



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La aplicación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral por la igualdad de trato y no discriminación a las extinciones contractuales de personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal.

Presentado por:

Patricia Molina Román

Tuteado por:

Javier Pinto Arranz

Valladolid, julio de 2024



RESUMEN

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, persigue una doble finalidad de prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y, a su vez, proteger de manera efectiva a todas aquellas víctimas afectadas en todos los ámbitos de la sociedad.

El derecho a la no discriminación complementa el derecho a la igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, y además garantiza el disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas. Asimismo, el derecho a la no discriminación está directamente relacionado con otro derecho fundamental, como es la dignidad humana que, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución Española, es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, además encarna la necesidad de la igualdad como un elemento fundamental en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria. Este derecho se constituye como un principio básico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. A pesar de que el ordenamiento jurídico español disponga de multitud de herramientas en defensa del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, las causas de discriminación no son estáticas, sino dinámicas y, algunas de ellas, todavía están por venir.

El presente trabajo no pretende analizar la sistemática de la Ley 15/2022, simplemente pretende desarrollar la incidencia de dicha ley atendiendo a las extinciones contractuales de las personas trabajadoras en una situación de incapacidad temporal como una de las causas de discriminación protegidas a través de esta ley. La promulgación de esta Ley ha supuesto un giro jurisprudencial en algunos de los criterios empleados por los Tribunales en sus resoluciones.

Es importante resaltar que la mencionada ley incorpora un contenido mínimo normativo “anti-discriminatorio”, amparando las discriminaciones “clásicas” y, a su vez, incluyendo otras formas de discriminación, tales como la discriminación por edad, orientación o identidad sexual y expresión de género, discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Además, se entenderá que la utilización del término del masculino singular, “despido de un trabajador”, se emplea refiriéndose a toda persona trabajadora.

Por ende, la exposición de motivos de la Ley 15/2022 anticipa la intención del legislador, ya que no se limita únicamente a trasponer las Directivas europeas¹, sino que el legislador pretende garantizar la igualdad y la no discriminación como valores fundamentales en nuestro país. Por ello, se requiere de un estudio detallado respecto de las principales aportaciones que realiza la Ley 15/2022 y cuál es el motivo por el que se ha convertido en imprescindible.

PALABRAS CLAVE

No discriminación; Ley 15/2022; igualdad; derechos fundamentales; tutela antidiscriminatoria; incapacidad temporal; extinciones contractuales; enfermedad; prohibición de discriminación; igualdad de trato.

¹ Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación.

ABSTRACT

Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination, pursues a dual purpose of preventing and eradicating any form of discrimination and, in turn, effectively protecting all those affected victims in all areas of society. The right to non-discrimination complements the right to equality, included in article 14 of the Spanish Constitution, and which also guarantees the enjoyment of all fundamental rights and public freedoms. Likewise, the right to non-discrimination is directly related to another fundamental right, such as human dignity, which, according to article 10 of the Spanish Constitution, is one of the foundations of the political order and social peace, and also embodies the need for equality as a fundamental element in the construction of an increasingly fair and egalitarian society. This right is established as a basic principle of the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations General Assembly in 1948. Although the Spanish legal system has a multitude of tools in defense of the right to equal treatment and non-discrimination, the causes of discrimination are not static, but dynamic, and some of them are yet to come.

This work does not intend to analyze the system of Law 15/2022, it simply intends to develop the impact of said law by considering the contractual terminations of workers in a situation of temporary disability as one of the causes of discrimination protected by this law. The promulgation of this Law has meant a jurisprudential shift in some of the criteria used by the Courts in their resolutions.

It is important to highlight that the aforementioned law incorporates a minimum “anti-discriminatory” normative content, protecting “classic” discrimination and, in turn, including other forms of discrimination, such as discrimination based on age, sexual orientation or identity and gender expression, disability, illness or health condition, serological status and/or genetic predisposition to suffer pathologies and disorders. In addition, it will be understood that the use of the masculine singular term, “dismissal of a worker”, is used to refer to any working person.

Therefore, the explanatory statement of Law 15/2022 anticipates the intention of the legislator, since it is not limited to transposing the European Directives, but the legislator intends to guarantee equality and non-discrimination as fundamental values in our country.

As a result, a detailed study is required regarding the main contributions made by Law 15/2022 and the reason why it has become essential.

KEY WORDS

Non-discrimination; Law 15/2022; equality; fundamental rights; anti-discrimination protection; temporary disability; contractual terminations; illness; prohibition of discrimination; equal treatment.

ÍNDICE

0.	Listado de abreviaturas.....	pág. 8
I.	Introducción.....	pág. 10
	1. Objetivos e hipótesis del trabajo.	
	2. Estudio de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral por la igualdad de trato y no discriminación.	
	3. Estructura empleada.	
II.	Desarrollo.....	pág. 15
	1. La situación de incapacidad temporal.	
	2. El despido o extinción del contrato de personas trabajadoras en situación de IT: marco normativo y jurisprudencial.	
	a) En el ámbito europeo:	
	i. La normativa comunitaria (Directiva 2000/78)	
	ii. Jurisprudencia: resoluciones TJUE.	
	b) La normativa estatal y su interpretación por los tribunales: novedades tras la Ley 15/2022.	
	c) La discriminación en casos de baja médica en el derecho comparado.	
	3. La prueba indiciaria en la calificación del despido de la persona trabajadora en situación de IT.	
	4. Sobre la necesidad de adaptar el Estatuto de los Trabajadores tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022: ¿supuesto de nulidad objetiva?	
	5. El procedimiento para impugnar una decisión discriminatoria por parte de la empleadora:	
	a) Procedimiento judicial	
	b) La posible actuación de la Inspección de Trabajo: la oficina estatal de lucha contra la discriminación.	
III.	Conclusiones.....	pág. 49
IV.	Bibliografía y jurisprudencia.....	pág. 52

0. Listado de abreviaturas

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978).
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre de 2015).
INSS	Inspección Nacional de la Seguridad Social
IT	Incapacidad temporal
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 8 de agosto de 2000).
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE 11 de octubre de 2011)
FJ	Fundamento Jurídico
Núm. / N°	Número
Pág. / Págs.	Página/Páginas
rec.	Recurso
ref.	Referencia
sec.	Sección
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Supremo
SSTSJ	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
SSTJUE	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJUE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vol.	Volumen
vs.	versus

I. Introducción

1. Objetivos e hipótesis del trabajo

La introducción de la enfermedad o condición de salud como una de las causas de discriminación de la mencionada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación², en adelante la “Ley 15/2022” o directamente la “Ley”, está planteando diversas dudas a la hora de interpretarse por parte de los jueces y magistrados, concretamente en relación con la calificación jurídica que debe recibir el despido de una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal. La Ley consta de diversas disposiciones específicas sobre la igualdad y la no discriminación en materia de las relaciones laborales, los cambios más relevantes en el ámbito de las normas laborales vienen provocados por la aplicación de las normas generales a la realidad presente, además de su realidad futura.

La Constitución Española³, en adelante CE, contempla el principio de igualdad ante la ley, recogido en el artículo 14 CE, como un valor supremo del ordenamiento jurídico basado en el artículo 1. 1 CE estableciendo que la forma política del Estado español se constituye como un Estado social y democrático de Derecho. Como hemos dicho, el pilar que sustenta nuestro país es el artículo 14 CE que proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación de todos los españoles “por razón de su nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Por tanto, de este principio constituyente se proyecta en tres vertientes: la igualdad ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley y en la prohibición de discriminación. El principio de igualdad se configura como valor supremo del ordenamiento jurídico español, entendiéndose como una consecuencia jurídica igual para aquellos supuestos de hecho que se establezcan en condiciones similares o iguales, salvo que exista una justificación objetiva y razonable (STC 63/1984⁴). En relación a la prohibición de discriminación, su principal característica radica en la utilización de un factor discriminatorio que provoca una diferenciación de trato y, consiguientemente, que provoca un rechazo especial. La principal

² Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE 13 de julio de 2022)

³ Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 63/1984, de 21 de mayo de 1984. En esta misma línea se pronuncian las SSTC 52/1987 (EDJ 1987/52), 76/1990 (EDJ 1990/4435) y 197/2003 (EDJ 2003/136196).

diferencia entre el principio de igualdad ante la ley, el principio de igualdad en aplicación de la ley y la prohibición de discriminación radica en el alcance de la norma. Sin embargo, las dos primeras vertientes del derecho a la igualdad vinculan a los poderes públicos y a la negociación colectiva, en cambio la prohibición de discriminación se limita al ámbito de las relaciones privadas.

Desde que la Ley 11/1994, de 19 de mayo, eliminó del artículo 55 apartado 6 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, aprobado por la Ley 8/1989, de 10 de marzo, indicaba 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, por tanto, gran parte de la doctrina judicial y del sector doctrinal han tratado de buscar argumentos para calificar la nulidad de un despido de una persona trabajadora enferma no amparada por el ordenamiento jurídico. De manera que, todas aquellas disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación serán nulos de pleno derecho.

El Tribunal Constitucional ha adoptado la misma postura que el Tribunal Supremo en esta cuestión, insistiendo en recordar que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de tener un nexo de conexión con los criterios históricos de opresión o segregación, en el sentido de que la enfermedad se ha de tener en cuenta desde una perspectiva funcional de incapacidad en el desarrollo de la actividad profesional de la persona trabajadora con el objeto de que el mantenimiento del contrato de trabajo sea una causa insostenible para la empresa, no siendo un factor discriminatorio en el sentido estricto que, en este término, tiene en el inciso final del artículo 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación.

En la misma línea, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, en pronunciamientos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2022, la enfermedad podrá ser considerada como una causa de discriminación cuando sea tenida en cuenta como un elemento de segregación basado en su existencia. Así mismo, desde el punto de vista de la extinción del contrato de trabajo, no hay duda de que la enfermedad pueda acarrear a la calificación del despido como nulo, siempre y cuando verdaderamente el motivo del despido sea la enfermedad padecida por el trabajador, y no la falta de aptitud que la misma provocó o los costes que le acarrea al empresario tal situación.

Sin duda la promulgación de la Ley 15/2022 ha supuesto una innovación en nuestro ordenamiento jurídico en materia de igualdad y la no discriminación, sobre todo siendo el principal objetivo de esta Ley la consecución de una igualdad efectiva y real de oportunidades.

No obstante, algunos de los principales avances en esta materia se han producido gracias a la impronta del derecho europeo como son las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, que fueron transpuestas a nuestro ordenamiento jurídica mediante la ley objeto de estudio en el presente trabajo. Estas dos directivas ya fueron parcialmente transpuestas mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Sin embargo, está claro que era necesario elaborar un nuevo texto normativo que situase a España entre los Estados miembros con la finalidad de que las instituciones, los instrumentos y las técnicas empleadas en materia de igualdad de trato y no discriminación fuesen los más eficaces y avanzados. Además, es importante resaltar en este trabajo el impacto de esta Ley con la Agenda 2030 y los objetivos de Desarrollo Sostenible.

