/2023) – ECLI:ES:TSJ-GAL:2023:4199)-.

O también se ha valorado, como contraindicio de discriminación, «que la empresa tiene a otros tres trabajadores en la misma situación que la actora (períodos cortos de IT durante su período de prueba) que siguen prestando servicios»³⁷ -STSJ de Madrid de 17 de julio de 2023 (rec.: 289/2023 – ECLI:ES:TJSM:2023:89819)-.

En definitiva, la mayor o menor entidad de una enfermedad (no desde el punto de vista clínico ni en sí misma considerada, pero sí en atención a su duración, y en general a su repercusión en el desempeño y en la actividad de la empresa, o dada la presencia de períodos de incapacidad temporal de otras personas trabajadoras) ha sido valorada a efectos de establecer los indicios y contraindicios de discriminación, de acuerdo con el art. 30.1 Ley 15/2022 y con los arts. 96.1 y 181.2 LRJS; y, en concreto, para determinar si la enfermedad aparece, de modo indiciario, como la causa o el motivo de la diferencia de trato o de la decisión empresarial impugnada. La mayor o menor gravedad o entidad de la enfermedad sólo tendría relevancia a los efectos de proporcionar indicios -o en su caso contraindicios- que tornen plausible afirmar que la enfermedad fue la causa o el motivo de la actuación -por ejemplo, un despido- impugnada en el procedimiento judicial.

4. La justificación en la tutela discriminatoria por enfermedad

Llegados a este punto, sólo resta por concretar brevemente en qué medida la Ley 15/2022 limita las justificaciones que la parte demandada -la empleadora usualmente- puede aportar para cumplir con la carga de la prueba que le impone el art. 30.1 Ley 15/2022, y, por tanto, para que no prospere la tutela antidiscriminatoria pretendida por la persona trabajadora.

Como se indicó en el apartado segundo, la prohibición de una diferencia de trato en la Ley 15/2022, viene supeditada a que no se ofrezca una justificación suficiente³⁸. La carga de acreditar tal justificación corre por cuenta de la parte demandada, de acuerdo

37. A este respecto, también cabría sostener que la existencia de una situación de incapacidad temporal en otras personas trabajadoras de la empresa juegue como indicio de discriminación. Así «si se acredita la existencia de una práctica empresarial de despedir a aquellas personas trabajadoras que entran en incapacidad temporal (conexión comparativa)». Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit.*, ap. 2.2.

38. Lo que se justifica es la diferencia de trato, y no la discriminación. En cierta medida, según lo visto en el apartado segundo, cabe afirmar que si hay justificación de la diferencia de trato no hay discriminación, pues no se cumpliría la condición (3) señalada.

con el art. 30.1 Ley 15/2022, que en este sentido señala que «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», en la línea de los arts. 96.1 y 181.2 LRJS.

Ahora bien, la Ley 15/2022 establece, en distintos artículos, diferentes supuestos de justificación. Así, en especial, en los arts. 2.2, 2.3 y 4.2. A la vista de ello, podemos diferenciar, dentro de las posiciones que puede tomar la parte demandada en un procedimiento donde se pretenda la tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, las siguientes:

1. En primer lugar, cabe que la parte demandada proceda a la *desactivación de la tutela antidiscriminatoria* negando y acreditando que no concurre una condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022. En el caso de discriminación por enfermedad que nos ocupa, esta posibilidad resulta poco probable, una vez que la enfermedad haya dado lugar a un proceso de incapacidad temporal.
2. En segundo lugar (*contraindicios o justificación por desconexión*), la parte demandada, normalmente la empleadora, puede aportar contraindicios que desbaraten los indicios que, aportados por la parte demandante, apuntarían a la conexión causal entre la enfermedad y la decisión empresarial o la diferencia de trato impugnada. En realidad, esta posibilidad -como la anterior- no conforma, en sentido estricto, una justificación en relación con la diferencia de trato impugnada. Sea como fuere, la parte demandada tiene la posibilidad de aportar todo tipo de contraindicios, en relación a los mismos extremos ya referidos en el apartado anterior en cuanto a la prueba por indicios de la parte actora. Es decir, la empleadora podrá aportar contraindicios en torno a la falta de proximidad temporal entre la situación de incapacidad temporal y la decisión impugnada; o respecto de su escasa significación (por su corta duración, por la levedad de la dolencia, etc) y mínima repercusión en la actividad de la persona trabajadora o de la empresa. Asimismo, como más arriba vimos, podrá aportar contraindicios relativos a la incidencia de la enfermedad o de los períodos de incapacidad temporal en otros trabajadores/as, para hacer ver que, no obstante encontrarse otros integrantes de la plantilla en situación de incapacidad temporal, no han sido, por ejemplo, despedidos. Pero, sin duda, el contraindicio más relevante a la hora de determinar la desconexión causal, entre la enfermedad y la decisión empresarial impugnada, será la acreditación de que tal decisión ya estaba tomada o se había sopesado seriamente -aunque en su caso no hubiera sido comunicada- antes del inicio del período de incapacidad temporal y del conocimiento de la enfermedad por la empleadora.
3. En tercer lugar (*justificación por causa alternativa suficiente*), la parte demandada podrá acreditar una causa alternativa, distinta de la circunstancia de enfermedad, para la diferencia de trato controvertida. Este supuesto cabe entenderlo incluido en la previsión general del art. 2.2 Ley 15/2022, en tanto dispone que:

