



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

Joan AGUSTÍ MARAGALL

Magistrado especialista. Sala Social del TSJ de les Illes Balears

Extracto: Recién cumplidas las dos semanas de la publicación de La nueva ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud, el presente artículo no pretende un análisis exhaustivo de la misma, sino –exclusivamente y en clave de urgencia- “dar noticia” de su innegable importancia, especialmente por la ampliación del ámbito de la tutela anti-discriminatoria y por el reforzamiento de las garantías e instrumentos para la misma. Después de dar cuenta de los fundamentos, razones y principios que han justificado la promulgación de la ley, me centraré -de manera más concreta- en una de las consecuencias más inmediatas y destacables de su inmediata entrada en vigor, en el ámbito de la jurisdicción social, como es la calificación judicial de nulidad que, a partir de ahora, corresponderá a todo despido por causa de enfermedad u otra condición de salud, corrigiendo la grave anomalía que ha supuesto, en los últimos años, el criterio jurisprudencial mayoritario en sentido contrario.



Una gran alegría “legislativa.”

No soy de leer el BOE a primera hora de la mañana. De hecho, no soy de leer el BOE en ningún momento salvo que me lo exija alguna necesidad imperativa.

Por ello, cuando una gran amiga y compañera me llamó durante el desayuno del pasado 13 de julio para darme la noticia de la publicación de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación, experimenté, probablemente, la mayor alegría “legislativa” –valga la expresión- de mi vida, exceptuada, claro está, la promulgación de la Constitución.

No pretendo, con estas líneas, proponer un análisis exhaustivo de la nueva Ley. Ni dispongo de tiempo ni soy la persona más adecuada para ello. Me limitaré a señalar los aspectos que me parecen más relevantes de su preámbulo para, más adelante, centrarme en preceptos que determinan, en mi opinión, un cambio radical en una cuestión tan concreta pero, a la vez, tan candente en la jurisdicción social como es la calificación judicial que deba merecer el despido por causa de enfermedad u otra condición de salud.



Fundamento, razones y principios de la nueva ley.

Empiezo, como ya he dicho, destacando aquellos aspectos del preámbulo que me parecen fundamentales para valorar la importancia de la ley.

En el primer apartado se expone, en forma exhaustiva y rigurosa, el marco regulatorio en materia de igualdad y prohibición de discriminación, desde los distintos ámbitos normativos -constitucional, internacional, Consejo de Europa y comunitario. Destaco que, después de la obligada e inicial referencia al art. 14 de la Constitución, el preámbulo se remita al apartado segundo del artículo 9, que establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva, norma fundamental que inspira la Ley y se proyecta en todos sus aspectos. Y la afirmación conforme “la no discriminación se constituye como un complemento del derecho a la igualdad y como garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas” y su vinculación inmediata con la dignidad de la persona, fundamento, según el artículo 10 de la Constitución, del orden político y de la paz social, que “expresa además el carácter necesario de la igualdad como elemento esencial para la construcción de una sociedad cada día más justa”.

Ya en el segundo apartado y bajo el título “justificación de la ley”, se explica que la misma “tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto

en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas”, añadiendo –en forma significativa- que “no es una Ley más de derechos sociales sino, sobre todo, de derecho antidiscriminatorio específico, que viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas”.

A continuación, identifica como segundo propósito “consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, culminando así un proceso de iniciativas legislativas a favor de la igualdad de trato y la no discriminación que se han venido desarrollando y que han situado a España en la vanguardia de los países más avanzados en políticas de igualdad”, dando respuesta a una necesidad normativa concreta como es “crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos.”

Finalmente, y como tercer propósito, identifica “el de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE”, al entender que la efectuada hasta el momento es “insuficiente e ineficiente a la hora de acometer los problemas relativos a la igualdad y la no discriminación en la sociedad española, sobre todo en el actual contexto de crisis sanitaria, social y económica”, añadiendo que la ley “no se limita a trasponer las directivas, sino que es más ambiciosa por cuanto pretende colocar la garantía de la igualdad y la no discriminación en el lugar que le corresponde, para situar a España entre los Estados de nuestro entorno que cuentan con las instituciones, instrumentos y técnicas jurídicas de igualdad de trato y no discriminación más eficaces y avanzados.”

