

# La extinción del contrato de trabajo y la prohibición de discriminación por razones relacionadas con la salud en la Ley 15/2022

**Paz Menéndez Sebastián**

Catedrática. Universidad de Oviedo

**Iván Antonio Rodríguez Cardo**

Catedrático. Universidad de Oviedo

## Termination of the employment contract and the prohibition of discrimination on health-related grounds under Law 15/2022

### SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA BREVE APROXIMACIÓN PREVIA AL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN. 3. LA NATURALEZA EVOLUTIVA DEL LISTADO DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN. 4. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN: DE SU OMISIÓN TRADICIONAL A LA INCORPORACIÓN AL LISTADO TRAS LA LEY 15/2022. 5. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y CONDICIÓN DE SALUD EN LA FASE DE CONTRATACIÓN Y EN EL DEVENIR ORDINARIO DE LA RELACIÓN LABORAL. 6. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO EN INCAPACIDAD TEMPORAL: LAS PRIMERAS REACCIONES TRAS LA LEY 15/2022. 7. REALIDADES Y ESPEJISMOS EN LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN IT: LA (VOLUNTARISTA) CONFUSIÓN ENTRE PREJUICIO Y PERJUICIO. 8. EFECTOS COLATERALES DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO: NULIDAD OBJETIVA, INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA E INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 9. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ACOMODAR LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR A LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL.

**RESUMEN:** La licitud de las decisiones empresariales motivadas por el estado de salud del trabajador ha sido tradicionalmente una cuestión controvertida. La expresa inclusión de la enfermedad (y de la condición de salud) en el listado de causas de discriminación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 ha reavivado el debate, prin-

principalmente acerca de la calificación del despido del trabajador en IT, pese a que ni el ET ni la LRJS han sufrido modificación alguna en ese sentido y que la IT, que no es mencionada, no puede equipararse a la enfermedad. De forma mayoritaria, tanto la doctrina judicial reciente como la académica elevan la enfermedad a causa autónoma de discriminación y parecen decididamente partidarias de declarar la nulidad del despido del trabajador en situación de IT, abogando por la rectificación del criterio tanto del TC como del TS. Esa interpretación se asienta en un concepto de discriminación que se mimetiza o confunde con el de igualdad, ignorando que el art. 14 CE contempla dos derechos/principios diferentes, la igualdad y la no discriminación, que dan lugar a garantías y procesos de valoración no equivalentes. La enfermedad, sin mayores adjetivos, no puede convertirse en causa de discriminación autónoma sin violentar el concepto constitucional de discriminación. En consecuencia, el presente estudio llega a la conclusión de que la incorporación de la enfermedad al listado de causas de discriminación no ha alterado las pautas para la calificación del despido del trabajador que se encuentra en situación de IT. En cambio, el juego combinado de las referencias a «enfermedad», «condición de salud», «estado serológico» y/o «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos» ofrece una mejor protección frente a decisiones basadas en riesgos de salud potenciales y futuros que no pueden ser tomados en consideración, por ejemplo, a efectos de contratación o de extinción de la relación laboral.

**Palabras clave:** despido, discriminación, Ley 15/2022, salud, incapacidad temporal.

**ABSTRACT:** The lawfulness of employer decisions motivated by the worker's state of health has traditionally been a controversial issue. The incorporation of "illness" as a new ground of discrimination by Law 15/2022 has reignited the debate surrounding the nullity of the dismissal that affects workers who are in temporary disability, even though illness is not the same as being in temporary disability and the Labour Code has not been amended to include any specific rule about the consequences of such dismissals. However, the more recent rulings by social courts and significant academics have concluded that the new law requires a change in the previous interpretation made by the Constitutional Court and the Supreme Court, so dismissals of workers who are in temporary disability should now be declared null and void. This interpretation is inconsistent with the concept of discrimination. The Constitutional Court has ruled repeatedly that equality and non-discrimination are two separate rights. In Spain, equality is not equivalent to the absence of discrimination. Illness, by itself, cannot be a ground for discrimination without violating the constitutional concept of discrimination. After a thorough assessment, this paper concludes that the inclusion of "illness" among the list of grounds for discrimination has not modified the approach for assessing the consequences of dismissals affecting workers in temporary disability. By contrast, the combined effect of the references to "illness", "health condition", "serological status", and/or "genetic predisposition to suffer from diseases or disorders" offers stronger protection against decisions based on potential or future risks that cannot be taken into account for purposes such as hiring or termination of employment.

**Keywords:** dismissal, discrimination, Law 15/2022, health, temporary incapacity.

## 1. INTRODUCCIÓN

El impacto del estado de salud del trabajador en la relación laboral admite valoraciones desde planos diferentes, pues se entremezclan los aspectos médicos con los jurídicos, y también podrían confluir otros conectados con la ética o incluso con la justicia. En particular, la licitud de que el empleador adopte una decisión peyorativa para un trabajador por razones vinculadas a su salud plantea problemas específicos y exige la entrada en juego del criterio de proporcionalidad.

Aun cuando los ejemplos son numerosos en las distintas fases de la vigencia de una relación contractual, la calificación del despido motivado por el estado de salud del trabajador ha sido una cuestión controvertida tradicionalmente y resulta suficientemente ilustrativa. En el trasfondo se encuentra el siempre delicado equilibrio entre los derechos individuales y los legítimos intereses de la empresa, porque en la mayoría de los casos la decisión empresarial prescinde de la naturaleza de la concreta dolencia que sufre el sujeto y se basa, exclusivamente, en el trastorno organizativo y/o en el perjuicio económico provocados por la ausencia al trabajo.