«No obstante lo previsto en el apartado anterior, y de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley, podrán establecerse diferencias de trato 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»

Tal art. 2.2 Ley 15/2022 incluye en realidad distintos supuestos de justificación. En primer lugar, aquel en que los «criterios» para la diferencia de trato sean razonables y objetivos, y distintos de los contemplados en el art. 2.1, y por tanto no constitutivos de causa de discriminación. Es decir, el supuesto en que se pruebe una causa suficiente y alternativa a la enfermedad, o a la circunstancia del art. 2.1 invocada. Segundo, aquellos otros en que la diferencia de trato tenga causa en alguna de las circunstancias del art 2.1 y, no obstante ello, sea justificable, que sería, en sentido estricto, el supuesto del art. 4.2 al que también remite el citado art. 2.2, y que abordaremos más abajo. Tercero, los casos en que exista una previsión normativa expresa, como es el caso del art. 6 de la Directiva 2000/78 en relación a diferencias de trato justificadas por motivos de edad; o el art. 2.5 de esa misma Directiva (medidas establecidas en la «legislación nacional» que sean «necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos»), referido a todas las causas de discriminación incluidas en su ámbito de aplicación. Y, cuarto, el art. 2.2 Ley 15/2022 parece también aludir, en su último inciso, a los «ajustes razonables» y a las «medidas de acción positiva», aunque estos -contemplados en los arts. 6.1 a) y 6.7- no son, en sentido estricto, supuestos de justificación de una diferencia de trato, sino de ausencia de un trato desigual³⁹.

A este respecto, la más relevante usualmente será la primera de las posibilidades señaladas, que pasa porque la parte demandada intente acreditar que la diferencia de trato o la actuación impugnada no trae causa de la enfermedad -o de la circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 cuya concurrencia esté establecida-, sino de otras circunstancias suficientes y por completo ajenas a las previstas en el citado art. 2.1⁴⁰.

En relación con ello, si se trata de una decisión empresarial en la cual las causas vengan normativamente reguladas -un despido, una modificación sustancial, etc-, lo exigible no es que la empresa acredite por completo una causa que determine la procedencia

39. En tales casos, no habría una diferencia de trato o un trato desigual, sino un trato en aras de la igualdad, con fundamento justamente en la igual dignidad de las personas afectadas.

40. Por completo ajenas, pues en el caso de la llamada «pluricausalidad», es decir, concurriendo la causa de discriminación con otras que hayan podido ser acreditadas, pero que no excluyan por completo la causa de discriminación, la diferencia de trato seguirá siendo nula ex art. 26 Ley 15/2022. En este sentido, como recuerda la mejor doctrina en relación al despido impugnado por discriminatorio: «No se admite la justificación pluricausal, esto es el despido con un móvil discriminatorio y disciplinario, y no se admite porque se ha de llegar a la convicción, no de que el despido no es absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente extraño a una conducta discriminatoria o vulneradora de derecho fundamental». Lousada Arochena, José Fernando (Coord.), Cabeza Pereiro, Jaime y Núñez-Cortes Contreras, *Pilar, Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, op. cit., p. 353.

En relación a la pluricausalidad puede verse, entre muchas otras, la STC 135/1990 (ECLI:ES:TC:1990:135). En la misma se subraya que lo que ha de acreditarse es la existencia de «causas suficientes, reales y serias [...] que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias (STC 104/1987). En resumen, el órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputados al trabajador, además de tener realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador; y el órgano judicial debe calificar dichos hechos «como ajenos a todo propósito discriminatorio» (STC 114/1989)».