Ahora bien, esta Ley surge como un instrumento de lucha contra la discriminación y tiene vocación de recoger el mayor contenido anti-discriminatorio del ordenamiento jurídico español con el fin de erradicar cualquier tipo de discriminación, y más concretamente la enfermedad como causa de discriminación en el ámbito laboral. Así mismo, es importante dejar claro que el objeto de este trabajo no consiste en determinar la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación dentro del artículo 2 de la mencionada Ley 15/2022, sino en considerar si la aprobación de esta ley ha supuesto o no una modificación en la calificación jurídica de las extinciones producidas respecto de las personas trabajadoras en situación de baja médica – incapacidad temporal – dentro del panorama nacional y del marco comunitario. Es decir, se plantean diversas cuestiones al respecto, como por ejemplo, ¿el despedir a un trabajador en situación de incapacidad temporal constituye un indicio suficiente de discriminación por enfermedad?, o ¿el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal se ha convertido en un absoluto supuesto de nulidad objetiva? O lo que es lo mismo, ¿el despido sin causa, o con causa insuficiente, que afecta a un trabajador en situación de incapacidad temporal no puede ser declarado

improcedente porque la ausencia de causa es la nulidad?⁵ Estas cuestiones son algunas de las que se han planteado los jueces y magistrados a la hora de aplicar esta novedosa Ley, por ello hay que estar pendientes de las resoluciones judiciales dictadas por éstos, ya que nos dan respuestas al estudio de esta Ley.

En este sentido, la respuesta se desarrollará a lo largo del presente trabajo, justificando la idea del sector doctrinal y el criterio jurisprudencial en el plano interno y en el plano comunitario.

2. Estudio de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral por la igualdad de trato y no discriminación

A día de hoy la enfermedad sigue sin ser una causa de discriminación contemplada expresamente en el artículo 14 CE, ni en el artículo 17 ET, ni en el artículo 2. 2 de la Directiva 2000/78, pero sí se encontraba reconocida como una causa de discriminación por la jurisprudencia en el sentido anteriormente señalado. Además, la enfermedad era conocida como causa de discriminación en otras normas no laborales, como por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, o bien la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, e incluso el artículo 314 del Código Penal, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativo a los delitos de discriminación laboral, que enumera la enfermedad entre otras muchas causas de discriminación que pueden, incluso, llegar a dar lugar a un delito tipificado en nuestro ordenamiento.

Por tanto, con la entrada en vigor de la Ley 15/2022, se amplían los supuestos de discriminaciones establecidos en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, estableciéndose que las empresas deberán de disponer de medidas y/o políticas específicas para prevenir y eliminar cualquier tipo de discriminación que se pueda producir en la organización.

⁵ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022”. Edición Tirant to Blanch España.

3. Estructura empleada

Para la elaboración de este trabajo se ha atendido a una metodología descriptiva, a través de las diferentes obras de producción jurídica, tales como revistas, manuales de desarrollo, jurisprudencia, comentarios por parte de otros autores. Así mismo, se ha elaborado un análisis de la legislación y de la normativa que regula la materia de igualdad de trato y no discriminación.

Algunas de las herramientas empleadas han sido el uso de bases de datos como son Google Académico, Ediciones de Tirant to Blanch, Esenciales de Aranzadi, la Ley Digital y Dialnet, además de la biblioteca de la Universidad de Valladolid.

Cabe destacar que las fuentes utilizadas en el presente trabajo aparecen enumeradas en un apartado específico correspondiente a la bibliografía, así como también aparecen recogidas estas fuentes en las notas a pie de página.

Este trabajo consta de tres epígrafes, de los cuales se procederá al análisis de los principales aspectos laborales introducidos tras la Ley 15/2022.

Este primer epígrafe tiene contenido introductorio, pues se describen las bases sobre las que se sustentará el contenido del resto del trabajo. De esta forma, se enuncian los objetivos y el propósito del estudio de la Ley, además de la metodología empleada para la consecución de los mismos. Además, se ofrece una contextualización y justificación de la materia objeto de estudio.

El segundo epígrafe desarrolla la idea expuesta en el párrafo anterior a través del estudio del marco normativo nacional y comunitario, bajo el que se promulga la nueva ley, así como los indicios que pueden dar lugar a la discriminación de la persona trabajadora y a la creciente necesidad de adaptar el ET tras la promulgación de esta Ley.

Por último, se recogen las principales conclusiones extraídas tras el estudio empleado a lo largo del presente trabajo a través de la metodología descriptiva.

II. Desarrollo

2. 1 La situación de incapacidad temporal

En primer lugar, resulta necesario concretar en qué consiste la situación de incapacidad temporal de las personas trabajadoras para enfocar el trabajo adecuadamente.

La incapacidad temporal, también conocida comúnmente como IT, y recogida en el artículo 169 TRLGSS, se refiere a la situación por la cual un trabajador se encuentra imposibilitado para desempeñar su puesto de trabajo debido a diferentes contingencias de distinta índole, como puede ser una enfermedad común o profesional, accidente laboral o no laboral, e incluso maternidad durante un período de tiempo.

En España, la incapacidad temporal está respaldada por la legislación laboral y, en muchos de los casos, requiere de un informe médico por parte del servicio público de salud, e incluso puede expedirlo la mutua con motivo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en función de la contingencia por la que se conceda la baja médica. Estos informes médicos o partes médicos que causan baja tienen por objeto acreditar la imposibilidad para trabajar en el mismo puesto de trabajo durante este período.

El informe de baja por parte de un facultativo determina la duración esperada de la incapacidad y la causa que provoca la incapacidad temporal. Es por ello, que este informe resulta relevante sobre esta cuestión, ya que la baja laboral es una situación frecuente para el trabajador y para el empresario que cuenta con empleados a su cargo, puesto que una baja laboral supone la ausencia justificada del puesto de trabajo del que puede disfrutar durante un período de tiempo cualquier persona trabajadora que se encuentre en esta situación de incapacidad temporal por motivos de salud. Por tanto, consiste en un derecho que permite al trabajador contar con el margen necesario para recuperarse tras una enfermedad o accidente y, salvo que esta situación se prolongue en el tiempo durante más allá de un año, nos encontraremos ante una incapacidad temporal.

Eso sí, durante esta ausencia, la persona trabajadora sigue cotizando y tiene derecho a cobrar un subsidio, que sustituye a la remuneración en forma de salario, en cuyo coste

correrá a cargo de la Seguridad Social y de la empresa en distinta proporción en función del caso.

No obstante, la duración de la incapacidad temporal puede variar dependiendo de la gravedad de la enfermedad o lesión. No existen una serie de parámetros iguales y universales para todas las personas, por lo que es necesario atender caso a caso para realizar una valoración – mediante este informe médico - desde una perspectiva objetiva, y garantizando como bien fundamental la salud del trabajador.

Tal y como adelantaba anteriormente, cualquier baja de incapacidad temporal tendrá una duración máxima de un año, prorrogable hasta 180 días más siempre y cuando se prevea la recuperación en ese período. Ahora bien, ¿qué consecuencias se producen para el trabajador después de los 180 días? Una vez superado ese plazo máximo, nos podemos encontrar ante una incapacidad permanente que, en función de cada caso, podrá ser reconocida y estimada por el Instituto Nacional de Seguridad Social, en adelante INSS, como una incapacidad permanente total, o bien como una incapacidad permanente absoluta. Dentro de esta distinción, también es relevante para el trabajador porque, en caso de ser pensionista de una incapacidad permanente absoluta y cumplir con los requisitos legales para acceder a la prestación, pasaría a cobrar el 100 % de la base reguladora.

Sin embargo, en caso de ser pensionista permanente total y cumpliendo con los requisitos legales para acceder a la prestación, cobraría un 55 % de la base reguladora, que podrá incrementarse un 20 % a partir de los 55 años cuando por diversas circunstancias se presuma la dificultad de obtener empleo en una actividad profesional distinta a la habitual. Además, esta situación de incapacidad permanente puede ser revisada por el equipo de valoración de incapacidades (EVI) que, formulará el dictamen teniendo en cuenta el informe médico de síntesis elaborado por los facultativos de la dirección provincial del INSS y el informe de los antecedentes profesionales. Los directores provinciales del INSS o, en su caso del Instituto Social de la Marina, dictarán resolución expresa declarando el grado de discapacidad, la cuantía de la prestación económica y el plazo a partir del cual se puede instar a la revisión de la incapacidad por agravación o por mejoría del estado de salud de la persona trabajadora. Como es lógico, esta prestación

puede extinguirse por la revisión de la incapacidad, por reconocimiento de la prestación de jubilación cuando se opte por esta prestación y por el fallecimiento del pensionista.

2. El despido o extinción del contrato de personas trabajadoras en situación de IT: marco normativo y jurisprudencial

a) En el ámbito europeo

i. La normativa comunitaria (Directiva 2000/78)

En principio, no existe una definición de discapacidad, pero en relación con la jurisprudencia nacional la doctrina del Tribunal Judicial de la Unión Europea, en adelante TJUE, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, se asimila este concepto a la discapacidad, puesto que este concepto evoluciona y, por ese motivo, con base en la Convención de la ONU ratificada por la Unión Europea mediante Decisión (UE) 48/2010 (ratificada posteriormente con la sentencia anteriormente mencionada del asunto Chacón Navas), argumenta que el concepto de discapacidad debe entenderse como “la limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que al interactuar con diversas barreras puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

Además, el Tribunal considera que una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total de la actividad profesional, de modo tal que el concepto de discapacidad debe entenderse como un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no como una imposibilidad de ejercer tal actividad. Pues en pronunciamiento posteriores del TJUE

Teniendo en cuenta esta definición e interpretándola en el marco de la enfermedad, el TJUE en una sentencia dictada en fecha 11 de abril de 2013⁶ establece que:

(I) Si la enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable acarrea una **limitación**, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013 (Caso HK Danmark).

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 el resto de los trabajadores y, si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad podrá estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. Contrario sensu, si la enfermedad no supone ninguna limitación, no estará comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

(II) En estas situaciones, es necesario que el empresario adopte medidas razonables (de forma física, organizativa o educativa), como la disminución del tiempo de trabajo, lo cual posibilita el acceso al empleo y la promoción en el mismo a las personas con discapacidad.

(III) A su vez, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales establecer atendiendo caso por caso si dicha reducción es o no razonable en la medida en que pudiera suponer "una carga excesiva para los empresarios".

(IV) La indemnización en casos de bajas prolongadas (tales como la establecida en la legislación laboral danesa) puede ocasionar una diferencia de trato por causas de discapacidad, lo cual podría considerarse contrario a derecho comunitario si, en el momento de su aplicación, se ignoren las circunstancias o datos relevantes de cada supuesto.