La legislación laboral ha sido receptiva en ocasiones a ese interés empresarial, principalmente admitiendo la licitud del despido objetivo derivado de las faltas de asistencia justificadas pero intermitentes en determinadas circunstancias. Sin embargo, el Real Decreto-ley 4/2020 primero, y la Ley 1/2020 después, derogaron el art. 52.b) ET, mostrando, en apariencia, una decidida voluntad de eliminar cualquier resquicio a que la fragilidad de salud del trabajador pudiera convertirse en causa lícita de extinción contractual, salvo que se trate de una pérdida definitiva de capacidad, ineptitud en suma.

La ilicitud del despido, o de cualquier otra decisión peyorativa, por enfermedad o circunstancias ligadas a la salud, no cierra completamente el debate, porque desde hace años se discute si la decisión empresarial debe considerarse improcedente o merece un reproche mayor, la nulidad. La cuestión se ha reavivado a raíz de la introducción expresa en el listado de causas de discriminación de la «enfermedad o condición de salud», llevada a cabo por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Aun cuando no se modifica a tal efecto el Estatuto de los Trabajadores, el carácter transversal de la Ley, que pretende proporcionar un marco general y convivir con el resto de la legislación antidiscriminatoria, y el hecho mismo de que su art. 2.1 reconozca el derecho de «toda persona a la igualdad de trato y no discriminación» por alguna de las causas que se listan, exigen valorar específicamente cuál es el impacto que esta nueva norma provoca en el debate tradicional sobre la calificación del despido del trabajador cuando la causa se relaciona con la enfermedad o el estado de salud y, en particular, cuando la persona trabajadora se encuentra en incapacidad temporal (en adelante, IT).

No obstante, en ese debate suele omitirse un aspecto de indudable relevancia instrumental para abordar esta problemática, como es el concepto mismo de discriminación, pues, por una parte, no siempre se utiliza en su acepción técnica, y, por otra,

aun cuando sí se ponga el acento en su dimensión netamente jurídica, a menudo se le dota de un contenido impropio. Es un pilar dogmático esencial sobre el que ha de pivotar la calificación de las decisiones empresariales contrarias a los intereses del trabajador por motivos de salud.

## 2. UNA BREVE APROXIMACIÓN PREVIA AL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

La delimitación correcta del concepto de discriminación debe acometerse teniendo presente que «existe un concepto vulgar de discriminación que no coincide con el concepto jurídico»<sup>1</sup>, y que no es deseable «banalizar el concepto de discriminación para confundirlo con el de injusticia»<sup>2</sup>. Resulta evidente que trivializar el concepto de discriminación provoca disfunciones jurídicas de entidad que podrían conducir a la sobreprotección de unas personas y a la infraprotección de otras.

Es probable que, en parte, las dudas dogmáticas se hayan acrecentado en los últimos tiempos por la diferente perspectiva de aproximación utilizada por el Derecho de la UE y por la Constitución Española. La tutela antidiscriminatoria proporcionada por el Derecho de la Unión se ha construido tomando como punto de partida que el principio de igualdad de trato equivale a «la ausencia de toda discriminación»<sup>3</sup>. No es esa la posición de nuestro TC, que diferencia de forma más nítida el principio de igualdad del principio de no discriminación<sup>4</sup>. La igualdad «ante la ley», que el TC pronto convirtió en igualdad «en la ley»<sup>5</sup>, y también «en la aplicación de la ley»<sup>6</sup>, exigiría en su versión más estricta e intensa un trato idéntico, no admitiéndose diferencias —con las salvedades que eventualmente pudieran derivar de la discriminación por indiferenciación<sup>7</sup>—, y por tanto es un principio que ha debido modularse con carácter general, y también, por lo que aquí interesa, en el ámbito de las relaciones de trabajo.

El principio de igualdad, en su vertiente primigenia, opera con mayor intensidad en el empleo público, pero se aplica de manera muy matizada al empleo privado. De este modo, las diferencias de trato no están prohibidas *per se* constitucionalmente

1 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "Los contornos de la discriminación", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 5, 2022, pág. 20.

2 Cfr. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque*, Brief de la AEDTSS, accesible en <https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque/>.

3 A modo de ejemplo, vid. art. 2.1 de la Directiva 2000/78.

4 Por todas, vid. SSTC 128/1987, 168/1988, 19/1989, 145/1991, 173/1994, 240/1999, 200/2001, 39/2002, 17/2003, 27/2004, 161/2004, 175/2005, 342/2006, 233/2007, 62/2008, 176/2008, 51/2011, 63/2011, 104/2014, 66/2015, 31/2018, 91/2019, 74/2020, 172/2021 o 67/2022.