(despido) o la justificación (de una modificación del art. 41 ET, por ejemplo), sino que, en principio, bastaría con que acreditase hechos relativos a esa causa alternativa de modo que, aún dada la insuficiencia de la misma, se excluya todo móvil discriminatorio⁴¹. De modo que, por ejemplo, el despido de una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal, no sólo puede ser declarado *nulo* -si se aporta un panorama indiciario no desvirtuado que apunte a la enfermedad como causa-; o *procedente* -si se aporta una causa para el despido que vuelve por completo extraño el móvil discriminatorio-; sino también *improcedente*, por ejemplo en el caso de que no se hayan cumplido los requisitos formales o no se acredite una causa de despido, pero sí hechos que desvirtúen el panorama indiciario de discriminación⁴².

41. A este respecto, me parece de especial relevancia, por su claridad al deslindar el plano constitucional del plano de la legalidad ordinaria a la hora de decidir sobre la tutela antidiscriminatoria, la STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2022 (rec.: 5781/2022 – ECLI:ES:TSJGAL:2022:8350), la cual paso a citar por extenso, dado su interés:

«Al respecto, resulta oportuno precisar que, cuando concurren en una misma situación de hecho causas disciplinarias e indicios de vulneración de derechos fundamentales, “(se) ha de llegar a la convicción, no de que el despido no es absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente extraño a una conducta antisindical, de modo que pueda estimarse que, aún puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímelmente, en todo caso por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable, desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial” (STC 104/1987, de 17 de junio, sobre libertad sindical, aunque su doctrina resulta ser extensible a los demás derechos fundamentales).

De este modo, aparenta irrelevante en el plano constitucional la intensidad en la acreditación del móvil disciplinario según la legalidad ordinaria, que permite hablar de *despido pluricausal de intensidad mínima (la empresa se limita a invocar su poder disciplinario legal)*, *media (la empresa acredita hechos sancionables, pero insuficientes para el despido)* y *máxima (la empresa acredita hechos suficientes para justificar el despido)*. Y es que, como la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria operan en planos diferentes, tanto es posible un despido *improcedente no discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales* como es posible un *despido procedente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales*. Ahora bien, el grado de intensidad en la acreditación del móvil disciplinario sí tiene cierta relevancia constitucional en la medida en que la fuerza de convicción del indicio o del principio de prueba se debilita o refuerza según ese grado de intensidad. Y es que, aunque la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria operan en planos diferentes, la experiencia demuestra que, en línea de tendencia, un despido *improcedente* presenta una *más alta probabilidad de ser discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales*, mientras que un *despido procedente* presenta una *más baja probabilidad de ser discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales*.

Esto es, “la acreditación plena del incumplimiento contractual habilitante del despido permite entender, en principio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios” (STC 41/2006, de 13 febrero), aunque “la declaración de procedencia del despido no permite descartar -en todo caso y sin excepción- que este sea lesivo de derechos fundamentales” (STC 138/2006, de 8 de mayo). Y lo mismo se podría decir en el sentido opuesto de que la no acreditación de una causa de despido permite entender, en principio y como regla general, la existencia de discriminación o lesión de derechos fundamentales, pero sin poder descartar la inexistencia en todo caso y sin excepción de discriminación o lesión de derechos fundamentales.»

42. Otra cuestión es si, en el procedimiento de despido en el cual se insta la tutela antidiscriminatoria, la parte demandada queda limitada para desvirtuar los indicios de discriminación por la previsión del art. 105.2 LRJS («Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido»). En sentido favorable a esa tesis, *vid.*: Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», *op. cit.*, p. 33. En un sentido contrario, que parece admitir, a efectos de desvirtuar los indicios de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales, el desbordamiento del límite del art. 105.2 LRJS, *vid.*: STSJ de Galicia de 8 de junio de 2023 (rec.: 1527/2023 – ECLI:ES:TSJGAL:2023:4199), donde se admite la posibilidad de que, aunque se hubiese reconocido la improcedencia del despido en la carta, la «empresa demandada puede defenderse alegando la existencia de una causa de despido con la finalidad de ser absuelta del alegato de vulneración de derechos fundamentales».

Por lo demás, si la decisión empresarial que se impugna entra dentro del llamado *ius variandi* empresarial, el cual en principio no exige la explicitación de una causa, la existencia de un panorama indiciario de discriminación aportado por la parte actora sí exigirá a la demandada, de acuerdo con los arts. 30.1 Ley 15/2022 y 96.1 y 181.2 LRJS, que aporte una justificación suficiente para su decisión que desvincule la misma de la enfermedad, o de la condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 de que se trate⁴³.