En el marco del derecho comunitario, la tutela jurídica del principio de igualdad ha dado lugar a un importante acervo normativo con origen en el propio Tratado de la Unión Europea que, en su primer artículo, configura la discriminación como uno de los valores comunes en el marco europeo y que, en sus preceptos siguientes, configura la lucha contra la discriminación como uno de sus principales objetivos. De igual manera que, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama la inviolabilidad de la dignidad humana como valor supremo y, en todo caso, se prohíbe en su artículo 21, toda discriminación y, en especial, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional patrimonial, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Las Directivas comunitarias en relación con la materia de igualdad de trato y no discriminación son numerosas, protegiendo y defendiendo en cualquier caso la tutela jurídica de la igualdad, muchas de estas Directivas han sido transpuestas con un enfoque especial sobre las relaciones de trabajo. Algunas de las Directivas que han sido aprobadas en desarrollo de la tutela jurídica de la igualdad son: Directiva 79/7/CEE, que obliga a los Estados miembros a aplicar progresivamente el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; Directiva 92/85/CEE, para la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales así como a las condiciones de trabajo; Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación.

En el año 2006, varios antiguos actos legislativos fueron derogados y reemplazados por la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esta Directiva define la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso, el acoso sexual e insta a las empresas a adoptar medidas preventivas para luchar contra el acoso. Así mismo, endurece las sanciones en caso de que se produzca cualquier conducta discriminatoria para la persona trabajadora y prevé la creación en los Estados miembros de organismos encargados de promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres. En la actualidad, el Parlamento Europeo trabaja en el control de la eficacia de esta Directiva en los referentes a las disposiciones sobre la igualdad de retribuciones y ha aprobado un informe de aplicación sobre la base de varios estudios encargados por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.

La transposición en España de estas Directivas se produjo a través de la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y a través de la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó varios preceptos del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995.

Sin embargo, la transposición de las citadas normas comunitarias se hizo de manera parcial e insuficiente. El Preámbulo de la Ley 15/2022 destaca como uno de los propósitos el de transponer los fines y objetivos recogidos en la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la igualdad de trato de las personas, independientemente del origen racial o étnico y en la Directiva del Consejo 2000/78 CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Estas dos directivas fueron traspuestas mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Destacar también la Decisión Marco 2008/913/ JAI, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia mediante el derecho penal, la cual fue traspuesta mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, dentro de su Título III bajo la rúbrica de «Igualdad» aglutina la igualdad ante la ley, concretamente en el artículo 20 de esta carta, proscribida toda clase de discriminación en su artículo 21 (por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas, o de cualquier otros tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad, orientación sexual), afirmando en el artículo 23 que la igualdad efectiva entre hombres y mujeres debe garantizarse en todos los ámbitos inclusive en materia de empleo, el trabajo y la retribución.

ii. Jurisprudencia: resoluciones TJUE

Dado que ya ha ocurrido en otras ocasiones en lo que respecta a la igualdad y la no discriminación, ha sido el TJUE quien ha incrementado la tutela contra discriminación (STJUE del 22 de noviembre, C-385/1173, en materia de discriminación por razón de sexo y STJUE de 13 de noviembre de 2014, C-416/1374, en relación con la discriminación por razón de edad).

La primera toma de contacto con la jurisprudencia comunitaria en relación al binomio enfermedad vs. discriminación se realiza a través del asunto Chacón Navas, pues el

tribunal europeo establece una clara distinción entre ambos conceptos y, a su vez, establece que la extinción del contrato de trabajo por causa de discriminación no tiene carácter discriminatorio en cuanto a que la Directiva 2000/78/CE no menciona de manera expresa la enfermedad como causa de discriminación. Sin embargo, ello no impide a que se tenga que tener en cuenta el tratamiento específico que reciben aquellas circunstancias en las que la extinción de la relación laboral deriva de la falta de adaptación del trabajador discapacitado al puesto de trabajo asignado. A pesar de que las sentencias posteriores del TJUE no reconocen la existencia de un motivo discriminatorio de despido por enfermedad a efectos de la ya citada Directiva 2000/78/CE, lo que sí reconocen es la ampliación del alcance del concepto de discapacidad. Siguiendo el caso HK Dinamarca (caso Ring⁷), se delimita dicho concepto de discapacidad y se equipara a las enfermedades crónicas o de larga duración, puesto que se obstaculiza a los empleados y dificulta la realización de las actividades profesionales, aunque sea parcialmente, independientemente de si se trata de una dolencia curable o incurable y de las medidas que pudiera adoptar el empresario con respecto a estas. Esto significa que, el concepto de discapacidad no sólo abarca la imposibilidad de llevar a cabo la actividad profesional, sino también las dificultades para realizar dichas actividades profesionales. Esta situación sería viable en casos en los que el despido suponga una causa de discriminación para la persona trabajadora (como por ejemplo en el caso de la lumbalgia de la señora Ring y del dolor cervical de la señora Werge).

En el mismo sentido se pronuncia el TJUE 1-12-16, asunto C-395/15 (caso Mohamed Daouidi⁸) y 9-3-17, asunto C-406/15 (caso Petya Milkova), a raíz de una serie de cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona, en el que el TJUE se pronuncia sobre el caso del Sr. Daouidi, un ayudante de cocina despedido por haber sufrido una caída que dislocó su codo izquierdo y que lo situó en una situación de incapacidad temporal de duración incierta. Lo novedoso de este caso es que, ante la ausencia de una definición de “limitación de larga duración” en la Convención de la ONU ratificada por la Unión Europea mediante Decisión (UE) 48/2010, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia indicando que:

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013 (Caso HK Danmark)

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) asunto C-395/15, de 1 de diciembre de 2016 (Caso Daouidi)

a) El hecho de que el interesado se halla en una situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa que la limitación de su capacidad pueda ser calificada como “duradera”, con arreglo a la definición de discapacidad mencionada en la Directiva e interpretada a la luz de la Convención de la ONU.

b) El carácter duradero de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta con él el acto presuntamente discriminatorio, correspondiendo al juzgador nacional comprobar si tal limitación de la capacidad tiene un carácter duradero al ser tal comprobación, ante todo, de carácter fáctico.

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

d) En la comprobación del carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del trabajador, el juzgado debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

e) De llegar el juzgador nacional a la conclusión de que la limitación de la capacidad del trabajador tiene carácter duradero, hay que recordar que un trato desfavorable por motivos de discapacidad sólo es contrario a la Directiva 2000/78/CE en la medida en que constituya una discriminación directa o indirecta. En este sentido, existe una discriminación directa cuando una persona, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que en situación análoga por alguno de los motivos objeto de protección. Asimismo, existe una discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pudiera ocasionar una desventaja particular a una persona con discapacidad, respecto de otras personas, salvo que:

- Dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de dicha finalidad sean adecuados y necesarios, o que,

- Respecto de las personas con una discapacidad determinada, la persona trabajadora esté obligada, en virtud de la legislación nacional, adoptar una serie de medidas adecuadas para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

En suma, dicha cuestión fue planteada por el TJUE en una sentencia de 11 de julio de 2006, C-13/05, ECLI: EU: C: 2006:456 (asunto Chacón Navas), y en otra sentencia de 11 de abril de 2013, C- 335/11 y 337/11 acumulados, ECLI: EU: C: 2013: 222 (asunto Ring); y esta última resolución llega a la siguiente conclusión:

“El concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuanto esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.”

A ello se añade que “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de la enfermedad” y que “no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual)”.

Por tanto, podemos concluir que la sentencia del caso Daouidi⁹ sienta las bases en relación del concepto de discapacidad y el alcance del mismo. En este caso, se concretan dos parámetros que permiten determinar cuándo una enfermedad o dolencia pueden

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) asunto C-395/15, de 1 de diciembre de 2016 (Caso Daouidi)

considerarse duraderos y, consecuentemente, equiparables a la discapacidad, determinando que la incapacidad de la persona trabajadora pueda considerarse de carácter duradero, siempre y cuando dicha incapacidad no presente una proyección delimitada temporalmente a corto plazo, o bien cuando dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. De este modo, se destaca que la causa de discriminación está directamente ligada a la existencia a la condición de discapacidad, más que a la propia enfermedad considerada en sí misma, existiendo por tanto un nexo de conexión entre la causa discriminatoria y la condición de discapacidad del trabajador, viéndose así por ello la importancia de delimitar no sólo este concepto, dado que era definido en la Directiva 2000/78/CE, sino que también el alcance o extensión del campo de aplicación del mismo.

Seguidamente, el TJUE continúa ampliando el concepto de discapacidad. La sentencia del caso Nobel Plastiques Ibérica¹⁰ considera que la existencia de la discapacidad se encuentra en los casos en los que media un obstáculo en el desempeño de la actividad profesional, aunque sea a tiempo parcial, siempre y cuando tenga un efecto duradero. Por ello, la adopción de medidas extintivas sin que el empresario proporcione las correspondientes adaptaciones razonables en beneficio del trabajador y que le permitan, por tanto, desempeñar su actividad profesional en observancia de su limitación o discapacidad sería considerado discriminatorio.

Las resoluciones judiciales del TJUE nos afectan directamente en nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha asumido un concepto de discapacidad con el que resulta exigible que la enfermedad tenga carácter prolongado¹¹, independientemente de que concurra una declaración de incapacidad permanente posteriormente. Así mismo, el TC ha mantenido un criterio similar¹² a la Sala Cuarta del TS.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) asunto C-397/18, de 11 de septiembre de 2019 (Caso Nobel Plastiques Ibérica)

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) núm. 387/2020, de 20 de mayo de 2020, rec. núm. 2684/2017

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 118/2019, de 16 de octubre de 2019, rec. núm. 2960/2019

b) La normativa estatal y su interpretación por los tribunales: novedades tras la Ley 15/2022

La intención de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, tiene como objeto establecer un marco general de tutela frente a cualquier tipo o causa de discriminación, ya sea en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos, o bien en las relaciones entre particulares.

El artículo 2. 1 de la Ley 15/2022, dentro del ámbito subjetivo de aplicación, recoge como factor de discriminación la enfermedad, ampliando los supuestos de discriminación y reconociendo 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. Por tanto, 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.

Así mismo, como esta Ley supone en muchos de los casos un mecanismo garantista para la persona trabajadora, se podrá exigir a las empresas de más de 250 trabajadores por vía reglamentaria que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las causas de discriminación recogidas en la Ley 15/2022. Las empresas tendrán que implementar las medidas y/o instrumentos necesarios para detectar, prevenir y cesar toda forma de discriminación que pueda producirse en el seno de la organización. De manera que, si se produce cualquier situación de discriminación, incluyendo el acoso laboral, en el seno de la empresa y no se hubiera cumplido con estas obligaciones, la empresa podrá responder solidariamente respecto del daño causado, además de la obligación de reparar el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente que dio lugar a la situación discriminatoria, siempre y cuando sea posible. Ahora bien, la representación legal de las personas trabajadoras deberá ser informada de las acciones de responsabilidad social destinadas a promover las condiciones de igualdad de trato y no discriminación. Mediante la negociación colectiva podrán establecerse medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de

discriminación en el seno de la empresa y de las condiciones de trabajo por causas discriminatorias previstas en esta ley. Como parte de las medidas que, en su caso, pudieran acordarse en el marco de la negociación colectiva, podrán establecerse conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores, objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica.