5 Vid. SSTC 22/1981 y 34/1981.

6 Vid. SSTC 29/2005, 146/2005, 2/2007, 31/2008 o 13/2011.

7 Vid. COBREROS MENDEZONA, E., "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, pp. 71 y ss.

en el contexto de la relación de trabajo. En cambio, la discriminación nunca es admisible<sup>8</sup>. Ello supone que el concepto interno, propiamente nacional, del principio de igualdad de trato no coincide con el concepto que se ha construido en el ámbito de la UE, porque no cabe sostener, a partir de la CE, que la igualdad de trato consista en la ausencia de discriminación. Sin embargo, esa es la opción por la que parece decantarse la Ley 15/2022, seguramente por la marcada influencia del Derecho de la Unión<sup>9</sup>.

Atendiendo a los parámetros constitucionales, el concepto de discriminación ha de construirse con autonomía respecto del principio de igualdad de trato, como el TC ha advertido reiteradamente a partir de su sentencia 128/1987. El principio de igualdad de trato se asienta en la comparación entre dos situaciones y admite diferencias de trato en presencia de una razón legítima, siempre que la acción o las medidas resulten razonables y proporcionadas. En cambio, la discriminación, en sentido estricto, no requiere necesariamente un elemento de comparación —relativizando la trascendencia de la intención de discriminar, poniendo el acento en los efectos que supone la discriminación tanto para la víctima como para el colectivo al que se adscribe y convirtiendo la prohibición de discriminación en un derecho autónomo y no siempre vinculado a situaciones jurídicas concretas, a diferencia de la igualdad<sup>10</sup>— y se encuentra prohibida en todo caso, pues si cabe encontrar una justificación para la diferencia de trato no se produciría una discriminación<sup>11</sup>.

La discriminación, por consiguiente, implica una diferencia de trato, pero no cualquier diferencia de trato conduce a la discriminación. En expresión del TC, ha de tratarse de una diferencia de trato derivada de una circunstancia de «naturaleza particularmente odiosa»<sup>12</sup>, porque se asienta en un elemento o condición de carácter personal o social que el ordenamiento considera inadmisibles. De ahí que las consagraciones del principio de no discriminación en las pertinentes normas no se limiten a la enunciación del principio, sino que se acompañen de una relación de causas, un listado de circunstancias o condiciones «odiosas», que en ocasiones se diseña como un catálogo totalmente cerrado, mientras que en otras ofrece posibilidades de ampliación hacia el futuro en forma de cláusulas abiertas destinadas a facilitar la adaptación, evolución y efectividad práctica del derecho a la no discriminación<sup>13</sup>.

8 Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley", en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Comentarios a la Constitución Española*, BOE y Fundación Wolters Kluwer, Madrid, Tomo I, 2018, pp. 334 y ss.; ÁLVAREZ ALONSO, D., y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, 2006, pp. 1002 y ss.

9 Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "La ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución", *Temas Laborales*, nº 165, 2022, pp. 96 y ss.

10 Vid. Díez-Picazo, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª Ed., Civitas, Madrid, 2013, pp. 181 y ss.

11 Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "Los contornos ...", *loc. cit.*, pág. 24.

12 Por todas, cfr. STC 62/2008.

13 Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "La prohibición de discriminación", en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Comentarios a la Constitución Española*, *op. cit.*, pp. 353 y ss.

El listado de causas responde a condiciones o circunstancias de carácter personal o social que tradicionalmente han motivado un trato vejatorio, y tienen en común que se desprende de ellas un prejuicio sobre aptitudes o actitudes que conduce a la diferencia de trato. La discriminación, en sentido técnico, es inseparable del prejuicio, del estigma, porque es, precisamente, una consecuencia del propio prejuicio o estereotipo. Y, como todo prejuicio, conlleva un rechazo personal hacia el individuo —y el grupo—, que el ordenamiento no tolera, aun cuando quien tome la decisión peyorativa no comparta el prejuicio, y esa decisión responda únicamente a un intento de acomodarse al prejuicio ajeno para evitar un daño económico propio<sup>14</sup>.

Además, y resulta decisivo, la discriminación no puede considerarse como un fenómeno individual. Una característica particular de una persona concreta no justifica la activación de la tutela antidiscriminatoria. El prejuicio que da lugar a la discriminación es un prejuicio generalizado, un estigma que desborda lo individual para convertirse en social, y que por tanto origina diferencias de trato sistémicas, transversales, susceptibles de relegar o provocar daño a los sujetos afectados en ámbitos muy diferentes. Un prejuicio netamente individual, derivado de una fobia personal que no se ha generalizado y no es susceptible de causar quebrantos sistémicos, carece de la potencia suficiente como para erigirse en causa de discriminación.

En consonancia, la discriminación deriva del prejuicio vinculado a condiciones o circunstancias de dimensión colectiva o grupal. La diferencia de trato que sufre un individuo sólo alcanza la condición de discriminatoria cuando el sujeto forma parte de un grupo que comparte ese rasgo o característica definitoria, siendo precisamente esta la causa de la diferencia de trato<sup>15</sup>. Dicho de otro modo, la esencia de la discriminación (y la justificación del despliegue de los mecanismos tuteladores) no se encuentra en los factores netamente individuales de una persona, sino en los rasgos que la integran dentro de un grupo social sistemáticamente perjudicado, marginado o victimizado. La prohibición de discriminación difiere del principio de igualdad porque no combate «una mera desigualdad», sino el «trato diferente [que] tiene su razón de ser en lo que cabría denominar una tradición discriminatoria»<sup>16</sup>, una diferencia de trato sistémica que se reproduce en el tiempo, dando lugar a esa marginación o segregación colectiva.