4. En cuarto lugar (*justificación en sentido estricto*), cabe también la posibilidad de que la parte demandada admita que la causa de la diferencia de trato o de la actuación impugnada es la enfermedad, y no obstante ello pretenda acreditar una justificación. A este respecto, el supuesto general en principio sería el del art. 4.2 Ley 15/2022 («No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley 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»), al que remite el art. 2.2.

El art. 4.2 -salvo que un régimen jurídico más favorable en relación a alguna causa de discriminación lo impida, ex arts. 3.2 y 7 Ley 15/2022⁴⁴- abre la puerta a que se justifique una diferencia de trato «basada en alguna de las causas previstas» en el art. 2.1 Ley

En mi opinión, en principio cabría defender la posibilidad de rebasar los límites del art. 105.2 LRJS, al amparo del art. 96.1 y 181.2 LRJS, y del art. 30.1 Ley 15/2022, que imponen a la parte demandada la carga de acreditar, en su caso, una justificación en los términos que tales artículos prevén. Si bien tal posibilidad tendría por efecto, únicamente, desvirtuar el panorama indiciario de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales, y por tanto sólo el efecto de excluir un pronunciamiento de nulidad y abrir la posibilidad de la declaración de improcedencia del despido. Lo que no cabría en ningún caso -por operar el límite del art. 105.2 LRJS- es que el despido sea declarado procedente en virtud de la acreditación de una causa no expresada en la carta. Todo ello guarda relación con la distinción entre el plano constitucional y de legalidad ordinaria en la tutela antidiscriminatoria y frente a la vulneración de derechos fundamentales, en los términos que explica la STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2022, citada por extenso en una nota anterior. Ahora bien, es cierto que, a partir de la Ley 15/2022 y en aplicación de su artículo 7 párrafo segundo («cuando se presenten diferentes interpretaciones se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes»), acaso habría que acoger una interpretación extensiva del art. 105.2 LRJS, que limitase también la posibilidad de justificaciones del despido no recogidas en la carta aunque sólo se articulen con la mera finalidad de desvirtuar un panorama indiciario de discriminación y excluir la calificación de nulidad.

43. Esta es una cuestión resuelta ya de antiguo por la jurisprudencia. A este respecto, entre muchas otras, puede verse la STC 120/2006 (ECLI:ES:TC:2006:120), donde se recordaba, en relación a la carga de la prueba del empresario demandado para desvirtuar la concurrencia de indicios en supuestos de discriminación y vulneración de derechos fundamentales, que: «Hemos afirmado en ese sentido que la carga probatoria incumbe al empresario también en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, pues ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente lícita una decisión discrecional contraria a derechos fundamentales del trabajador (por todas, SSTC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 7; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 7, y 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6)».
44. Lousada Arochena, José Fernando, «Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la Ley 15/2022», *op. cit.*, ap. 5.1. Ahí el citado autor señala que las «excepciones» del art. 2.2 en relación con el 4.2 Ley 15/2022 no afectan al régimen establecido en la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), y en el art. 28 de la Ley 62/2003, en relación con la discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Todo ello dado que, de acuerdo con los arts. 3.2 y 7 Ley 15/2022, sería más favorable el régimen específico previsto en las citadas normas, que no permite la justificación de la discriminación directa -a diferencia de la indirecta tal como aparece definida- a salvo de «las cláusulas de buena fe» y de «las excepciones habilitadas en la Directiva 2000/78, y solo estas».

15/2022, «por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado par alcanzarla». El art. 4.2 parece que está remitiendo al clásico triple test constitucional de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en el supuesto de injerencia o afectación de un derecho fundamental⁴⁵.

Pero tal art. 4.2, en mi opinión, no sería directamente aplicable en el supuesto de discriminación por enfermedad, pues en tal caso jugaría el art. 2.3 Ley 15/2022, que establece de manera meridiana que: «La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública». Es decir, el art. 2.3 parece excluir cualquier diferencia de trato por razón de enfermedad fuera de los tres supuestos que refiere; y, por tanto, excluiría la posibilidad de una justificación de la diferencia de trato por razón de enfermedad en aplicación directa del art. 4.2.