En tal sentido, son de destacar, por su carácter innovador, las “definiciones” expuestas en el capítulo I, acordes con los avances doctrinales y jurisprudenciales en la materia, que –junto a la clásica distinción entre discriminación directa e indirecta- explican la definición y regulación de conceptos tan modernos y necesarios como el “discriminación por asociación”, “discriminación por error”, “discriminación múltiple” y “discriminación interseccional”, muy relevantes para el desarrollo de las políticas de igualdad dirigidas a las mujeres, especialmente vulnerables a este tipo de discriminación cuando al motivo de discriminación por razón de sexo se le añade cualquier otro motivo previsto en la ley.



La “incorporación” de las nuevas causas de discriminación y su fundamento constitucional.

Del tercer apartado del preámbulo –que refiere los principios, objetivos, medios y estructura de la ley- me centraré exclusivamente en el que se expone en último lugar y que, a mi modo de ver, es el más importante y el que

explica el carácter “integral” de la Ley, explícito en su denominación, que justifica por la incorporación de nuevas causas de discriminación: “Por lo que respecta al ámbito subjetivo, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo”.

Esta incorporación de nuevas causas de discriminación me parece, sin duda, de una importancia superlativa. Recordemos que el art. 14 CE identifica sólo seis causas de discriminación - “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión”- pero añade una cláusula abierta, “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Y lo que ha hecho el legislador, las Cortes Generales, es -gracias a esta cláusula abierta y sin necesidad de la siempre compleja y exigente reforma constitucional- incorporar al mandato de igualdad y prohibición de discriminación consagrados en el art. 14 CE, nuevas “condiciones o circunstancias”, ya sean “personales o sociales”, que - “por su especial relevancia social”- deben ser identificadas, también, como causas de discriminación y objeto de la tutela inherente a las mismas.

IV

Criterios en la interpretación y aplicación de la nueva ley.

Aunque suponga “saltar” ya al texto normativo, entiendo indispensable resaltar el artículo 7, que aborda “La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de los poderes públicos”, que “se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales.”, añadiendo que “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” y especificando que “la presente ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación.

Podría pensarse que este precepto resulta innecesario, por cuanto lo expuesto resulta obligado por nuestro sistema de fuentes, por la integración en la Unión Europea y por la ratificación de multitud de tratados y convenciones en materia de igualdad y no discriminación. Pero la realidad es que pervive todavía en nuestra jurisprudencia una mayoritaria renuencia a dirigir la “primera mirada” a la norma internacional o europea de aplicación prevalente.



La enfermedad y la condición de salud, reconocidas -nuevamente- como causa de discriminación.

Una de las consecuencias inmediatas de la entrada en vigor, desde el pasado 14 de julio, de la nueva ley es que todo despido por causa de enfermedad o condición de salud (incluyo en estas dos palabras, por brevedad, las cuatro causas discriminatorias por razón de la salud) deberá volver a ser declarado nulo, tal como mayoritariamente se entendía hasta la STS de 29.1.01.

Nunca entendí, ni compartí, ni –por consiguiente- apliqué la doctrina del Tribunal Supremo, inaugurada con la sentencia de 29.1.01, que –modificando el que entonces era el criterio mayoritario en la jurisdicción social- proclamó que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación.”

Esta doctrina, sumada a la promulgación de la Ley 45/02 que implantó una figura tan anómala –en nuestro marco jurídico- como el “despido improcedente exprés”, ha comportado que durante más de 20 años se haya despedido “improcedentemente” a miles de trabajadores/as por la sola causa de su enfermedad o incapacidad temporal (también por accidente de trabajo), por breve que fuera la misma. De tal forma que, hasta la publicación de la ley que hoy celebramos, desde muchos sectores empresariales y profesionales se consideraba –se considera todavía, a la vista de algunos comentarios a la nueva ley- que existía un auténtico derecho a “despedir improcedentemente al trabajador enfermo”, por el solo hecho de estarlo.