En último lugar, y en directa conexión con lo anterior, la discriminación implica un trato no sólo diferente, sino en particular peyorativo. El trato ventajoso no puede considerarse técnicamente como discriminación, sino como acción positiva, pues los individuos del colectivo que resultaría perjudicado («todos los demás») no comparten

14 Vid. STJUE Feryn (de 10-7-2008, asunto C54/07), sobre no contratación de trabajadores marroquíes por una empresa dedicada a la instalación de puertas debido a los prejuicios manifestados por los clientes hacia las personas de esa nacionalidad.

15 Vid. STC 3/2007.

16 Cfr. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *El principio de igualdad y no discriminación. Una perspectiva de derecho comparado (España)*, EPRS (Servicio de Estudios del Parlamento Europeo), Parlamento Europeo, 2020, pág. 84.

una característica concreta que conduzca a la segregación. Por tanto, el inherente componente grupal de la prohibición de discriminación hace imprescindible que el grupo perjudicado cuente con una cierta homogeneidad, en el sentido de compartir un rasgo que es, precisamente, el causante de la diferencia de trato. Sin esa característica común no entra en juego la prohibición de discriminación, por más que la diferencia de trato se considere socialmente injusta y reprobable.

El principio de no discriminación no se activa en situaciones que, aun merecedoras de reprobación ética o moral, están huérfanas de ese reproche jurídico desde el plano de la norma fundamental. El adecuado desarrollo del marco constitucional, sobre el que deben asentarse las bases de la convivencia, requiere poner un especial cuidado en no banalizar el alcance de los derechos fundamentales en general, ni el concepto de discriminación en particular. Por consiguiente, no toda situación de debilidad o vulnerabilidad, o de injusticia social, puede o debe combatirse acudiendo al derecho a la no discriminación. No es este un problema de justicia material, sino de la correcta delimitación del alcance de los derechos fundamentales y, dentro de ellos, de la prohibición de discriminación. Dicho de otro modo, no conviene confundir el legítimo deseo o aspiración de mejorar las condiciones de vida o trabajo con la identificación o apreciación de situaciones de discriminación ante cualesquiera diferencias, ni tampoco sustituir el prejuicio, como rasgo inherente a la discriminación, por el mero perjuicio o daño que pueden acarrear a un individuo no adscrito a un grupo victimizado determinadas medidas o decisiones, cuya constitucionalidad o legalidad podrá valorarse conforme a otros parámetros, pero no necesariamente a partir de la prohibición de discriminación.

Desde un punto de vista dogmático, el principio de no discriminación no puede quedar subsumido en el principio de igualdad formal. Esa subsunción no resultaría particularmente problemática en un escenario donde el listado de causas de discriminación abarcara todas y cada una de las circunstancias «particularmente odiosas». Sin embargo, y como se verá, el catálogo de causas de discriminación ha de ser, por definición, evolutivo y, por ende, nunca hermético. En último término, tampoco conviene olvidar que transformar la prohibición de discriminación en una faceta del principio de igualdad supondría reducir la tutela antidiscriminatoria, porque el test para legitimar diferencias de trato conforme al principio de igualdad (razonabilidad y proporcionalidad) es menos exigente que el diseñado por el TC cuando entra en juego la prohibición de discriminación, toda vez que las diferencias de trato por motivos vedados sólo pueden justificarse excepcionalmente (*v.gr.*, requisito profesional esencial y determinante)<sup>17</sup>, y cuando se justifica la diferencia de trato no se incurre en discriminación, que, como ya se ha indicado, siempre está prohibida<sup>18</sup>.

17 Vid. STC 200/2001.

18 Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., "La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación", *Trabajo y Derecho*, nº 110, 2024.

### 3. LA NATURALEZA EVOLUTIVA DEL LISTADO DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

Como punto de partida, la STC 128/1987 ya advirtió que el art. 14 CE no contempla una «lista cerrada de supuestos de discriminación», aunque las causas allí enumeradas son «circunstancias que, a lo largo de la historia, se han configurado como supuestos paradigmáticos de trato peyorativo o segregado»<sup>19</sup>. Como era previsible, el catálogo actual de causas de discriminación desborda notablemente el elenco inicial diseñado por el constituyente, tanto por la acción de la normativa internacional<sup>20</sup>, como por la del legislador nacional.

En una primera aproximación, sorprende que los listados de causas de discriminación sean heterogéneos, e incluso que en los más completos no se recojan algunas causas que de forma asistemática aparecen en normas cuyo cometido no es, al menos directamente, combatir la discriminación. Centrando la atención en las normas transversales, junto al art. 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, debe mencionarse el art. 2.d) de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, así como también diversos preceptos de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>21</sup>. De este modo, en apenas siete meses vieron la luz tres listados de causas de discriminación no totalmente coincidentes, y que curiosamente tampoco recogen todas las que ya se contemplaban en la legislación precedente (*v.gr.*, sobrepeso u obesidad)<sup>22</sup>. Además, el Real Decreto-ley 5/2023 modificó el art. 4.2.c) ET para precisar que la discriminación por razón de sexo incluye el «trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».