Subsidiariamente, en el apartado 3 del artículo 2 de la Ley 15/2022, añade que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de trato distintas de las que se deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que se impongan para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”. Por ello, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetando la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución, y protegiendo de manera efectiva a las víctimas en todos los ámbitos de la sociedad intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador.

A partir de ahora y tras la promulgación de la Ley 15/2022, la enfermedad no necesita estar incluida ni ser equiparada al concepto de discapacidad, sino que puede constituir en sí misma una posible causa de discriminación. También cabe destacar que, si bien la nueva Ley incluye la enfermedad como causa de discriminación, ésta no incluye ningún tipo de referencia a las situaciones de IT en los que las personas trabajadoras pudiesen encontrarse, viéndose imposibilitadas para trabajar. Por tanto, la Ley no ofrece ningún tipo de protección frente a la IT, sino únicamente frente a la enfermedad en sí misma considerada, aunque sean conceptos complementarios y la IT suponga un indicio para comprobar su existencia.

En este mismo sentido, la STC 62/2008, de 26 de mayo, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, afirmó que “una enfermedad temporal, en cuanto a situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en diferentes momentos de su vida profesional difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el artículo 14 CE”. Asimismo, el Tribunal Constitucional determina que “el estado de salud del trabajador o, más bien, su enfermedad, pueden en determinadas circunstancias, constituir un factor de

discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”.

Por tanto, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en anteriores pronunciamientos a la entrada en vigor de la Ley 15/2022, compartía la misma idea, consistente en que la enfermedad pudiera ser considerada como una causa de discriminación cuando sea tomada en consideración como un elemento de segregación basado en su mera existencia.

De este modo, se ha considerado discriminatorio por razón de enfermedad y, en consecuencia, despido nulo de un trabajador afectado por COVID¹³, al entender que el verdadero motivo del despido es padecer una enfermedad infecciosa y que produce en terceras personas actitudes de rechazo o miedo. En consecuencia, desde el punto de vista de la extinción contractual, no cabe duda de que la enfermedad de un trabajador pueda dar lugar a la calificación del despido como nulo cuando se acredite que el verdadero motivo del despido es la enfermedad sufrida por el trabajador, y no los costes que le acarrea al empresario dicha situación, de ahí la importancia de la prueba indiciaria para determinar la existencia de cualquier elemento de segregación que permita observar la discriminación, en especial, por razón de enfermedad.

A este respecto, el artículo CE excluye expresamente la reserva de ley orgánica al artículo 14 CE y que, tal exclusión queda justificada porque la igualdad reconocida en el artículo

¹³ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Murcia de 10 de diciembre de 2020, procedim. núm. 275-2020 (confirmada por STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2021, rec. núm. 339-2021); STSJ Islas Canarias de 23 de diciembre de 2021, rec. núm. 1315-2021; STSJ Cataluña 27 de julio de 2022, rec. núm. 2726-2022.

14 CE, no constituye un derecho subjetivo autónomo, pues el contenido esencial de este derecho fundamental viene establecido siempre por relaciones jurídicas concretas.

El artículo 14 CE es susceptible de ser objeto de amparo en virtud del principio de proporcionalidad, es decir, en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una relación jurídica concreta, o no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general (FJ 2 de la STC 76/1983). No obstante, el Consejo de Estado determina que esta afirmación no puede ser entendida en el sentido de que el ordenamiento constitucional excluya la posibilidad de una Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, pero es reveladora de las complicaciones con las que se encuentra una norma de este alcance, habida cuenta de que el contenido de este derecho de igualdad se modula en atención a las particulares circunstancias de las relaciones jurídicas sobre las que actúa, constituyendo, pues, un derecho de contenido dinámico, y no meramente estático. Por este motivo de orden dogmático, las normas comunitarias y nacionales aprobadas hasta el momento en materia de igualdad de trato han adoptado siempre un enfoque particularista, persiguiendo la discriminación ocasionada por diversos motivos y en diversos ámbitos.

La Ley 15/2022 tiene una vocación integral y tiene como objeto crear un instrumento eficaz contra cualquier discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que abarque cualquiera de los ámbitos desde los que ésta se pueda producir (Exposición de Motivos). Es por ello, que la ley no defina expresamente sobre lo que se entiende por discriminación por enfermedad, ni por cualquiera de las otras causas de discriminación introducidas a través de la ley.

La vulneración del principio de igualdad, entendiéndose como un factor de discriminación, debe interpretarse no sólo su contenido, sino su alcance, desde un punto de vista objetivo, y más concretamente, desde el punto de vista laboral.

La ausencia de la definición de lo que ha de entenderse por discriminación por enfermedad nos lleva a tomar como referente la doctrina del Tribunal Constitucional que, en la STC 62/2008 se ha manifestado expresamente sobre esta cuestión. El Tribunal Constitucional ha descartado la idea de que una enfermedad pueda ser considerada como una causa autónoma de discriminación, pero no que la enfermedad pueda ser una causa de discriminación “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un

elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”. Por tanto, para que la discriminación opere en este caso es necesario que actúe como un instrumento de segregación social, como un elemento de estigmatización y marginación de un colectivo.

Por otro lado, se entiende que al incluir la enfermedad entre las causas de discriminación en el artículo 2 de la Ley 15/2022 y no ofrecer ningún tipo de definición de lo que se entiende por discriminación por enfermedad, será preceptivo acudir a la doctrina constitucional señalada, sin olvidar que cualquier tipo de discriminación produce una estigmatización y marginación de un colectivo. La CE no impide que se puedan incluir nuevas causas de discriminación, pero lo que la jurisprudencia constitucional exista que tales causas novedosas tengan carácter análogo a las previstas en el artículo 14 CE, en el sentido de que las mismas se refieren a determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han situado a los grupos de la población en posiciones contrarias a la dignidad humana¹⁴. Por ello, se hace referencia a que el criterio de diferenciación utilizado tenga un carácter estigmatizante o una “naturaleza particularmente odiosa, que lo convierte” en un elemento de segregación, cuando no de persecución” (STC 36/2011, de 28 marzo, FJ 5; 62/2008, de 28 de mayo, FJ 5).

La propia exposición de motivos de la Ley 15/2022 alude a este carácter estigmatizador o excluyente de las causas de discriminación, al señalar que la ley parte del supuesto en que no cualquier trato diferenciado constituye un acto de discriminación, y cabe destacar que se aborda expresamente la cuestión de cuáles son los límites de la igualdad de trato, de manera que no puedan ampararse aquellas conductas que atenten contra la igualdad de trato, ya sea directa o indirectamente.

Desde el punto sistemático de la Ley, cabe diferenciar la referencia a la enfermedad que se hace en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 15/2022 de la que se hace en el apartado 3 del mismo precepto, de manera que en el artículo 2. 1 está haciéndose referencia a la enfermedad como una causa de discriminación y en el artículo 2. 3 se está haciendo

¹⁴ SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 2

referencia a la enfermedad desde la perspectiva del principio de igualdad de trato. De este modo, puede haber diferencias de trato relacionadas con la enfermedad que no son discriminatorias, porque no tienen un efecto estigmatizante o de marginación, pero que pueden ser contrarios al principio de igualdad. No son contrarias al principio de igualdad las diferencias de trato que derivan del propio proceso de tratamiento de la misma, las que derivan de limitaciones objetivas que la enfermedad imponga para el ejercicio de determinadas actividades o las que se derivan de razones de salud pública. El resto de las diferencias de trato no justificadas y basadas en la enfermedad podrán ser contrarias al principio de igualdad y, en consecuencia, serán o no discriminatorias dependiendo de si la enfermedad tiene un carácter estigmatizante que, se valorará en virtud del principio de proporcionalidad.

En suma, tal y como afirma la STC 141/2011, de 26 de septiembre, en el FJ 3, y las en ella citadas, en su vertiente de igualdad ante la ley, el artículo 14 CE prohíbe “las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados”. Ahora bien, centrándonos en la enfermedad como una causa de discriminación, el problema que se deriva, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo¹⁵, del hecho de que la enfermedad es una “contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas”, faltando en ella los móviles específicos de la conducta discriminatoria. El derecho fundamental a no ser discriminado tiene que guardar relación con los criterios históricos de opresión o segregación, por lo que la enfermedad “en sentido genérico”, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no puede ser considerada a priori como un motivo o un factor de discriminación en el ámbito del contrato de trabajo (STS de 29 de enero de 2001). La enfermedad, para ser considerada como una causa de discriminación, como cualquier otra diferenciación de trato, debe actuar como un elemento de exclusión o de segregación social. Es por ello, que la importancia de la Ley 15/2022, a pesar de que esta ley no resuelva los problemas y dudas interpretativas, es cierto que se establece un *numerus clausus* para proteger a las víctimas, es decir, da cabida a nuevas causas de discriminación amparadas no sólo por el ordenamiento jurídico español, sino también por directivas del marco comunitario.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) núm. 366/2016, de 3 de mayo de 2016, rec. núm. 3348/2014

En el plano del territorio español, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo asumió la doctrina de la STJUE “Ring” en la STS de 3-5-2016 (rec. 3348/2014, ECLI: ES: TS: 2016: 2351) y ha recogido además la que se desarrolla en la STJUE Daoudi en sentencias posteriores, tales como STC de 22-2-18 (rec. 160/2016, ECLI: ES: TS: 2018: 757) y STC de 15-3-18 (rec. 2766/2016, ECLI: ES: TS: 2018: 1244), entre otras.

Ahora bien, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior a la Ley 15/2022, se procede a deducir las siguientes conclusiones:

1. La enfermedad por sí misma podía ser causa de improcedencia del despido, y no de nulidad, en la medida en que dicha situación no está incluida entre los elementos de discriminación establecidos por la ley.
2. En los supuestos en los que la actuación de la empresa, por medio de amenazas o puesta en práctica de decisiones de *praxis* empresarial constante, estigmatice o segregue a quienes estén en situación de enfermedad o de incapacidad temporal, dicha actuación podría ser vulneradora del derecho a la integridad física de los trabajadores – artículo 15 CE – y, consecuentemente, un despido con fundamento real o formal en la enfermedad merecerá la calificación de nulidad STC 62/08 de 26-05-08 (rec. 3912/05, ECLI: ES: TC: 2008: 62) y STS 3-05-16 (rec. 3348/14, ECLI: ES: TS: 2016: 2351), entre otras.
3. La situación de incapacidad temporal sin más elementos tampoco equivale a discapacidad. Para que la enfermedad implique una discapacidad y, en consecuencia, la nulidad del despido, será preciso que la enfermedad sea de larga duración, que sea conocida por la empresa y que se sitúe como causa de la extinción del contrato. Y el conocimiento debe alcanzar tanto a la duración de la enfermedad, la pasada y la previsible, como a la gravedad de la misma, es decir, su diagnóstico (STS 15-08-18, rec. 2766/26, ECLI: ES: TS: 2018: 1244).
4. Se aprecia una vulneración del derecho a la integridad física del artículo 15 CE cuando se acredita una “política de empresa” tendente a despedir a quien ha estado a menudo en una situación de incapacidad temporal, en la medida en que supone una amenaza genética y, a su vez, directa, claramente disuasoria para las personas trabajadoras de hacer uso del derecho fundamental a proteger

su propia integridad física, y concurre una afectación negativa a la salud de los trabajadores, en la medida en que teniendo carácter público, las personas que se encuentran enfermas difícilmente cogerán una baja por incapacidad temporal, ya que corren el riesgo de ser despedidas (STS 31-1-11, rec. 1532/10, ECLI: ES: TS: 2011: 828; STSJ Cataluña 14-9-21, rec. 2943/21, ECLI: ES: TSJCAT: 2021: 7122).