De ahí mi alegría por la incorporación al ámbito de la tutela anti-discriminatoria, entre otras, de las causas discriminatorias referidas a la enfermedad y a la salud en general. Por la reparación de la que, para mí y en el ámbito de las relaciones laborales, ha constituido un grave error de nuestra jurisprudencia, [al anteponer el derecho constitucional del empresario \(la legítima aspiración a la rentabilidad económica de la empresa, ex art. 38 CE\) al derecho fundamental del trabajador/a a la igualdad y a la no discriminación por enfermedad o por causa de salud.](#)

Debemos tener claro que lo que hace la nueva ley no es “innovar” una nueva causa de discriminación, la enfermedad y la condición de salud, ya que –en el ámbito laboral y desde antaño- siempre se consideró causa de discriminación, sino restituirle la tutela antidiscriminatoria de la que nunca debió ser despojada.

Y a tal efecto, me permito recordar, con cierta prolijidad que confío sea disculpada,

la desafortunada concatenación de circunstancias que propició que, durante más de veinte años, esta causa de discriminación quedara desprotegida, en la esperanza de que no vuelva a repetirse.



Un poco de historia (para que la historia no se repita).

1.- La antigua “protección objetiva” de la enfermedad.

Hasta la Reforma Laboral de 1994, los art. 55.6 ET y 102-6 LPL, desde 1980, establecían una tutela específica del trabajador en situación de incapacidad temporal, en términos parecidos a los que dispone el actual art. 55.5 ET en relación con las situaciones vinculadas a los derechos de conciliación, ya que el despido de todo trabajador en suspensión de contrato (como supone la IT) debía ser calificado nulo caso de no resultar procedente.

Así, el artículo 55.6 ET (1980) declaraba que *«el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia»*. Y, en consonancia con tal mandato, el artículo 102.2 LPL (1980) establecía que *“Sólo se declarará nulo el despido cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente el despido, o en los demás casos establecidos por la Ley»*.

El posterior texto procesal, la LPL de 1990, en su art. 108.2.b), no sólo mantuvo la prohibición de despido de *«los trabajadores con contrato suspendido, para el caso de que no se declare su procedencia»*, sino que incrementó la protección cuando, en el art. 279.1 LPL, se garantizaba que, en caso de declaración de nulidad del despido, la sentencia se ejecutaría *“en sus propios términos”*, no sólo en casos de vulneración de derechos fundamentales sino también cuando *«la declaración de nulidad se fundamente en la suspensión del contrato del trabajador despedido, una vez haya concluido la causa de tal suspensión»*.

La protección del trabajador en situación de incapacidad temporal, pues, era muy clara y plenamente congruente con la prohibición del art. 6 del Convenio 158 OIT, ya ratificado por el Estado Español en 1985, que dispone que *“La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”*: como ocurre hoy con la denominada *“tutela objetiva”* de las situaciones *“especialmente protegidas”* (vinculadas a la maternidad, paternidad, embarazo, etc. y al ejercicio de los derechos de conciliación), un despido en situación de incapacidad temporal, en razón de estar el contrato suspendido, o era calificado de procedente –por concurrir la causa disciplinaria u objetiva invocada– o, necesariamente, debía ser declarado nulo y procederse a la inmediata readmisión. Tal protección llegó a propiciar la

falsa conclusión conforme “el trabajador/a no podía ser despedido estando de baja”, cuando –en realidad y como ocurre hoy con la tutela objetiva- lo que no se podía es “despedirlo improcedente”, como sí ha acontecido en los últimos 20 años. Como también ocurre hoy en la actual “tutela objetiva” de las “situaciones protegidas”, si concurría causa objetiva real y suficiente o grave incumplimiento disciplinario sí que podía ser de despedido/a.