Con otras palabras, a la vista del art. 2.3 citado, la empresa demandada en un supuesto de tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad podrá articular su defensa negando la concurrencia de la circunstancia de enfermedad -número 1) del presente apartado (*desactivación de la tutela antidiscriminatoria*)-; también podrá aportar contraindicios respecto del panorama indiciario de discriminación o una justificación por desconexión, esto es, acreditar hechos de los cuales quepa deducir que la diferencia de trato no está conectada con la enfermedad -número 2) de este apartado (*contraindicios o justificación por desconexión*)-; o acreditar una causa alternativa a la enfermedad que de modo suficiente justifique la diferencia de trato o la actuación impugnada, excluyendo toda causa o móvil discriminatorio -número 3) de este apartado (*justificación por causa alternativa suficiente*)-. Y, por último, la parte demandada podrá, en tales supuestos de tutela antidiscriminatoria por enfermedad, una vez se hayan acreditado por la demandante indicios suficientes de discriminación, intentar justificar la diferencia de trato sin negar que la causa es la enfermedad (*justificación en sentido estricto*). Pero en tal caso no podrá acudir al supuesto general del art. 4.2 Ley 15/2022, sino al más restrictivo art. 2.3, previsto *ad hoc* para la diferencia de trato por razón de enfermedad. Este art. 2.3, en realidad, parece ser una concreción normativa del art. 4.2, pues, tanto en uno como en otro precepto, la

45. Al respecto del triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en la jurisprudencia del TC, puede verse la STC 39/2016 (ECLI:ES:TC:2016:39), donde se recuerda:

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

Por lo demás, en cuanto a la construcción de una argumentación jurídica en torno a las exigencias de idoneidad, necesidad y, en especial, proporcionalidad en sentido estricto, como un caso este último de argumentación basada en la ponderación de principios, puede verse el ya clásico: Alexy, Robert, «La fórmula del peso», en: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 2ª ed, pp. 349-374.

diferencia de trato no se desconecta de las circunstancias del art. 2.1, si bien el art. 2.3 regula específicamente los supuestos en que la causa es la enfermedad.

Dicho esto, quedan por hacer dos precisiones.

En primer lugar, que el art. 2.3 Ley 15/2022 se refiere de modo exclusivo a la enfermedad. Por tanto, en los demás supuestos del art. 2.1 sí sería aplicable directamente el art. 4.2 Ley 15/2022, a salvo de aquellos casos en que exista un régimen jurídico más favorable en garantía de la no discriminación (arts. 3.2 y 7)⁴⁶.

En segundo lugar, en mi opinión el art. 2.3, a la vista de los tres supuestos que contempla, con carácter general parece de difícil aplicación para justificar diferencias de trato por razón de enfermedad que consistan en un despido. Pues las particularidades derivadas del tratamiento de la enfermedad, de las limitaciones que imponga, o de las exigencias de salud pública -supuestos del art. 2.3-, en principio serían temporales en tanto causadas por una enfermedad, y por tanto abordables a través de la incapacidad temporal, y no mediante un despido. Además, si tales circunstancias del art. 2.3 se entendiesen de larga duración, se entraría en el ámbito de la discapacidad, y, por ello, sería ya aplicable la obligación de ajustes razonables. Cuestión distinta, claro está, es que el art. 2.3 parezca tener virtualidad aplicativa en el caso de otras diferencias de trato distintas de un despido (por ejemplo, las del art. 25.1 LPRL).

Sea como fuere, si se pretendiese amparar un despido en alguno de los supuestos del art. 2.3 Ley 15/2022, en tanto se trataría de una excepción a la prohibición de una diferencia de trato por razón de enfermedad, debería someterse a las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto aplicables, según la jurisprudencia, a cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (STC 39/2016, citada en nota previa). En este sentido, las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad del art. 4.2 Ley 15/2022, vendrían a ser también aplicables a las tres excepciones del art. 2.3, pues este último es una concreción normativa en relación con la regla general del art. 4.2.

Por lo demás, cabe plantearse el problema de la relación entre el citado art. 2.3 Ley 15/2022 y la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del art. 52 a) ET. En relación con este supuesto de despido por causas objetivas se ha entendido que, entre otros casos: «Se puede relacionar con una disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador o con la ausencia o disminución de facultades, condiciones, destrezas y otros recursos personales necesarios para el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia» -STS de 23 de febrero de 2022 (rec.: 3259/2020 – ECLI:ES:TS:2022:1015)⁴⁷-. Pero tales circunstancias determinantes de la ineptitud sobrevenida, en los términos antes citados, parece que deberían tener carácter prolongado o previsiblemente permanente agotada la incapacidad temporal⁴⁸, y, por tanto, caerían en muchas ocasiones ya dentro de la enfermedad asimilable a discapacidad, con la consiguiente obligación de ajustes razonables. Además, existe doctrina de suplicación «que

46. Según se señaló en una nota anterior, tal sería el caso, por ejemplo, de los arts. 2.5 y 6 de la Directiva 2000/78.

47. No está de más recordar que la citada STS de 23 de febrero de 2022 entendió que, para acreditar la ineptitud sobrevenida como causa de extinción de un contrato de trabajo al amparo del art. 52 a) ET, no era suficiente la calificación de la persona trabajadora como no apta por el servicio de prevención.

supedita la calificación de procedencia del despido por ineptitud a que la empresa haya agotado las posibilidades de adecuación del puesto de trabajo y, de no ser posible, de recolocación en otro puesto vacante», al amparo de los arts. 14.1, 15.1 d) y 25.1 LPRL⁴⁹.