Este marco normativo, disperso y poco aquilatado, obliga a preguntarse qué normas pueden técnicamente incorporar al ordenamiento una causa de discriminación. A tal fin, debe partirse de que la no discriminación es un derecho fundamental<sup>23</sup>, aunque la regulación de desarrollo del art. 14 CE no siga las mismas pautas que las de otros derechos de este rango, al quedar eximida de la exigencia de carácter orgánico<sup>24</sup>. No en vano, así lo sostuvo en los años ochenta el propio TC sobre el argumento de su imposible desarrollo normativo global<sup>25</sup>. En la actualidad, esa tesis de imposi-

19 Cfr. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *El principio de igualdad ...*, op. cit., pág. 74.

20 A modo de ejemplo, vid. art. 14 del CEDH o art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

21 Esta norma no contempla un listado propio de aplicación transversal, pero en sus disposiciones finales modifica varias normas para adaptar los catálogos de causas de discriminación, inclusive los arts. 4.c) y 17 ET.

22 Vid. art. 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

23 Los principios de igualdad y no discriminación son, al mismo tiempo, principios y derechos; vid. STC 91/2019.

24 Vid. SSTC 160/1987 y 116/1999.

25 Vid. STC 76/1983.

bilidad de desarrollo legal general debería reconsiderarse al calor de la extraordinaria expansión de los derechos a la igualdad y no discriminación, y de su vigente regulación legal. La Ley 15/2022 es una buena muestra de que el art. 14 CE sí puede ser objeto de una «regulación o desarrollo normativo con carácter general», aunque se lleve a cabo mediante ley ordinaria<sup>26</sup>. Una reinterpretación del art. 81 CE acorde con la evolución de los derechos fundamentales debería conducir a una exigencia de ley orgánica para desarrollar el art. 14 CE<sup>27</sup>, sin perjuicio de que el art. 53 CE habilite a la ley ordinaria para regular ciertos aspectos de los derechos fundamentales, en concreto el ejercicio, pero con la exigencia de «respetar su contenido esencial»<sup>28</sup>.

Aunque ni el TC ni la legislación antidiscriminatoria se han ocupado de precisar exactamente cuál es el contenido esencial de esos derechos, cabe sostener que el listado de causas enumeradas en el art. 14 CE forma parte del contenido esencial de la prohibición de discriminación. Por consiguiente, se convierten en causas de discriminación aplicables a todas las personas, y no disponibles para el legislador, el «nacimiento», la «raza», el «sexo», la «religión» y la «opinión». Además, la presencia en el art. 14 CE de una cláusula abierta («cualquier otra condición o circunstancia personal o social») imposibilita la formulación por el legislador de un listado cerrado que impida su ampliación por parte del TC. La cláusula abierta del art. 14 CE forma parte del contenido esencial del derecho y disfruta de efecto directo.

En pura dogmática constitucional, si las causas de discriminación, y por tanto la cláusula abierta, forman parte del contenido esencial del derecho, su identificación estaría afectada por la reserva de ley orgánica, al vincularse al ámbito objetivo del derecho y no a las modalidades de ejercicio. Sin embargo, y conforme a la interpretación imperante, el legislador ordinario es competente para incorporar al listado nuevas causas, gracias a la cláusula abierta, cuando identifique una «condición o circunstancia personal o social» susceptible de conducir a la discriminación. Por supuesto, la cláusula abierta no justifica ampliaciones desorbitadas, toda vez que las causas de discriminación deben acomodarse al concepto de discriminación, que exige un estereotipo de carácter grupal o colectivo, socialmente compartido, con cierta tradición y que provoca persecución, segregación y/o marginación.

26 Sin perjuicio de que determinados contenidos pudieran estar sujetos a la reserva de ley orgánica, lo que en ocasiones motiva la aprobación de una ley orgánica específica, como sucedió, en relación con la Ley 15/2022, con la Ley Orgánica 6/2022, aprobada el mismo día (12 de julio) y publicada en el mismo BOE (13 de julio), y que significativamente lleva por título «complementaria de la Ley 15/2022». En cambio, en otras ocasiones el legislador se decantó por tramitar una única ley orgánica, pero la mayor parte de su contenido quedaba al margen de la reserva de ley. Por ejemplo, la DF 2ª de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aclaraba que sólo tres preceptos tenían carácter orgánico, las DDAA primera (presencia o composición equilibrada, sin una razón clara), segunda (modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General) y tercera (reforma de la LOPJ). De este modo, el desarrollo directo del art. 14 CE tenía lugar a través de una legislación no orgánica.

27 En contra, vid. GOÑI SEIN, J.L., "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad", *Justicia&Trabajo*, nº 1, 2022, pág. 8.

28 Vid. SSTC 53/2002 y 86/2017.

Por consiguiente, las causas de discriminación no son atemporales ni universales, sino que se vinculan a diferencias de trato que en un determinado momento y lugar se consideran inaceptables. La discriminación se produce cuando la sociedad ya no tolera la diferencia de trato hacia las personas que por un determinado motivo se adscriben a un colectivo. Las circunstancias y condiciones personales y sociales han sido desde antiguo una fuente de diferencias de trato, que se entienden admisibles hasta que la sociedad cambia su percepción y, a través de la activación de los instrumentos y remedios jurídicos y sociales pertinentes, combate el prejuicio de forma decidida. En consonancia, las tradiciones y características propias de cada país podrían hacer emerger causas de discriminación distintas, porque en la discriminación está implícito un sometimiento de las minorías y/o los vulnerables a los prejuicios de la mayoría y/o los más poderosos. En función de quién asuma esa posición dominante, y de quién quede relegado, las causas de discriminación difieren.