2.- La Reforma Laboral de 1994: la sorprendente desprotección normativa y la posterior –y efímera- protección judicial.

Incomprensiblemente, la Reforma Laboral de 1994, aprobada por Ley 11/94, en la última etapa de aquella primera etapa de gobierno socialista, y bajo el discutible lema de que “hay que proteger al trabajo y no al trabajador”, modificó el texto del art. 55 ET y del art. 108 de la LPL, aprobados por los RDL 1 y 2/95, desapareciendo –como supuesto explícito de declaración de nulidad- la situación de suspensión temporal (y, con ella, la de incapacidad temporal).

Ello no obstante, la mayoría de los Tribunales Superiores consideraron que la supresión de tal supuesto de nulidad “automática” solamente respondía –al menos en relación a la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente- al hecho de haber quedado subsumida en la genérica causa de nulidad por discriminación, y siguieron sancionando con la nulidad por discriminación ex art. 14 CE los despidos por causa de la situación en incapacidad temporal. Así, entre otras, destaco –por su relevancia- en la sentencia del TSJ de Catalunya de 28.2.00 (ponente Lourdes Arastey, actualmente en el TJUE), de la que subrayo aquellas afirmaciones que explicitan la convicción judicial –en aquel entonces- del carácter discriminatorio del despido por causa de enfermedad:

“Llegados a este punto hay que destacar que no se niega aquí la realidad de la motivación de la empresa, sino que se defiende por parte de ésta que la misma no es lesiva de ningún derecho fundamental. Es de destacar que la empresa ya reconoció en conciliación la improcedencia del despido lo que evidencia la clara voluntad de poner fin a la relación sin más motivación que la apuntada.

No compartimos la tesis del TSJ de Castilla-León (Valladolid) de 16.3.98 que, por otra parte, no constituye doctrina consolidada y uniforme como se sostiene por la empresa.

La Sala considera que existe, desde luego, una elección del trabajador, efectuada con posterioridad al momento del empleo, que atiende a las condiciones personales del mismo y que se concreta en el despido del mismo, atendidas únicamente tales condiciones. No hay duda de que se discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social establecida en las normas laborales y de seguridad social, sin que, por otro lado, se acredite que nos hallamos ante aquel supuesto al que antes hemos aludido del art. 51 a) ET.”

En la misma línea pueden citarse las STSJ Cataluña de 2-4-2001 (AS 2001, 2139) y 26-9-2002 (AS 2002, 3017), STSJ Murcia 24-5-2004 y STSJ Canarias 8-3-2004.

3.- La STS de 29.1.01: un caso extremo genera un cambio de doctrina.

Sin embargo, esta línea doctrinal que aceptaba, de forma natural, que el despido por enfermedad o por incapacidad suponía una discriminación “*por razones de salud*” finalizó bruscamente con la sentencia del Tribunal Supremo de 29.1.01 que, precisamente, revocó la anteriormente referida sentencia del TSJ de Catalunya de 28.2.00, de la que reproduzco el razonamiento central, contenido en el fundamento jurídico cuarto, subrayando su afirmación fundamental:

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

ca que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c). 2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador.”

Es relevante destacar la especial situación de hecho contemplada por esta sentencia STS de 29.1.01: el cese impugnado consistía en la no renovación o prórroga de un contrato temporal, con efectos 31.12.98, de un trabajador que -salvo una breve interrupción- llevaba nueve meses en situación de incapacidad temporal, circunstancia que llevó al Tribunal Supremo a razonar que “se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses.¹”