En todo caso, en cualquier despido vinculado con alguna de las circunstancias del art. 2.1 Ley 15/2022 -enfermedad, condición de salud, discapacidad, etc-, y que se pretendiera encajar en el art. 52 a) ET, en su caso en relación con el art. 2.3 Ley 15/2022, si finalmente se entiende que no se ha acreditado suficientemente la ineptitud sobrevenida como causa de despido, entonces la extinción del contrato parece que deberá ser declarada nula por discriminatoria⁵⁰.

48. En cuanto a los requisitos para una extinción por ineptitud sobrevenida del art. 52 a) ET, puede verse la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2021 (rec.: 4198/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:1011) y la STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2020 (rec.: 146/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:2119), que señalan:

«En consecuencia, estos casos de despido objetivo, la ineptitud debe venir referida a 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, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc. Así, los requisitos de la ineptitud serían los siguientes: 1) ha de ser verdadera y no disimulada; 2) general, es decir, referida al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos; 3) de cierto grado, esto es, ha de determinar una aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión; 4) referida al trabajador y no debida a los medios materiales o el medio de trabajo; 5) permanente y no meramente circunstancial; 6) y afectante a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos, requisitos a los que se añade la incidencia de los mandatos de la LRPL, pues el empresario ha de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y en función de las evaluaciones de los riesgos, debe adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias; insistiéndose en que todos estos mandatos no son meras admoniciones teóricas o programáticas, sino normas legales imperativas de ineludible aplicación».

49. Cordero Gordillo, Vanessa, «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, nº 1, 2023, p. 22. A este respecto, la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2021, citada en la nota precedente, señaló con referencia a una resolución anterior de la misma Sala que, en supuestos de despido por ineptitud sobrevenida, concurre una previa obligación de adaptación del puesto y, en su caso, incluso de recolocación, al amparo de la LPRL:

«Tal como hemos declarado en la Sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 2020 [RSU 146/2020] “[...] En cualquier caso, si la ineptitud del trabajador puede corregirse adecuando el trabajo a sus características personales, estado biológico o discapacidad, incluyendo en su caso eventuales movilidades funcionales o geográficas, o a través de una modificación de condiciones de trabajo, no estaremos propiamente ante una “ineptitud del trabajador” en los términos del artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores, pues el trabajador será apto siempre que se haya adaptado el trabajo a su persona. La norma no exige al trabajador ninguna acreditación específica. El artículo 25 de la LPRL otorga a aquellos trabajadores que puedan ser tildados de especialmente sensibles frente a determinados riesgos tal consideración por el mero hecho de presentar unas propias características personales, sin más abalorios».

50. A este respecto, *vid.*: Gordo González, Luis, «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», *op. cit.*, p. 117. Por otro lado, Goñi Sein sostiene que, al amparo de la expresión «limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades», como excepción que puede amparar diferencias de trato por razón de enfermedad con el art. 2.3 Ley 15/2022, cabría incluir la extinción del contrato «si concurriesen en el supuesto limitaciones objetivas que impidan al trabajador realizar las funciones esenciales del puesto», utilizando a tal efecto el concepto de «funciones esenciales del puesto de trabajo», empleado por la STJUE de 10 de febrero de 2022 (HR Rail, C-485/20 -ECLI:EU:C:2022:85). Aunque el citado autor parece excluir las situaciones de incapacidad temporal de menor duración y entidad. *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», *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1, diciembre 2022, pp. 20-22.

En definitiva, el régimen de justificaciones a que puede apelar la parte demandada en los supuestos de tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, de acuerdo con la carga probatoria que le impone el art. 30.1 Ley 15/2022 -en consonancia con el art. 96.1 y 181.2 LRJS-, es muy variado. Pero, en todo caso, más restringido, a la vista del art. 2.3 Ley 15/2022, que en otras causas de discriminación a las cuales pueda ser de plena aplicación el art. 4.2 Ley 15/2022.