En definitiva, el despido en situación de baja médica se podría considerar discriminatorio únicamente en estos supuestos:

1. Cuando concurre una enfermedad que, inicialmente o con posterioridad, se pueda considerar de larga evolución y, por tanto, asimilable a la discapacidad.
2. Cuando el despido obedezca a causas segregadoras o de segregación.
3. Cuando se consiga acreditar que existen presiones empresariales para que los trabajadores no cojan la baja o en los que concurra un clima indiciario de previas advertencias empresariales; o bien hay una política de empresa que se fundamenta en el despido como amenaza para no continuar de baja médica.

No obstante, procede analizar si dicha doctrina jurisprudencial puede ser objeto de revisión de amparo de la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en vigor desde el 14 de julio del 2022), al establecer en el artículo 26 de la misma ley que “serán nulos todos los actos de discriminación de alguna de las causas recogidas en el artículo 2 de la citada ley”; y dicho artículo 2 establece que: “Nadie podrá ser discriminado por razón de (...) enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación económica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Además, en virtud del artículo 27 de la misma ley, cuando una persona sufra una discriminación tendrán derecho a una indemnización de daños y perjuicios. Y, a su vez, añade la norma que, acreditada dicha discriminación, se presumirá la existencia de daño moral.

La doctrina tradicional ha venido entendiendo que, cuando no había causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como

determinantes de la nulidad del despido, la calificación aplicable era la de la “improcedencia” del despido, y no la nulidad del mismo. En efecto, esta línea jurisprudencial sobre la carencia de “apoyo o refrendo legal” de la nulidad del despido fraudulento se inicia con las STS de 2-11-1993 (rec. 3669/1992, ECLI: ES: TS: 1993: 7340), STS de 19-1-1994 (rec. 3400/1992, ECLI: ES: TS: 1994: 104), STS de 23-5-1996 (rec. 2369/1995, ECLI: ES: TS: 1996:3127) y STC de 30-12-1997 (rec. 1649/1997, ECLI: ES: TS: 1997: 8034) y fue seguida de forma unánime por toda la doctrina de los Tribunales.

En concreto, cuando el despido se producía sin causa alguna y el trabajador se hallaba de baja médica, la jurisprudencia consideraba el despido como improcedente, no nulo; y es en este caso, no era para nada relevante que la baja médica fuese causada por accidente laboral o enfermedad profesional, ya que la consecuencia principal era la improcedencia de la extinción de la relación contractual, independientemente de cuál fuera la causa de la baja.

Por otra parte, la nulidad del despido sólo se conseguía a través de los supuestos previsto en el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 53 y 55, que considera nulo: “*Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”.

A estos efectos, la situación de incapacidad temporal no se consideraba como causa de discriminación, ni tampoco se reconocía como derecho fundamental “el derecho a la salud” recogido en el artículo 15 de la Constitución Española. Sin embargo, para aumentar las opciones de nulidad, se podría entender que la situación de incapacidad temporal del empleado era asimilable a una discapacidad.

La vocación integral que tiene esta Ley radica en establecer un marco garantista que facilite el cumplimiento de ciertos derechos y evadir situaciones que puedan conducir a la insuficiencia del marco normativo actual en materia de igualdad y no discriminación. La intención del legislador planteó un problema en la interpretación de la norma con relación a la automaticidad de la nulidad del despido en casos en los que la extinción de la relación laboral se produzca durante los períodos de enfermedad. En el supuesto de que fuese así,

sería necesario valorar si dicha automaticidad se formularía como una declaración de nulidad objetiva (artículo 55. 5 ET o artículo 108. 2 LRJS) o, en cambio, se aplicaría el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba recogido en el artículo 96. 1 LRJS y en el artículo 30 de la Ley 15/2022.

En este sentido, corresponde a quien alegue la discriminación aportar indicios fundados sobre su existencia y, en todo caso, le corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probadas, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad

En conclusión, hasta la fecha, como consecuencia de la prohibición de discriminación contenida en la Directiva comunitaria 2000/78/CE en materia de discapacidad, los tribunales han entendido que, en caso de que existiera discriminación por razón de dicha discapacidad, el despido debería tener la calificación de nulo de pleno derecho. Sin embargo, mediante esta Ley 15/2022 se amplía el margen de actuación, entendiéndose que la discapacidad no requiere de la existencia de una discapacidad, sino que se protege a la persona trabajadora frente a conductas discriminatorias por razón de enfermedad.

c) La discriminación en casos de baja médica en el derecho comparado

Hoy en día, el número de personas pertenecientes a la población activa¹⁶ que sufre cualquier tipo de enfermedad crónica (incluyéndose el cáncer, la diabetes y la obesidad) se ha incrementado con respecto a las cifras del siglo pasado, pero este incremento de cifras no ha venido acompañado de una adecuada respuesta legislativa a nivel europeo ni tampoco en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados. Ello es debido a la inexistencia de un sistema adecuado para hacer frente a este creciente problema, tanto a nivel jurídico, como a nivel organizativo en el marco de las relaciones laborales.

La ausencia de un régimen jurídico específico aplicable a los enfermos crónicos produce que, en la mayoría de los Estados miembros, éstos tengan los mismos derechos y obligaciones que el resto de los trabajadores. En lo que se refiere a la extinción de la

¹⁶ EUROSTAT, People having a long-standing illness or health problem, by sex, age and labour status, (última visita noviembre 2014).

relación laboral, el contrato de trabajo de estas personas trabajadoras afectadas pueda verse extinguido de manera lícita como consecuencia de la pérdida de aptitudes o ausencias al trabajo que les ocasiona la patología de dicha enfermedad, siempre y cuando se den ciertos requisitos.

Como enunciaba anteriormente, el problema va aumentando, puesto que la expulsión de estas personas del mercado laboral incide directamente en la reducción de la población activa, por lo que la participación de los enfermos crónicos en este mercado, mediante la adaptación de su puesto de trabajo a sus nuevas capacidad, resultará imprescindible para el sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social y, en especial, cuando se prevé que en 2030 Europa cuente con 20 millones menos de personas en edad de trabajar. Esta situación supone un aumento de los costes económicos del Estado de Bienestar, amenazando por tanto su sostenimiento a largo plazo, por lo que, en última instancia, el incremento de las enfermedades crónicas afecta tanto a las personas trabajadoras que las padecen como a la empresa en la que prestan sus servicios, y a la sociedad en general.

De todo lo anteriormente expuesto, se deduce la importante de realizar un análisis comparado de otros Estados miembros que se les aplica la misma Directiva 2000/78/CE y cómo el resto de los Estados miembros del marco comunitario tutelan, frente al despido, a los trabajadores que padecen una enfermedad.

El hecho de que las enfermedades crónicas no se incluyan expresamente en esta Directiva provoca un enorme vacío legal en los supuestos en los que el trabajador padezca una enfermedad de este tipo y que, repercuta por tanto en su prestación laboral, a pesar de que este trabajador no tenga la condición de discapacitado, recibiendo así el mismo tratamiento que el resto de los trabajadores.

Ante este vacío legal, pocos han sido los Estados miembros que han optado a nivel interno por incluir de manera expresa la enfermedad como uno de los motivos o causas de discriminación prohibidos por la ley, reservándose de este modo la calificación de la conducta discriminatoria únicamente a los actos diferenciadores por motivos de discapacidad.

En línea con esta posición mayoritaria se encuentra España e Italia, que sí recogen de manera expresa en su legislación laboral la prohibición de discriminación por discapacidad¹⁷, pero no por razón de enfermedad. La doctrina italiana entiende que la extensión de la tutela antidiscriminatoria a todas las personas trabajadoras que son declarados no aptos para el desempeño de las tareas propias e inherentes de su puesto de trabajo, con independencia del grado de discapacidad reconocido, por lo que resultaría apropiado poder ofrecer una respuesta adecuada a su situación.

En Alemania, la propia Constitución alemana (artículo 3. 3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania) incluye una previsión general de prohibición de discriminación en base a impedimentos físicos o psíquicos.

Al contrario de lo que sucede en estos Estados, en Francia (artículo 2 de la Constitución Francesa dictada el 4 de octubre de 1958) se ha reconocido expresamente la prohibición de discriminación por razón del estado de salud. Además, a parte de este reconocimiento expreso de la enfermedad como causa de discriminación, existe una tutela especial frente al despido de los trabajadores que padecen una enfermedad crónica y que determina la existencia de una ineptitud sobrevenida¹⁸. Por tanto, el despido que se base solamente en la enfermedad del trabajador será considerado nulo de pleno derecho por discriminatorio.

Cabe destacar la importancia que tiene la inclusión de la enfermedad como una de las causas de discriminación o de su asimilación al concepto de discapacidad en relación con la protección de estos trabajadores frente al despido. En consecuencia, en el Reino Unido, pese a no incluirse la enfermedad expresamente entre las causas de discriminación, la regulación de la discapacidad hace que se equipare a una enfermedad prolongada en el

¹⁷ En España en el art. 4.2.c) ET y en Italia en el art. 15 Statuto dei lavoratori «Es nulo todo pacto o acto dirigido a: a) subordinar el empleo de un trabajador a la condición de que se adhiera o no a una asociación sindical o deje de formar parte de ella; b) despedir a un trabajador, discriminarlo en la asignación de cualificaciones o tareas, en los traslados, en las medidas disciplinarias, o perjudicarlo de otro modo por su afiliación o actividad sindical o por su participación en una huelga.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará también a los pactos o actos dirigidos a fines de discriminación política, religiosa, racial, de lengua o de sexo, de discapacidad, de edad, de nacionalidad o basada en la orientación sexual o las convicciones personales».

¹⁸ El art. L1226-9. Code du Travail señala que, durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo a consecuencia de una enfermedad o accidente, el empresario solo podrá extinguir la relación laboral por un motivo de grave interés o por un motivo ajeno al accidente o la enfermedad.

tiempo. Por tanto, esta previsión se realiza de forma expresa a través de la *Equality Act* de 2010.