En efecto, con mirada panorámica retroactiva, podríamos aventurar que la doctrina que, afortunadamente, fenece definitivamente con la nueva ley, respondió a dos errores: el generado en la inicial STS de 29.1.01, al establecer una doctrina potente y muy categórica (expulsando la enfermedad como causa discriminatoria, cuando estaba asumida por la mayoría de las salas de suplicación), para un caso extremo en el que, probablemente, para llegar a la solución de la improcedencia no hacía falta la misma, sino que bastaba una solución “casuística”, como entender que, simplemente, la no renovación del contrato del trabajador en larga enfermedad no debía ser considerado un “despido” al que le resultara la tutela objetiva entonces establecida. Y, el segundo error, que me parece más grave por su carácter reiterado en el tiempo, fue aplicar acríticamente aquel

1 Destaco la singularidad de la situación de hecho que propició el cambio doctrinal a cargo del Tribunal Supremo por cuanto permite entender más, aunque no se comparta, la decisión final de Tribunal Supremo: no es lo mismo que la empresa se abstenga de prorrogar un contrato temporal cuando su titular llevaba un largo período en situación de incapacidad temporal que despedir “improcedentemente”, bajo cualquier excusa disciplinaria (bajo rendimiento, habitualmente), por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal. Por eso creo que la singularidad del caso, y su “levedad fáctica” si se me permite la expresión, pudo inducir -paradójicamente- a conformar en base al mismo la afirmación esencial de la doctrina conforme “La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española”. Tal razonamiento, que pudiera ser entendible en el concreto caso que lo generó (aunque no se comparta), siempre me ha parecido incomprensible e inadmisibles, por contrario a la a la más elemental tutela anti-discriminatoria, respecto al resto de situaciones que ha resuelto el Tribunal Supremo durante estas dos décadas, referidos a despidos reactivos al sólo hecho de la enfermedad o incapacidad temporal, efectuados bajo la apariencia de causa disciplinaria ficticia.

cuerpo doctrinal a despidos sin otra causa real que la enfermedad o situación de incapacidad temporal, con absoluta impunidad, en la convicción que aquella inicial sentencia, la STS de 29-1-01, había “generado” el derecho a “despedir sin causa” al trabajador/a por el solo hecho de estar enfermo o en situación de incapacidad temporal.

4.- La aplicación mecánica y acrítica de la nueva doctrina.

Prueba de esta aplicación mecánica y acrítica, a cargo del propio Tribunal Supremo, de aquel cuerpo doctrinal generado ante una situación fáctica que exigía un pronunciamiento mucho más ponderado, es que, la “hipótesis segregacionista contemplada en aquella inicial sentencia” (*“en determinadas situaciones en las que se apreciara un elemento de segregación, la enfermedad sí pudiera constituir un factor de discriminación”*)- nunca se ha producido, nunca ha sido apreciada en ninguna de las múltiples sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado, ni tan siquiera cuando sí la habían apreciado los Tribunales Superiores, ya fuera ante despidos masivos y aleatorios por “bajo rendimiento voluntario” por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal ⁽²⁾, o en el caso del despido inmediato al accidente de trabajo ³.

2 Me refiero a las sentencias del TJS de Cataluña de 12.6.06 y 7.9.06, dictadas en Sala General, y a su posterior revocación por las STS de 11.12.07 y 18.12.07: se refieren al despido coetáneo de 41 empleados de la empresa SEAT, todos ellos en situación incapacidad temporal o que lo habían estado recientemente, mediante sendas e idénticas comunicaciones disciplinarias individuales, en las que se invocaba, genéricamente, *“una disminución continuada de su rendimiento laboral, siendo el mismo inferior al pactado”*, despidos todos ellos que fueron reconocidos como improcedentes por la empresa pocos días después, procediendo a la consignación judicial de la indemnización de 45 días de salario por año de antigüedad. Las sentencias de la sala ratificaron la declaración de nulidad de las sentencias de instancias, apreciando el “elemento segregacionista” del despido en su carácter aleatorio y masivo: *“entendemos que se identifica un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad, clase a la que reduce o niega importantes derechos, incluido el de ocupación, y a la que da, en consecuencia, un trato de inferioridad que, a nuestro juicio, debe encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 de la Constitución y las prescripciones de los arts. 4.c y 17 del ET”*.