Así pues, el contenido de la prohibición de discriminación se caracteriza por su naturaleza evolutiva, coyuntural y contextual. Los prejuicios sociales no se convierten en discriminación hasta que la sociedad considera intolerables las diferencias de trato basadas en esa causa concreta. En cambio, en tanto que la sociedad contemple con normalidad o sin suficiente grado de reproche una diferencia de trato, la prohibición de discriminación no entrará en juego, precisamente porque esa diferencia no se basará en una circunstancia «particularmente odiosa» (todavía). El carácter odioso depende de contextos y sensibilidades que van transformándose con el paso del tiempo. Los estigmas no son permanentes, ni con frecuencia evidentes. Las circunstancias personales o sociales no discriminatorias en un determinado momento podrían mutar en auténticas causas de discriminación si el prejuicio trasciende de lo puramente individual o anecdótico y se convierte en un prejuicio social o si, simplemente, la sociedad pasa a considerar inaceptables determinadas diferencias de trato que hasta entonces se admitían con relativa normalidad (v.gr., orientación sexual o transexualidad). En todo caso, los prejuicios meramente individuales y no compartidos, como las fobias personales, no se transforman en causas de discriminación en sentido técnico, por más que la diferencia de trato se asiente en una condición o circunstancia personal o social y pueda resultar éticamente reprochable o incluso lesiva de otros derechos.

Llevado al ámbito laboral, una empresa privada, que no está vinculada por el principio de igualdad de manera tan intensa como una administración pública, podría adoptar decisiones basadas en criterios o parámetros totalmente subjetivos<sup>29</sup>, tales como filias o fobias, siempre que respete la regulación legal, convencional y los términos del contrato. En efecto, y como ha clarificado el TC, la aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales «se encuentra sometida a importantes matices»<sup>30</sup>. El art. 14 CE no exige al empleador privado que base sus decisiones en

29 Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente", *Lan Harremanak*, n° 25, 2012, pp. 21-22.

30 Cfr. STC 36/2011.

razones objetivas, en méritos o circunstancias netamente profesionales, sino que, en ejercicio de la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE, el empresario cuenta con un margen de apreciación que le permitiría tomar en consideración elementos o factores reñidos con la eficiencia, e incluso extravagantes, aun cuando pudieran resultar contraproducentes para la buena marcha de la organización. Por ejemplo, y en el contexto de la contratación, el empleador podría priorizar a los candidatos de un determinado color de ojos, simplemente por una cuestión de preferencia personal. *A priori* no se adivina un rasgo común entre las personas cuya exclusión viene producida porque su color de ojos no coincide con la preferencia del empleador. Comoquiera que las personas perjudicadas no comparten una condición o característica común «particularmente odiosa» que puede dar lugar a segregación, la prohibición de discriminación no entraría en juego<sup>31</sup>.

La valoración podría resultar más compleja cuando la empresa privada toma decisiones por razones que se apartan de la capacidad profesional, y que incluso pueden conectar con elementos de carácter esotérico (*v.gr.*, no contratación por circunstancias que la empresa no tolera por razones puramente personales, como el hecho de que la persona candidata hubiera nacido en martes y trece o que su mascota sea un animal que, conforme a ciertas creencias, atrae las desgracias). O, por mantener cierta sintonía con los ejemplos anteriores, una decisión de no contratación que afecta a individuos de un determinado color de ojos, medida que podría sustentarse en muchas razones, como el recuerdo de alguna mala experiencia pasada, o simplemente una fobia irracional. En tales casos, las personas excluidas sí comparten una característica, vinculada al momento de nacimiento, a rasgos físicos o a hábitos de vida, y se adscriben por tanto a un colectivo que sufre una medida adversa a consecuencia de un prejuicio derivado de una circunstancia o condición común.

Aun cuando el art. 14 CE debe desplegar efecto directo también en relación con la cláusula abierta, en modo alguno puede justificar la elevación de cualquier circunstancia personal o social a causa de discriminación, salvo que se desvirtúe completamente el concepto de discriminación. La empresa podría adoptar decisiones, incluso perjudiciales, que tomaran en consideración la apariencia estética de la persona trabajadora, sin que ello conduzca a la entrada en juego de la prohibición de discriminación. En efecto, no es discriminatorio un trato adverso basado en la disconformidad de la empresa con cierta indumentaria o estética (*v.gr.*, *piercings* o tatuajes), porque la apariencia no adscribe *per se* a los afectados a un determinado grupo o colectivo con un rasgo homogéneo. Por supuesto, la conclusión podría ser distinta si la apariencia estética no responde completamente a preferencias personales, sino a la identificación con ciertos movimientos culturales, por ejemplo de índole musical

31 Esas diferencias no resultarían admisibles en el ámbito del empleo público, pero no porque estén vedadas por la prohibición de discriminación, sino por vulnerar el principio de igualdad. En este sentido, vid. STS (Cont-adv) de 20-7-2023 (rec. 745/2022), sobre la necesidad de que la Fiscalía General del Estado atienda a méritos objetivos en la designación de fiscales de sala.