No obstante, en otros Estados miembros, como en España, la jurisprudencia ha adoptado la postura contraria a la inglesa, sosteniendo que la protección específica frente a la discriminación por discapacidad no puede ser extendida por analogía a la enfermedad. También se niega la posibilidad de que la enfermedad pueda incluirse dentro de la prohibición genérica de discriminación por “cualquier otra circunstancia personal o social” recogida en el artículo 14 CE. La postura adoptada por España ha sido sostenida a su vez por los tribunales alemanes, que señalan que el despido basado en la enfermedad del trabajador no constituye una discriminación por discapacidad prohibida por la Directiva 2000/68/CE, sino que únicamente la enfermedad que dé lugar al reconocimiento de una discapacidad podrá entenderse discriminatoria.

En síntesis, se puede concluir que, a nivel interno, el despido del trabajador basado únicamente en su enfermedad se entiende discriminatorio en Francia y Reino Unido. En cambio, España, Alemania e Italia consideran que únicamente sería discriminatoria, en el supuesto de que la enfermedad dé lugar al reconocimiento de una discapacidad por parte de la autoridad administrativa competente.

3. La prueba indiciaria en la calificación del despido de la persona trabajadora en situación de IT

La Ley 15/2022 en los supuestos de despido de un trabajador que se encuentre en situación de IT, no establece un supuesto de nulidad objetiva o automática, tal y como sucede en los casos vinculados a la maternidad y permisos y derechos de conciliación familiar en los términos que regula el artículo 55. 5 ET. Es por ello que, “al enjuiciar un despido en concurrencia con una situación de enfermedad, no son opciones exclusivas la declaración o la procedencia, sino que es posible el pronunciamiento de improcedencia del despido¹⁹” y, por tanto, no se han modificado las causas por las cuales un despido se considera nulo por motivos objetivos. De esta forma, resulta necesario conseguir la nulidad del despido por la vía de la discriminación por razón de la enfermedad. Esta misma postura ha sido seguida por la gran mayoría de los órganos jurisdiccionales, concluyendo que no puede predicarse

¹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona de 4 de abril de 2023 (ECLI:ES:JSO:2023:926)

la nulidad automática del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal con base en esta Ley.

La Constitución Española recoge, dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho de los ciudadanos a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa con el objeto de acreditar los hechos controvertidos o que requieran prueba (art. 24. 2 CE). Sin embargo, este derecho se encuentra limitado, ya que no es posible admitir aquellas pruebas que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, o bien por tratarse de actividades prohibidas por ley, tengan la consideración de impertinentes, ni aquellas inútiles que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283 LEC). Por otra parte, tampoco son admisibles las pruebas ilícitas, que sean objeto de estudio, por tratarse de pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales (art. 287 LEC y 90. 2 LRJS).

Por ello, a los efectos de la prueba, debe entrar en juego la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba cuando se alegue vulneración de los derechos fundamentales; esto es, corresponde al trabajador aportar un indicio probatorio de que el empresario le ha discriminado por razón de su enfermedad, es decir, que el despido se fundamenta esencialmente en la situación de baja médica; y acreditado el indicio, corresponde a la empresa probar que la verdadera causa del despido es ajena a la vulneración de los derechos fundamentales (STS 21-2-18, rec. 842/16, ECLI: ES: TS: 2018: 749).

En defecto, dicha doctrina se recoge expresamente en el artículo 30. 1 de la Ley 15/2022, cuando señala: “De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, 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”. Además, cuando el trabajador invoque la vulneración de los derechos fundamentales, resulta también aplicable el artículo 181. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social -LRJS-, por el que el legislador ha dispuesto un mecanismo en defensa del derecho fundamental relativo a la prueba, según el cual: “En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de

proporcionalidad”. Y, aunque el referido artículo 181. 2 LRJS no provoca, en puridad, una traslación de la carga de la prueba, sí que produce determinados efectos en la posición procesal de las partes respecto de la actividad probatoria.

Por tanto, si bien la necesidad de acreditar la existencia de indicios no supone la exigencia de prueba plena, lo cierto es que tampoco equivale a un relevo de la prueba como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional a propósito de un despido supuestamente discriminatorio, al señalar que: “para imponer al empresario la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión” (STC 21/1992, de 14 de febrero, ECLI: ES: TC: 1992: 21 y 180/94, de 20 de junio, ECLI: ES: TC: 1994: 181).

No siendo la enfermedad una causa de nulidad automática, procede concluir que el desconocimiento del empresario de la situación de enfermedad, de la condición de salud o predisposición del trabajador (en el caso de no estar de baja médica), sería un hecho que tendría que acreditar en todo caso el trabajador para que entre en juego el indicio probatorio. En efecto, difícilmente procedería declarar la nulidad de un despido sin causa de un trabajador con “predisposición genética” a una enfermedad, si la empresa desconoce dicha situación o la condición de salud del trabajador.

Por otra parte, si la empresa contrató a un trabajador “conociendo su situación clínica” en el momento de su contratación y, posteriormente, el empresario lo despide tras una baja médica de corta duración, difícilmente cabría calificar la nulidad del despido, pues ya conocía su enfermedad y lo contrató con esa condición. En este sentido, se pronuncia la STSJ de Cataluña de 19-1-22, rec. 5542/21, ECLI: ES: TSJCAT: 2022: 250, en relación con una extinción del contrato en período de prueba, sin causa alguna.

Hay que tener en cuenta que no procede confundir el desconocimiento de la enfermedad con la “discriminación por error” del artículo 6. 2 b) de la Ley 15/2022, que se funda en “una apreciación incorrecta acerca de las circunstancias de la persona o personas discriminadas”, pues dicha discriminación se refiere más bien a la diferencia de trato de una persona por creer que pertenece a un determinado grupo social, aunque realmente no

forme parte de este grupo o no se identifique personalmente con él, mientras que el desconocimiento implica que ignora totalmente la situación del trabajador.

En efecto, no se trata de que la empresa despidiera al trabajador porque cree que está enfermo y no es así, sino porque estando enfermo lo despide, desconociendo su enfermedad, debiendo por tanto acreditar el trabajador dicho conocimiento.

Finalmente, no cabe duda de que un indicio muy claro de discriminación sería la inmediatez con la que se produce el despido, tras conocer la empresa la baja del trabajador. Así, en la sentencia de Juzgado Social núm. 1 de Granada de 15-2-23 (autos 753/22, ECLI: ES: JSO: 2023: 5) se declara, por tanto, nulo el despido porque se produce a los 17 minutos de conocer su situación; o en la sentencia del Juzgado Social núm. 1 de Cartagena de 18-1-23 (autos 702/22, ECLI: ES: JSO: 2023: 208) en la que la inmediatez con que reaccionó la empresa se define como un indicio de discriminación.

Así mismo, a los efectos de declarar la nulidad del despido, hay que distinguir si el empresario alega o no alega causa legal. En la práctica judicial, no serían supuestos tan claros de nulidad aquellos en los que el despido se realiza de forma verbal, tácito (así como la baja de la Tesorería General de la Seguridad Social) o mediante carta sin causa alguna, e incluso en aquellos casos en los que el despido se fundamenta en una causa legal, pero la empresa reconoce la improcedencia en la carta de despido. En estos casos, dado que el despido del trabajador se produce en una situación de baja médica y dado que la empresa no puede justificar una causa legal de despido, habría que declarar, en principio, su nulidad. En todos los demás supuestos, alegada una causa legal por la empresa, y acreditada la situación de baja o la enfermedad del trabajador, le corresponde al trabajador aportar los indicios de discriminación y a la empresa le corresponda probar la causa legal de despido. No obstante, si la causa alegada en la carta de despido se considera injustificada, bien por falta de gravedad de los hechos o por la falta de proporcionalidad del despido, cabría declarar en estos casos la improcedencia, pues no estamos en un supuesto de nulidad automática. Así lo entiende la reciente sentencia del Juzgado de la Social núm. 1 de Vigo de 15-2-23 (autos 64/23, ECLI: ES: JSO: 2023: 351) que declara la improcedencia del despido de un trabajador de baja médica porque la empresa, si bien logra probar las causas alegadas, se considera que la decisión no es ajustada a derecho.

En cuanto a la extinción del contrato en período de prueba, en el cual el empresario puede desistir el contrato sin causa alguna, sólo cabría declarar la nulidad si se acredita que la única razón de la extinción del contrato era la baja médica y, en otro caso, la extinción sería conforme a derecho (STSJ Baleares de 13-12-22, rec. 355/222, ECLI: ES: TS: TSJBAL: 2022: 1464). Cabría destacar las recientes sentencias en las que se declara la nulidad del despido verbal o sin causa y/o con reconocimiento expreso de la empresa de que la verdadera causa es la baja del trabajador: sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 1 de Ourense de 18-11-2022, autos 678/22, en la que declara la nulidad del despido de un trabajador cuyo contrato temporal, celebrando en fraude de ley, se extinguió verbalmente a los pocos días de prorrogarse la situación de la incapacidad temporal; sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo de 13-12-2022, núm. 473/22, en la que acreditó que el trabajador fue el único de los cinco trabajadores que vio extinguido su contrato temporal, además de que aportó una grabación en el que el responsable de planta había reconocida que dicha extinción contractual se habría producido como consecuencia de la situación de baja médica; y, por último, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón de 15-11-2022, rec. 467/22, en la que la empresa extingue el contrato de una trabajadora que se encuentra de baja porque va a ser operada y le comunica mediante un mensaje de WhatsApp que, la verdadera intención del empresario, era volverla a contratar cuando se restableciese de la operación.

Por otro lado, en cuanto a la retroactividad de la Ley 15/2022, hay que tener en cuenta que la Disposición Transitoria Única establece que no será aplicable a los procedimientos administrativos y judiciales ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor, rigiéndose por la normativa anterior. Se trata, por tanto, de una norma procesal, de la que se deduce que un procedimiento de despido incoado antes de su entrada en vigor (14-7-22), se regirá conforme a la ley y a la doctrina jurisprudencial anteriormente referida.

Sin embargo, surgiría el problema en cuanto al derecho material, es decir, respecto a aquellos actos empresariales, concretamente en materia de despidos, que se efectúen antes de su entrada en vigor, aun cuando el procedimiento laboral se incoe tras la entrada en vigor de la misma. En estos casos, sería de aplicación los principios generales del derecho transitorio recogidos en las Disposiciones Transitorias del Código Civil y, en particular, la Disposición Transitoria 1ª por lo que habría que concluir que no sería de aplicación a los despidos acaecidos antes de su entrada en vigor.

Algunos ejemplos en relación con la retroactividad de la norma, conviene destacar la STSJ Madrid 16-11-22 (rec. 879/22, ECLI: ES: TSJM: 2022: 1356) que señala que: “Si lo que pretende es aplicarse la nulidad por entender, frente a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, que el despido motivado por enfermedad del trabajador es, por sí mismo, discriminatorio, aun no siendo calificable a la situación de discapacidad, debemos subrayar en primer lugar que los hechos son anteriores a la entrada en vigor del artículo 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, Ley cuya disposición adicional décima fija como fecha de entrada en vigor el 14 de julio de 2022, y que no contiene ninguna previsión que permita aplicar una retroacción de efectos, de manera que, en las fechas anteriores rige la normativa antes referida con su interpretación jurisprudencial”.