5. Conclusiones

De lo hasta aquí expuesto, cabe extraer algunas sucintas conclusiones. Las mismas deben tenerse por provisionales, pues, respecto de la discriminación por enfermedad al amparo de la Ley 15/2022, la aplicación en la práctica jurisdiccional todavía está dando sus primeros pasos, sin que, por el momento, el Tribunal Supremo se haya pronunciado en relación a los extremos más problemáticos de la nueva regulación.

No obstante ello, a la vista del contenido de la Ley 15/2022, de la doctrina jurídica y de las resoluciones dictadas en suplicación, puede resumidamente sostenerse, en relación a la discriminación por enfermedad, que:

Primero. La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha supuesto un cambio de paradigma al recoger, de manera autónoma y sin especiales adjetivaciones, la enfermedad como posible causa de discriminación.

Segundo. Lo que ha de resultar de la prueba en un procedimiento judicial, en aras de la estimación de la tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, es justamente la concurrencia de los elementos que conforman el núcleo normativo de la prohibición de discriminación: una diferencia de trato, que no requerirá necesariamente un término de comparación (*vid.*: nota 11); una circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 -en nuestro caso, la enfermedad-; que tal circunstancia aparezca indiciariamente como causa de la diferencia de trato; y la ausencia de una justificación.

Tercero. De acuerdo con el art. 30.1 Ley 15/2022, y en consonancia con los arts. 96.1 y 181.2 LRJS, a la parte actora le corresponderá, en primer lugar, la carga de acreditar que concurre la circunstancia de enfermedad del art. 2.1 Ley 15/2022. Extremo que en sí mismo no debería resultar por lo general controvertido, en tanto venga respaldado por un procedimiento de incapacidad temporal, que además, desde el RD 1060/2022, es comunicado de forma directa y casi inmediata por el INSS a la empresa.

Cuarto. Más allá de la enfermedad como posible causa de discriminación, la Ley 15/2022 recoge, en el art. 2.1, otros supuestos vinculados con la salud -«condición de salud», «estado serológico» y «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos»- que pueden funcionar como causas de discriminación. A ello se suma que tales circunstancias pueden ser consideradas causas de discriminación incluso por una «apreciación incorrecta» (*discriminación por error*, art. 6.2 b); o si concurren en una persona que tenga especial relación con el trabajador/a (*discriminación por asociación*, art. 6.2 a). El alcance potencial de la tutela antidiscriminatoria por razón de la (mala) salud de la persona trabajadora presenta, por tanto, unos contornos muy amplios.

Quinto. Acreditada la concurrencia de la enfermedad -o de otra de las circunstancias del art. 2.1-, la parte actora deberá aportar indicios fundados sobre la existencia de discriminación (art. 30.1 Ley 15/2022, en relación con los arts. 96.1 y 181.2 LRJS). Tales indicios han de conectar, a título de causa, la enfermedad -o la circunstancia del art. 2.1 de que se trate- con el trato discriminatorio o la actuación empresarial impugnada. A tal efecto, los indicios más básicos serán, en primer lugar, el conocimiento por el empleador, o por la persona a la cual se imputa la discriminación, de la concurrencia de la enfermedad o de la circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022. El conocimiento por la empleadora, en principio, no debería ser problemático en caso de que se haya cursado una incapacidad temporal, y podría presumirse a la vista de la comunicación por el INSS prácticamente inmediata y directa, que establece el RD 1060/2022. Un segundo grupo de indicios básicos estarán vinculados con la dimensión temporal de la enfermedad. En concreto, con su duración y con la coincidencia, inmediatez o proximidad entre la situación de incapacidad temporal determinada por la enfermedad y la diferencia de trato o la actuación empresarial impugnada. De esta forma, por ejemplo, si tras un largo período de incapacidad temporal se despide a la persona trabajadora a los pocos días o semanas de emitirse el alta médica, parece que habría un indicio temporal de discriminación. En todo caso, los indicios vinculados con la dimensión temporal de la enfermedad que pueden presentarse son muy variados.

Sexto. Dentro del panorama indiciario de discriminación que la parte actora ha de aportar, la mayor o menor entidad de una enfermedad (no desde el punto de vista clínico ni en sí misma considerada, pero sí en atención a su duración, y en general a su repercusión en el desempeño y en la actividad de la empresa, o dada la presencia de períodos de incapacidad temporal de otras personas trabajadoras) ha sido valorada en la práctica jurisdiccional a efectos de establecer indicios -o en su caso contraindicios- de discriminación, de acuerdo con el art. 30.1 Ley 15/2022 y con los arts. 96.1 y 181.2 LRJS; y, en concreto, para determinar si la enfermedad aparece, de modo indiciario, como la causa o el motivo de la diferencia de trato o de la decisión empresarial impugnada. La mayor o menor gravedad o entidad de la enfermedad sólo tendría relevancia a los efectos de proporcionar indicios -o en su caso contraindicios- que tornen plausible afirmar que la enfermedad fue la causa o el motivo de la actuación -por ejemplo, un despido- impugnada en el procedimiento judicial.