(v.gr., no contratación o despido de una persona que adopta la estética *punk* porque el empleador es amante de la música *heavy*). El prejuicio grupal existe, desde luego, pero esa diferencia de trato únicamente resultará discriminatoria cuando se asiente sobre una circunstancia particularmente odiosa o que genere un perjuicio sistémico y transversal.

A la postre, no todo prejuicio conduce a la discriminación, sino únicamente el estigma social de carácter grupal que genera efectos transversales o globales, inexistentes cuando se trata de un prejuicio individual, de una sola persona con capacidad de actuación limitada y que no va a provocar un trato adverso al grupo o colectivo más allá de un contexto muy concreto y determinado. El trato diferente que no es susceptible de generar por sí mismo victimización o segregación a escala social no incurre en discriminación<sup>32</sup>. Lógicamente, ello no significa que esa clase de decisiones derivadas de la apariencia física o estética —o de otros rasgos o características individuales— sean lícitas, pues podrían vulnerar otros derechos fundamentales (como la intimidad, la propia imagen o la libertad de expresión). Por supuesto, sí incurriría en discriminación la decisión empresarial adversa frente a una apariencia estética o una afición (por ejemplo, tauromaquia) que responda a un prejuicio conectado con creencias religiosas, ideas políticas o sindicales<sup>33</sup>, o incluso a un estereotipo de género<sup>34</sup>.

#### **4. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN: DE SU OMISIÓN TRADICIONAL A LA INCORPORACIÓN AL LISTADO TRAS LA LEY 15/2022**

La enfermedad, el accidente o la IT no han formado parte del elenco clásico de causas de discriminación, porque, en sentido técnico, ninguna de esas tres circunstancias encaja con propiedad en el concepto de discriminación, al carecer de una dimensión grupal y potencialmente segregadora. Es más, ni siquiera han fundamentado hasta ahora prohibiciones específicas de trato diferente en el ámbito laboral, aunque sí en otros sectores<sup>35</sup>. Las personas en situación de IT no configuran una

32 En contra, vid. ÁLVAREZ ALONSO, D., y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Nuevas reflexiones ...", *loc. cit.*, pág. 1035 y ss.

33 Por todas, vid. STEDH *Eweida y otros vs. Reino Unido* (de 15-1-2013, rec. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10) y SSTJUE *Boungaoui y ADDH* (de 14-3-2017, asunto C-188/15), *G4S Secure Solutions* (de 14-3-2017, asunto C-157/15), *WABE y MH Müller Handel* (asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19) y S.C.R.L. (asunto C-344/20).

34 Piénsese en el despido sufrido por una camarera tras las quejas de clientes a causa del vello visible en sus axilas. En abstracto, esa no es una circunstancia que conduzca a la discriminación por sí misma (faltaría el elemento grupal de segregación), y en el ámbito de la hostelería cabría incluso invocar medidas de higiene y salubridad, pero es poco probable que la empresa hubiera recibido quejas y actuado de la misma forma con trabajadores varones; vid. <https://www.elmundo.es/cataluna/2023/08/16/64dc92f3e9cf4a91608b458e.html#>.

35 La "prohibición de discriminación" por enfermedad se contempla en el art. 6.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en los arts. 1.a.bis) y 2.1.b) de la LO 2/2006, de Educación, y en el art. 5.2.i) de la Ley 45/2015, de Voluntariado.

categoría propia u homogénea, porque los riesgos protegidos son muy distintos y no guardan entre ellos identidad de razón. Y tampoco puede apreciarse esa homogeneidad entre accidentados, o entre personas enfermas, sin mayor matización, porque los accidentes o enfermedades pueden provenir de circunstancias diversas y generar consecuencias en modo alguno coincidentes. Por todo ello, ni la enfermedad, ni el accidente, ni la IT son circunstancias personales o sociales con un mínimo de homogeneidad, no concurriendo por tanto la dimensión grupal absolutamente imprescindible para apreciar discriminación.

No es sorprendente, por ejemplo, que hasta la incorporación de la enfermedad al listado de causas de discriminación llevada a cabo por la Ley 15/2022 los tribunales se vinieran decantando por considerar improcedente el despido durante una IT<sup>36</sup>. Esa posición puede resultar socialmente insatisfactoria, o incluso considerarse injusta, porque de algún modo supone priorizar las razones económico-empresariales y culpabilizar al trabajador de su infortunio o, más bien, obligarle a soportar una doble carga o perjuicio, pues a las consecuencias sobre su salud que provoca la contingencia se añade el quebranto que conlleva la pérdida del trabajo. Y son consecuencias que difícilmente se acomodan a la finalidad tuitiva que siempre ha estado en la esencia del Derecho del Trabajo. Sin embargo, por muy reprobable que la decisión empresarial pueda resultar desde una perspectiva ética o de justicia material, lo cierto es que la cuestión no tiene, en términos generales, la trascendencia constitucional que se anuda a un derecho fundamental.

De forma contundente, el TC concluyó que ni el estado de salud ni la enfermedad constituyen, de por sí, causas de discriminación. En el ámbito laboral, en concreto, el estado de salud no se convierte en un criterio de diferenciación «particularmente odioso» o en una circunstancia «sospechosa». No en vano, la capacidad para desarrollar las tareas propias del puesto es un requisito esencial para la celebración del contrato y el empleador puede legítimamente exigir un determinado rendimiento, a la par que aspirar a obtener un beneficio económico de la actividad empresarial que desarrolla<sup>37</sup>.