De ahí que la doctrina de los Tribunales posterior a la Ley 15/22 siga calificando el despido como improcedente cuando no se acredita una enfermedad de larga duración y no concurra causa legal de despido.

4. Sobre la necesidad de adaptar el Estatuto de los Trabajadores tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022: ¿supuesto de nulidad objetiva?

No cabe duda de que la citada Ley 15/2022 incorpora la enfermedad como una situación de discriminación, lo cual supone un cambio sustancial en la protección de los trabajadores afectos a una baja médica por IT, de modo que, cabría deducir que toda conducta empresarial que implique una discriminación por razón de la enfermedad determinaría la nulidad de la misma. Es por ello, que aún no se ha modificado el artículo 53. 4 ET.

En concreto, en relación con el despido, si éste se fundamenta en una causa objetiva o disciplinaria podría ser improcedente, aun cuando el trabajador se encuentre de baja, en cambio si no concurre causa alguna y el fundamento del despido es exclusivamente la situación de baja médica del trabajador, en principio tal despido debería ser nulo.

No obstante, en relación con los despidos, habría que hacer las siguientes consideraciones: En primer lugar, respecto a la posible nulidad del despido, hay que tener en cuenta que, al no haberse modificado la norma estatutaria, no cabe duda de que el despido de un trabajador en situación de baja médica no constituya una causa de nulidad objetiva o

automática del artículo 55. 5 ET, por lo que el trabajador deberá acreditar la posible conexión entre la extinción del contrato y su enfermedad. Por tanto, no cabría aplicar la automaticidad de la nulidad tal como se aplica en el despido de la trabajadora embarazada. En efecto, respecto a la mujer embarazada cabe recordar que STS de 17-03-09 (rec. 2251/08, ECLI: ES: TS: 2009: 1741), entre otras, señalaba: “Estamos ante una garantía que opera con un carácter objetivo y automático que se vincula exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente”. Pero ha de tenerse en cuenta que dicha sentencia se fundamentaba en la STC 21/2008 de 21 de julio de 2008 (rec. 6595/2006, ECLI: ES: TC: 2008: 92), la Ley 39/1999 y la Directiva 92/85/CEE del Consejo, normativa que no resulta de aplicación a los supuestos de enfermedad del trabajador.

En este sentido, se ha pronunciado la reciente STSJ de Cataluña de 3-11-22 (rec. 5141/22, ECLI: ES: TSJCAT: 2022: 9675), que deniega la aplicación automática de la nulidad al concluir: “Ni antes de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación (que no es aplicable al presente procedimiento), ni tampoco siquiera después de ella, la situación de incapacidad temporal en el momento del despido conduce de forma automática a una declaración de nulidad”. También la reciente sentencia del JS nº1 de Mieres de 14-02-23 (autos nº 64/23, ECLI: ES: JSO: 2023: 598) rechaza totalmente el automatismo de la nulidad del despido, entendiendo que sólo es nulo cuando se acredita y se demuestra una situación de discriminación. De ahí, la importancia de la prueba indiciaria en estos supuestos.

Esta nueva causa de discriminación no se constituye como una causa de nulidad objetiva recogida en el artículo 55. 5 ET, es decir, no opera automáticamente, por lo que resulta imprescindible que se prueba el nexo de conexión entre la enfermedad y la extinción de la relación laboral, rigiendo en cualquier caso el principio de inversión de la carga de la prueba. Por tanto, queda abierta la posibilidad de la calificación de despido como improcedente.

La aprobación del Real Decreto-Ley 5/2023 supone una reforma laboral trascendente en la legislación laboral española, puesto que responde a la necesidad suscitada para dar cumplimiento a la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los

progenitores y los cuidadores. Esta reforma ha traído consigo nuevos supuestos en la nulidad de los despidos. Así lo explica el RDL en su Exposición de motivos, cuando afirma que “se modifican los artículos 53.4 y 55.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para asegurar el pleno ajuste de nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en lo relativo a la protección contra el despido derivada del disfrute de permisos de conciliación, recogiendo el disfrute de todos los derechos de conciliación, incluyendo los nuevos, entre las causas de nulidad”. .

5. El procedimiento para impugnar una decisión discriminatoria por parte de la empleadora

a) Procedimiento judicial

La víctima de discriminación podrá solicitar el cese de los efectos de discriminación a través del proceso de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas o la resolución del contrato de trabajo por incumplimiento de la empresa en virtud del artículo 50 ET en ambos casos con los derechos indemnizatorios anudados a cada una de estas vías.

La tutela frente a la discriminación cuenta con un cauce procesal propio, concretamente el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas) del que se apartan los casos en los que la vulneración se produzcan en las materias recogidas en los artículos: 103, 114, 125, 127, 138, 139, 163, 167 LRJS.

En supuestos en los que la víctima haya sufrido una discriminación, el procedimiento es taxativo y la pretensión de la demanda determina el procedimiento aplicable. De modo que, en el caso de que, una vez conciliado el despido declarando la improcedencia del mismo, nada le impide al trabajador vulnerado iniciar nuevamente el procedimiento judicial, a través del proceso de tutela, la vulneración de los derechos fundamentales y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (STC 13. 06. 2011 rec. 2590/2010).

Sin embargo, otra opción que tiene la víctima del acoso o la discriminación es instar la vía de la extinción indemnizada del contrato (art. 50 ET), también podrá plantear la acción de tutela del derecho fundamental y solicitar la extinción contractual, además de la

correspondiente indemnización por vulneración del mismo. Asimismo, podrá hacerlo a través del proceso ordinario, resultando de ello la aplicación de las garantías procedimentales propias del proceso de tutela, mediante medidas cautelares, preferencia, sumariada, intervención por parte del Ministerio Fiscal y el derecho a la prueba indiciaria, y también podrá demandar por el proceso de tutela de derechos fundamentales, aunque en este caso podrá alegar los motivos de incumplimiento vinculados a la lesión de esos derechos, a causa del principio de sumariada cualitativa.

El art. 29 de la Ley 15/2022 determina la legitimación para poder demandar por discriminación, en la que se establece que estarán legitimados los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos estarán legitimadas, en los términos establecidos por las leyes procesales, para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa. De modo que, cuando existe un interés colectivo prevalente, para demandar la tutela no sólo está legitimado el titular del derecho vulnerado, sino también cualquier otro trabajador o sindicato que invoquen un derecho o interés legítimo.

Para el caso de que se declare la nulidad de un despido discriminación por enfermedad del trabajador, éste tendrá derecho a percibir no sólo los salarios de tramitación, sino que también al trabajador le corresponde una indemnización de daños y perjuicios derivada del daño moral, el cual se presume de forma implícita conforme a la citada Ley 15/22.

Respecto a la valoración de dicha indemnización, la jurisprudencia ha venido entendiendo que la utilización del criterio orientador de las sanciones de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social – LISOS- ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio, rec. 6074/03, ECLI: ES: TC: 2006: 247), a la par de que es considerado idóneo y razonable, si bien no se debe realizar una aplicación sistemática y directa de dicha norma, sino valorando cada caso de manera particular. En concreto, la STS 20-4-22 (rec. 4322/19, ECLI: ES: TS: 2022: 1605) considera que el recurso a la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, como: “la antigüedad del trabajador, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del

derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social de trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido”, entre otras, las cuales deben constituir los elementos suficientes y necesarios que son necesarios a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización.

Otra cuestión interesante es si dicha indemnización cabe apreciarse de oficio, aunque no haya sido solicitada por la parte actora, debiéndose destacar al efecto la STS de 8-03-22 (rec. 130/19, ECLI: ES: TS: 2022: 889), que lo desestima al considerar que: “no puede aplicarse de oficio indemnización alguna por la que constatada vulneración de derechos fundamentales, ya que la parte actora no lo pidió ni en la instancia, ni en el trámite de la impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina”.

Pues bien, de todo lo expuesto se podrían extraer las siguientes conclusiones, a la luz de la Ley 15/2022:

- La Ley 15/22 no establece que la enfermedad constituya por sí una causa de nulidad del despido, de carácter objetiva o automática, sino que para declarar la nulidad debe constituir un acto de discriminación.
- Si la empresa no alega causa alguna de despido o el despido fuera verbal o tácito, se debería declarar la nulidad del despido de una persona trabajadora en situación de baja médica o con una enfermedad, que no implique discapacidad, siempre que el empresario conozca dicha situación.
- En el supuesto de que la empresa alegue causa legal de despido, le corresponde al trabajador aportar los indicios de discriminación por razón de la enfermedad que padece y, en este caso, le corresponde a la empresa probar la causa del despido.
- Si la enfermedad derivada de la baja médica se calificara como “discapacidad”, conforme a la doctrina Daouidi, también se podría declarar la nulidad del despido, con la misma inversión de la carga probatoria.

- La nulidad del despido discriminatorio por la enfermedad del trabajador implica si readmisión, el abono de los salarios de tramitación y la indemnización por daño moral, que se presume en este caso, si bien dicha indemnización debe acordarse a instancia de parte.
- La Ley 15/22 resulta de aplicación únicamente en procedimientos incoados y, también, en los despidos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigor (14-7-22), no siendo de aplicación de forma retroactiva.

b) La posible actuación de la Inspección de Trabajo: la oficina estatal de lucha contra la discriminación

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social en España tiene un papel fundamental en la vigilancia y en la aplicación de la normativa laboral, incluyendo las leyes antidiscriminatorias.

La Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación tendrá la consideración de órgano administrativo, de nivel inferior a la subdirección general, por lo que su creación se dispone en el Boletín Oficial del Estado mediante la Orden TES/867/2023, de 22 de julio, conforme a lo dispuesto en el artículo 59. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Esta norma cumple con una serie de principios: principios de buena regulación (artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas); principio de necesidad y de eficacia; principio de proporcionalidad; principio de seguridad jurídica; y principio de transparencia.

La Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación impulsa y colabora contra la Discriminación, por lo que puede llevar a cabo una serie de actuaciones establecidas en el artículo 2 de la correspondiente orden:

En primer lugar, la investigación de las denuncias, en donde la Inspección es competente para investigar las denuncias específicas de discriminación en el lugar de trabajo, ya sea por parte de empleados, sindicatos u otras partes interesadas.

Por otro lado, los inspectores en el lugar de trabajo pueden realizar inspecciones en las instalaciones de la empresa para verificar el cumplimiento de las leyes laborales y antidiscriminación, revisando la documentación relevante, entrevistando a los empleados de la empresa, o bien observando las prácticas laborales.

La Inspección puede a su vez imponer sanciones a la empresa en el caso de que se haya encontrado sanciones a la empresa, que pueden incluir multas de contenido económico y proporcionales a la gravedad de la infracción.