Séptimo. Aportado por la parte actora el panorama indiciario de discriminación por enfermedad, la empresa demandada podrá articular su defensa principalmente:

1. Negando la concurrencia de la circunstancia de enfermedad (*desactivación de la tutela antidiscriminatoria*).
2. También podrá aportar contraindicios respecto del panorama indiciario de discriminación o una justificación por desconexión. Esto es, la demandada puede acreditar hechos de los cuales quepa deducir que la diferencia de trato o la actuación empresarial no está conectada con la enfermedad. Por ejemplo, por cuanto la decisión empresarial de despedir fue previa al conocimiento de la incapacidad temporal (*contraindicios o justificación por desconexión*).
3. Asimismo, la demandada puede acreditar una causa alternativa a la enfermedad que, de modo suficiente, justifique la diferencia de trato o la actuación impugnada, excluyendo toda causa o móvil discriminatorio (*justificación por causa alternativa suficiente*).

4. Y, por último, la parte demandada podrá, en tales supuestos de tutela antidiscriminatoria por enfermedad, una vez se hayan acreditado por la demandante indicios suficientes de discriminación, intentar justificar la diferencia de trato sin negar que la causa es la enfermedad (*justificación en sentido estricto*). En tal caso parece que no podrá acudir al supuesto general del art. 4.2 Ley 15/2022, sino al más restrictivo art. 2.3, previsto *ad hoc* para la diferencia de trato por razón de enfermedad.

Octavo. En cuanto al supuesto estándar de tutela antidiscriminatoria por enfermedad, esto es, la que se insta frente al despido de una persona trabajadora que está o ha estado en situación de incapacidad temporal, puede darse, según las circunstancias, cualquiera de las tres calificaciones del despido: *Nulo* -si se aporta por la parte actora un panorama indiciario no desvirtuado que apunte a la enfermedad como causa-; *procedente* -si se aporta por la demandada una causa para el despido que vuelva por completo extraño el móvil discriminatorio, y siempre que, además, se hayan cumplido los requisitos formales de tal despido-; o *improcedente* -en el caso de que no se hayan cumplido los requisitos formales o no se acredite una causa de despido, pero sí hechos que desvirtúen el panorama indiciario de discriminación-.

Bibliografía

AGUSTÍ MARAGALL, Joan «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 de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 235, julio 2022, pp. 5-20.

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, «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 de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 243, abril 2023, pp. 18-36.

ALEXY, Robert, «La fórmula del peso», en: ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 2ª ed, pp. 349-374.

ÁLVAREZ DEL CUBILLO, Antonio, «La Ley integral para la igualdad: Un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 165, 2022, pp. 87-120.

CAPELLA, JUAN RAMÓN, *Elementos de análisis jurídico*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008.

CORDERO GORDILLO, Vanessa, «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, nº 1, 2023, pp. 1-27.

FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la locura en la época clásica*, 2 vols., 3ª ed., FCE, México D. F., 2015. Trad.: Juan José Utrilla.

FOUCAULT, MICHEL, *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, 2ª ed., Siglo XXI editores, México D. F., 2015. Trad.: Francisca Perujo.

GARCÍA SALAS, Ana Isabel, «Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, 2023, pp. 66-85.

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 & Trabajo*, nº 1, diciembre 2022, pp. 5-27.

GORDO GONZÁLEZ, Luis, «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. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, 2023, pp. 103-121.

HART, H.L.A., «The Adscription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, Issue 1, 1 June 1949, pp. 171-194.

LÓPEZ HORMEÑO, María del Carmen, «Los despidos de los trabajadores en situación de baja médica: ¿nulidad o improcedencia?», *Diario La Ley*, nº 10288, Sección Tribuna, 17 de mayo de 2023.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la Ley 15/2022», ponencia impartida el 28-9-23 en las XXXIII Jornadas Catalanes de Dret Social [facilitada por el autor].

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (Coord.), CABEZA PEREIRO, Jaime y NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, Pilar, *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», 2023, pendiente de publicación en la *Revista de Derecho Laboral*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (Uruguay) [facilitada por el coautor].

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, «Los contornos de la discriminación», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº 5, 2022, pp. 19-27.

VON WRIGHT, Henrik G., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970. Trad.: Pedro García Ferrero.