Como ya se ha avanzado, dicha sentencia así como las posteriores sentencias de 28.7.06 y 7.9.06, en el mismo sentido, fueron casadas y anuladas por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 11 y 18.12.07 y de 22.1.08, cada una de ellas dictadas por ponentes distintos, pero coincidentes en su argumentación, al concluir que *“... en el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales.....”*.

3 Destaca en este sentido la STS 12.7.12, con destacable voto particular en contra, referida a un trabajador que sufre un accidente de trabajo a las pocas horas de iniciar su primer día de trabajo, y es cesado “por no superación del período de prueba” al día siguiente. El Tribunal Supremo deniega el carácter discriminatorio de dicho cese afirmando que *“el desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el*

5.- Validación constitucional de la nueva doctrina: la STC 62/08.

En esta concatenación de errores juega también un papel destacado, en mi opinión, el Tribunal Constitucional, al no haber corregido -hasta el momento- la doctrina del Tribunal Supremo, sino que -bien que “obiter dicta”, al tratarse de una situación singular (un trabajador despedido por ocultar su incapacidad en el momento de la contratación- la validó plenamente (y aún la reforzó en su argumentario) en su sentencia STC 62/08, al razonar “que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE” y concluir -al final de su fundamentación jurídica- “que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria.”⁴

trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE ni puede ser incluida tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo (“ cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas”, añadiendo que “No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal.”, para concluir que “una vez verificado que el cese del trabajador se ha producido durante el período de prueba, no resulte necesaria, ni siquiera pertinente, una indagación ulterior de los motivos de la decisión empresarial, salvo indicios de conducta inconstitucional, abusiva o fraudulenta; indicios que, insistimos, no concurren en principio en las decisiones de cese a raíz de una situación de incapacidad temporal por enfermedad o accidente”.

- 4 *A destacar la ignorancia por parte del Tribunal Constitucional, en su razonamiento, de la posible incidencia en de la CDFUE, ni de la Directiva 2000/78, ni del Convenio 158 OIT, aunque sí lo hizo el voto particular en contra para fundamentar su discrepancia y defender el carácter discriminatorio del despido, al afirmar que «existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los artículos 4.2 c) y 17.1 LET (RCL 1995, 997) o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383) y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” del artículo 14 CE máxime cuando, al estar afectado el derecho al trabajo del recurrente del artículo 35.1 CE (RCL 1978, 2836) y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del artículo 43 CE, obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad del que carecen en este caso las resoluciones judiciales (STC 95/2000, de 10 de abril [RTC 2000, 95])».*

Me llama la atención el concepto restrictivo del “factor de discriminación” que expone esta sentencia, al descartar que la enfermedad pueda ser considerada como tal por el solo hecho de que pueda afectar en algún momento de su vida a la mayoría de los seres humanos, cuando el art. 14 CE si bien identifica sólo seis causas de discriminación -“por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión”- añade una cláusula abierta, “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que permite entender –como así lo hecho el legislador con la nueva Ley 15/2022- que si bien las “condiciones” pueden ser personales, las “circunstancias” bien pueden ser “temporales”, como ahora la enfermedad o condición de salud.

6.- La determinante intervención del TJUE: la “larga enfermedad” equiparable a la “discapacidad”.

Como otras veces en relación con otras causas de discriminación (la STJUE Elbal Moreno, en relación a la discriminación por razón de sexo, o la STJUE Vital Pérez respecto de la discriminación por razón de la edad), ha tenido que ser el TJUE quien, al rescate de un concepto más tutelar de la garantía de igualdad y prohibición de discriminación, ha puesto cierto freno a la impunidad en el “despido improcedente del trabajador/a enfermo”.