Asimismo, la Inspección puede proporcionar asesoramiento a empresas y trabajadores sobre cómo prevenir y abordar la discriminación en el lugar de trabajo, incluida la promoción de políticas de igualdad de oportunidades y la sensibilización sobre este tema. Es por ello, que es realmente importante la colaboración con la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación, ya que la Inspección puede colaborar estrechamente con esta oficina para compartir información, coordinar esfuerzos y promover una respuesta integral contra la discriminación en el ámbito laboral.

En resumen, la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social en España ha velado tradicionalmente por la erradicación de las conductas discriminatorias, al igual que ha sucedido con la normativa de sustantivo, la preocupación por la protección de las personas trabajadoras frente a estas conductas se ha acentuado tras el paso del tiempo. Es por ello que la Inspección de Trabajo desarrolla un papel clave en la prevención y en la lucha contra la discriminación laboral, trabajando en estrecha colaboración con otras instituciones, como esta oficina estatal de lucha contra la discriminación, para garantizar el cumplimiento de las leyes y promover la igualdad de oportunidades en el empleo.

En esta línea, con la finalidad de que se lleve a cabo el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, el Plan estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, aprobado por el Consejo de Ministros mediante Acuerdo de 16 de noviembre de 2021, atribuyendo una atención relevante. Asimismo, el Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, contempla como una de las medidas incluidas la creación de la Oficina Estatal de lucha contra la Discriminación en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como órgano encargado del impulso y

coordinación de las actuaciones inspectoras en materia de lucha contra la discriminación y respecto de todos los colectivos especialmente vulnerables, con especial atención a la discriminación por razón de sexo.

Por otra parte, no debe olvidarse la relevancia que la tiene la igualdad en general, y por razón de género en particular, tiene en la Agencia 2030 para el Desarrollo Sostenible, concretamente el número 5, que versa sobre la igualdad de género y que fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015, que tiene su reflejo en el propio Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023.

La Orden TES/867/2023, de 22 de julio, por la que se crea la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 26 de julio de 2023).

III. Conclusiones

A raíz de la doctrina “Daouidi” (STJUE 1 de diciembre de 2016, C-395/15), la calificación que debe recibir la extinción del contrato de trabajadores que sufren una dolencia o enfermedad está planteado una notable controversia judicial a nivel interno.

Tal y como he venido reiterando a lo largo del desarrollo del presente trabajo, el TJUE ha entendido que una limitación de larga duración puede estar incluida en el concepto de discapacidad comprendiéndose en el sentido de la Directiva 2000/78y, por consiguiente, en estos supuestos una resolución contractual injustificada puede ser entendida como una práctica discriminatoria y, consiguientemente, declarando la nulidad del despido.

La Ley 15/22 se promulga como un instrumento de lucha contra la discriminación y como marco de protección real y efectivo a los derechos de igualdad de trato y de no discriminación. El ordenamiento jurídico determina la necesidad de elaborar un texto normativo, tal y como hemos ido analizando en el presente trabajo, que afronte la discriminación desde una perspectiva garantista, general e integral. Así mismo, esta Ley no establece que la enfermedad constituya por sí una causa de nulidad del despido, de carácter

objetiva o automática, sino que para declarar la nulidad debe constituir un acto de discriminación.

A efecto de prueba, corresponde al trabajador la carga de la prueba, demostrando que la extinción del contrato de trabajo fue consecuencia de la situación de IT de la persona trabajadora. Por tanto, deberá aportar las pruebas de que el empresario tomó esa decisión extintiva discriminatoria por motivos de enfermedad, es decir, el motivo del despido fue principalmente su situación de incapacidad temporal y, una vez la persona trabajadora haya acreditado las pruebas pertinentes y necesarias para demostrar esa discriminación, será la empresa quien tenga que motivar que el verdadero motivo del despido no fue una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

Para la consecución de la finalidad de esta Ley, se incluyen las causas tradicionales de discriminación del precepto constitucional recogido en el artículo 14 CE. Sin embargo, se deja la puerta abierta a nuevos factores derivados del desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia, además de futuras inclusiones de nuevas causas de discriminación que pudieran surgir. Así mismo, destaca el alcance de la Ley que prohíbe la discriminación en la fase previa al contrato de trabajo.

La nulidad del despido discriminatorio por la enfermedad del trabajador implica si readmisión, el abono de los salarios de tramitación y la indemnización por daño moral, que se presume en este caso, si bien dicha indemnización debe acordarse a instancia de parte. En cambio, esta nueva causa de discriminación por enfermedad no se constituye como causa de nulidad objetiva, en virtud del artículo 55. 5 ET, es decir, no opera automáticamente, sino que necesario probar la relación causal entre la enfermedad y la extinción de la relación laboral, rigiendo el principio de inversión de la carga de la prueba y, quedando abierta la posibilidad de calificación del despido como improcedente.

La Ley 15/22 resulta de aplicación únicamente en procedimientos incoados, acceso al empleo, a las condiciones de trabajo (incluyéndose así las prestaciones de trabajo retribuidas), a la promoción profesional, a la formación para dicho empleo y, más concretamente, en los despidos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigor (14-7-22), no siendo de aplicación la retroactividad de la norma.

En definitiva, si bien para apreciar tales conductas discriminatorias, habría que estar atento a examinar las circunstancias del caso concreto, a fin de determinar si procede declarar o no la nulidad del despido, puesto que la nulidad no se produce de manera automática – como en el caso de las trabajadoras embarazadas- y lo cierto es que con la nueva Ley 15/2022 existirá gran dificultad para declarar la improcedencia del despido en aquellas extinciones del contrato posteriores al 14-7-22 que carezcan de causa, respecto a trabajadores enfermos o en situaciones de baja, y cuya enfermedad no pueda ser calificada como discapacidad propiamente dicha, conforme a la doctrina tradicional anteriormente referida.

Como hemos visto, la Ley 15/2022 viene a efectuar un desarrollo normativo necesario desde la perspectiva de la igualdad de trato y la no discriminación, al regular por primera vez y ampliando el marco de actuación frente a las posibles causas de discriminación, regulando los tipos de discriminación existentes, con el objeto de amparar a las víctimas que sufren estas conductas discriminatorias en el seno de la empresa, para ello se efectúa un tratamiento del derecho fundamental más amplio y más acorde a la realidad social presente y futura. Además, fundamentalmente la transcendencia de la citada Ley supone una mayor respuesta judicial a estas situaciones discriminatorias, pero sobre el que aún habrá que esperar una doctrina jurisprudencial más avanzada para despejar las principales dudas jurídicas que esta norma ha suscitado. Concretamente, habrá que esperar a que la Sala 4ª del Tribunal Supremo se pronuncie sobre si dicha Ley 15/22 va a suponer un cambio jurisprudencial respecto a la doctrina tradicional, por cuanto en este momento no existe pronunciamiento alguno al respecto.

IV. Bibliografía y jurisprudencia

MANUALES

ALONSO PAULÍ, M.; MORA VALENTÍN – GAMAZO, A.; y ALVARADO CAYCHO, G. R., *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Madrid, 2024

AGUILERA IZQUIERDO, RAQUEL, *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido: estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Madrid, 2023.

CABEZA PEREIRO, J.; y VIQUERA PÉREZ, C., *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Navarra, 2023.

ARTÍCULOS DE REVISTAS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. *El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2023.

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*. Revista Jurisdicción Social por Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 235, en julio de 2022.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, "El despido (injustificado) durante la incapacidad temporal es nulo: primeras reacciones en la instancia (JS Gijón y JS Vigo) a la Ley 15/2022", Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, 23 de diciembre de 2022.

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

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del «caso Ring»", Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 130, Universidad de Jaén, 2015.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «*Cal*» y «*arena*»: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona). Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre, Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 464, 2021.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan, *La enfermedad como causa de discriminación en el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No discriminación*, Diario La Ley, núm. 7584, 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud. Versión abreviada, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78*, Derecho de las relaciones laborales, núm. 3, 2018.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y GARCÍA GIL, Begoña, *Una visión transversal del derecho a la igualdad. Ley 15/2022, de 12 de julio*, 2023.

SENTENCIAS DE INTERÉS

TJUE

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) asunto C-395/15, de 1 de diciembre de 2016 (Caso Daouidi).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) asunto C-13/05, de 11 de julio de 2006 (Caso Chacón Navas).

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013 (Caso HK Danmark).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) asunto C-397/18, de 11 de septiembre de 2019 (Caso Nobel Plastiques Ibérica).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) asunto C-416/13, de 13 de noviembre de 2014 (Caso Vital Pérez).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) asunto C-406/15, de 9 de marzo de 2017 (Caso Petya Milkova).

TC

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 63/1984, de 21 de mayo de 1984 (rec. 397/1983, ECLI:ES:TC:1984:63)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 52/1987, de 7 de mayo de 1987 (rec. 72/1986, ECLI:ES:TC:1987:52)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1990, de 26 de abril de 1990 (rec. 695/1985, ECLI:ES:TC:1990:76)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 28/1992, de 10 de abril de 1992 (rec. 1191/89, ECLI:ES:TC:1992:28)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/2003, de 30 de octubre de 2003 (rec. 1836/97, ECLI:ES:TC:2003:197)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17/2003, de 30 de enero de 2003 (rec. 1150/99, ECLI:ES:TC:2003:17).
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17/2003, de 30 de enero de 2003 (rec. 1150/99, ECLI:ES:TC:2003:17)

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 161/2004, de 4 de octubre de 2004 (rec. 4295-2001, ECLI:ES:TC:2004:161)

TS

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) núm. 62/2008, de 26 de mayo de 2008, rec. núm. 3912/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) núm. 387/2020, de 20 de mayo de 2020, rec. núm. 2684/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) núm. 366/2016, de 3 de mayo de 2016, rec. núm. 3348/2014.

TSJ

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 4514/20244, 27 de julio de 2022, rec. núm. 2726/2022.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 4380/2021, de 14 de septiembre de 2021, rec. 2943/2021.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 284/2022, de 19 de enero de 2022, rec. 5542/21.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 5758/2022, rec. 5141/2022, de 3 de noviembre de 2022.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, rec. 355/2022, ECLI:ES:TS:TSJBAL:2022:1464, de 13 de diciembre de 2022.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, rec. 879/22, ECLI:ES:TSJM:2022:1356, de 16 de noviembre de 2022.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias de 23 de diciembre de 2021, rec. núm. 1315-2021.

Juzgados de Primera Instancia

- Juzgado de lo Social, núm. 1 de Ourense, núm. 632/2022, autos 678/22, de 18 de noviembre de 2022.
- Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo, núm. 473/22, de 13 de diciembre de 2022.
- Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, núm. 419/2022, de 15 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:JSO:2022:3161)
- Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Murcia, núm. 231/2020, de 10 de diciembre de 2020.
- Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, núm. 738/2022, de 4 de abril de 2023. (ECLI: ES:JSO:2023:926)