De alguna manera, ante la inmovilidad de la doctrina del Tribunal Supremo que comentamos (contraria a reconocer, en ningún caso, la enfermedad o accidente de trabajo como “factor de discriminación”), algunos/as intentamos encontrar la tutela anti-discriminatoria en la “discapacidad”, causa de discriminación recogida en la Directiva 2000/78, ni que fuera forzando sus costuras.

El primer intento fue promovido desde el JS 33 de Madrid en el asunto “Chacón Navas”, ya en 2005, respecto a un despido improcedente “expres” con causa real, aunque oculta, por enfermedad, después de estar seis meses de baja. En aquel momento la UE no había ratificado todavía la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos de las personas con discapacidad, por lo que el TJUE contestará diferenciando claramente “discapacidad” de “enfermedad”, y concluirá que *“una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad”*. Pero hay que reconocerle a la cuestión el mérito de haber sido el primer intento en de ampliación del concepto “discapacidad”.

Con la STJUE HK Danmark (Ring), C-335/11, de 11.4.13, sí se produce una evolución doctrinal importante: es la primera sentencia que se dictó tras la ratificación por parte de la Unión Europea, en 2010, de la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos de las personas con discapacidad y, en razón de ello, el TJUE amplió el concepto de “discapacidad”, al equiparar al mismo situaciones de “larga enfermedad” (generadas por patologías no especialmente graves, por cierto, pero sí recurrentes, como la lumbalgia de la Sra. Ring, y la cervicalgia de la Sra. Werge).

El TJUE, recordando que la Unión había ratificado la Convención de la ONU sobre la discapacidad y que, por consiguiente, sus disposiciones formaban parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, estable un nuevo concepto de «discapacidad» -más social, dinámico y flexible- como *“aquellas dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”*.

Con la sentencia Kaltoft (C-354/13) de 18.12.14, referida a un cuidador infantil a domicilio, que es elegido por el ayuntamiento empleador para ser despedido en el contexto de una reducción de plantilla por causas económicas, si bien considera que la obesidad como tal no puede considerarse «discapacidad», declara –ello no obstante- que “en determinadas circunstancias..., si al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78”, correspondiendo al órgano judicial promotor comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos.

Finalmente, la STJUE Daouidi de 1.12.16, en respuesta a cuestión promovida desde el JS nº 33 de Barcelona, completará esta evolución doctrina del TJUE, al concretar dos parámetros para discernir cuando una situación de enfermedad o las secuelas de un accidente pueden ser considerados “duraderos” y, por consiguiente, equiparables a “discapacidad”: “que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.”

7.- La lenta e insuficiente recepción de la doctrina del TJUE por parte de la jurisprudencia interna.

La recepción de la doctrina del TJUE por parte de los órganos judiciales españoles ha sido muy desigual y, en general, renuente a abandonar el dogma conforme “la enfermedad no es un factor de discriminación sino concurre segregación” (STS 29.1.01). Así, las STS de 22.5.20 y de 15.9.20, si bien formalmente asumen la doctrina “Daouidi”, lo hacen con un criterio claramente restrictivo cuando, en ambos casos, razonan que “por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor, las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social.”

Ello no obstante, es innegable que la ampliación doctrinal del concepto “discapacidad” como causa discriminatoria del art. 4 de la Directiva 2000/78, especialmente

después de la SJTUE Daouidi 1.12.16, ha supuesto un freno importante al “despido improcedente del trabajador enfermo”. Como ya he señalado antes, la doctrina del Tribunal Supremo iniciada con la STS 29.1.01 había generado la “seguridad jurídica” (para el empresario) que siempre podía despedir al trabajador/a enfermo si estaba dispuesto a asumir el coste de la improcedencia, seguridad jurídica que –afortunadamente, en mi opinión, al referirse no sólo a un derecho inexistente, sino inconstitucional- desapareció con la doctrina del TJUE.

En todo caso, la nueva ley acaba definitivamente con esta “inseguridad jurídica” y restituye la cuestión al marco de los derechos fundamentales del que nunca debió desviarse.

VII

El nuevo escenario: el despido por enfermedad -o por el resto causas vinculadas a la salud- debe ser sancionado con la nulidad, por discriminatorio.

Sorprende que algunos de los primeros comentarios sobre la nueva Ley 15/2022 planteen dudas respecto a la calificación judicial que deba merecer el despido por causa de enfermedad, IT o condición de salud a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, advirtiendo que la “falta de concreción” del texto normativo va a generar una “fuente de conflictividad” (Economistjurist, 17.7.22).

Considero, por el contrario, que la nueva norma no deja margen para dudas. Y a tal efecto expondré aquellos preceptos de la nueva ley que abocan, indefectiblemente, a tal conclusión.

- En primer lugar, la enfermedad, condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos pasan a ser explícitas causas de discriminación (directa e indirecta).

La claridad y amplitud del art. 2.1 de la nueva ley, al definir el ámbito subjetivo de la misma, me parece evidente:

“1. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Es de destacar que no se adjetiva el concepto de “enfermedad” ni del resto de factores como causa de discriminación: no tiene que ser ni grave, ni prolongada o duradera, ni tan siquiera de incierta recuperación. La simple enfermedad, condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, sin más, pueden constituir causa de discriminación. Y en tal caso, se activará la tutela-antidiscriminatoria en los términos ya regulados en la LRJS.

Dicho esto, conviene aclarar –a continuación y por obvio que sea- que no es una “tutela objetiva”, de activación automática (como la establecida en los arts. 53.4 ET y 55.5 ET respecto a las situaciones vinculadas a la maternidad, paternidad, conciliación, etc), sino que exigirá la previa alegación o aportación indiciaria en los términos contemplados en los arts. 96-1 y 181.2 LRJS.

-Las “nuevas” causas de discriminación son reconocidas en pie de igualdad a las ya recogidas en el art. 14 CE y en la normativa comunitaria.

Como se explica en el apartado IIIº del Preámbulo de la Ley, según ya hemos visto, y se comprueba al analizar el régimen de garantías y tutelas, las nuevas causas se incorporan al mandato anti-discriminatorio del art. 14 CE en pie de igualdad a las causas o factores de discriminación preexistentes. La nueva ley es “integral” y establece un único régimen de garantías (medidas de protección y reparación frente a la discriminación) y de promoción del derecho a la igualdad para todas ellas, las “originales” y las de “nuevo reconocimiento”, si se me permite la expresión.

-Ya en el art. 6, la nueva ley recoge la clásica y necesaria diferenciación entre discriminación directa e indirecta. La tutela anti-discriminatoria, por consiguiente, afectará a despidos producidos “por razón” de enfermedad o condición de salud (discriminación directa, denunciante mediante la alegación o aportación indiciaria) pero también a aquellos despidos que, respondiendo a un criterio o práctica aparentemente neutro, ocasione al trabajador/a enfermo en desventaja (que se pondrá de manifiesto mediante la prueba o razonamiento del “impacto negativo”). Tal será el caso, por ejemplo, de una empresa –como criterio de selección para una reducción de personal- parta de datos de productividad que no tengan en cuenta, descontándolos, los períodos de inactividad por razón de enfermedad o salud. O la exigencia de determinadas pruebas médicas en los procesos de selección de personal.

-Más adelante, en el art. 26, se dispone la nulidad pleno derecho de “las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley.”

-En el art. 28 se establece, como no podía ser de otra manera, el “amparo

ordinario” mediante la remisión a la ley procesal que corresponda, al disponer que “la tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal.

Concluyo: El despido por causa –directa o indirecta- de enfermedad o condición de salud debe ser declarado nulo, por su carácter discriminatorio. La nueva ley acaba definitivamente con un criterio doctrinal que, al anteponer el legítimo interés empresarial al insoslayable derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, nunca debió producirse.

TÚ ERES
NUESTRO
ALTAVOZ



¡SÍGUENOS!



@JpDemocracia



jjpdemocracia



Juezas y Jueces para la Democracia

JJpD