Ahora bien, esa aproximación general admitía también matices, pues los procesos de IT podrían guardar directa relación con derechos fundamentales y conducir a la nulidad. Esto acontecía, según identificó la jurisprudencia, en cuatro casos concretos. En primer lugar, merecían la consideración de nulos los despidos que respondían

36 Vid. SSTs de 21-9-2017 (rec. 782/2016), de 22-2-2018 (rec. 160/2016), 15-3-2018 (rec. 2766/2016) o 22-5-2020 (rec. 2684/2017).

37 Como advirtió la STC 118/2019, la productividad y la eficiencia del trabajo son intereses de la empresa, constitucionalmente protegidos, que se ponen en riesgo ante determinadas bajas médicas, por más que el legislador, en legítimo uso de las posibilidades que la Constitución le otorga, decidiera eliminar el denominado “despido por absentismo” en 2020. En general sobre la posible vulneración del derecho a la no discriminación en este contexto, vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del «caso Ring»”, *Temas laborales*, 2015, nº 130, pág. 143.

a un estigma con causa en una enfermedad concreta que lleva aparejada un prejuicio que da lugar a segregación por tratarse, en definitiva, de una enfermedad estigmatizadora. En estos casos, la decisión empresarial no vendría motivada por la reducción de capacidad derivada del estado de salud del trabajador, o por el impacto económico que al empleador le generan las ausencias al trabajo o la menor productividad, sino por la singularidad de la concreta dolencia, cuyas características particulares provocan un rechazo —personal y social— que se convierte en la razón prioritaria de la extinción contractual<sup>38</sup>.

Aunque no existe un catálogo de enfermedades susceptibles de causar estigmatización, parece evidente que no toda enfermedad ha de considerarse estigmatizadora. Es más, las patologías o dolencias que en cada momento provocan la segregación del colectivo afectado son susceptibles de variación al calor de la realidad social de cada momento histórico, dependiendo del prejuicio social sobre el alcance de la enfermedad, su posible contagio, su mortalidad, su impacto estético, la afectación sobre las capacidades físicas, mentales o el estado emocional, etc. Dicho de otro modo, los estigmas, al igual que las causas de discriminación, evolucionan socialmente. En el momento presente, no resulta complejo integrar en esta categoría enfermedades como la COVID (especialmente en los primeros momentos de la pandemia), o más ostensiblemente el SIDA/VIH o el cáncer (de hecho, estas últimas han recibido mención legal específica<sup>39</sup>). A buen seguro, también ciertas patologías mentales (*v.gr.*, trastorno bipolar, esquizofrenia, etc.), e incluso trastornos cerebrales (*v.gr.*, epilepsia), podrían encajar sin dificultad en ese concepto.

En segundo lugar, la enfermedad conducía —y conduce— a la discriminación cuando admite equiparación con una discapacidad, en los términos ya consolidados por la doctrina del TJUE<sup>40</sup>. La discriminación emergería de la discapacidad, no de la enfermedad en sí misma, y debe considerarse como discapacidad una enfermedad curable o incurable que «acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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»<sup>41</sup>. Bajo esas premisas, tanto la obesidad<sup>42</sup> como la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos del trabajo<sup>43</sup> podrían constituir una discapa-

38 Vid. STC 62/2008.

39 Vid. art. 209 del Real Decreto-ley 5/2023, que modificó la legislación de seguros y de consumidores y usuarios para incorporar una regla expresa de «no discriminación por razón de VIH/SIDA, por haber padecido un cáncer o por otras condiciones de salud» («olvido oncológico»).

40 Vid. STJUE Chacón Navas (de 11-7-2006, asunto C-13/05) y Ruiz Conejero (de 18-1-2018, asunto C-270/16).

41 Cfr. SSTJUE HK Danmark (de 11-4-2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11) y Milkova (de 9-3-2017, asunto C-406/15).

42 Vid. STJUE FOA (de 18-12-2014, asunto C-354/13).

43 Vid. STJUE Nobel Plastiques Ibérica (de 11-9-2019, asunto C-397/18).

cidad<sup>44</sup>, y no se trataría de un listado cerrado<sup>45</sup>. Este concepto amplio de discapacidad incluye tanto la enfermedad como el accidente que causen una limitación de capacidad duradera<sup>46</sup>.

Por cierto, la discriminación resulta igualmente predicable del despido por bajo rendimiento del trabajador cuando esa menor productividad es debida a la falta de implementación de ajustes razonables<sup>47</sup> (aunque no está claro cuál es el procedimiento y los tiempos para la implementación de esos ajustes en supuestos de IT de larga duración, porque la regulación legal del art. 49.1.n del ET se activa tras el reconocimiento formal de la IP). E incluso se extendió al despido por ausencias al trabajo respecto del cómputo de las bajas que «sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador»<sup>48</sup>. Por supuesto, ello no implica que el despido por ausencias derivadas de enfermedad sea *per se* discriminatorio, ni tampoco que esas ausencias no puedan contabilizarse. El Tribunal únicamente se mostraba contrario a computar las ausencias vinculadas a las enfermedades que cumpliesen las condiciones para ser consideradas como discapacidad.

La tercera vía para conseguir la calificación de nulidad de una extinción contractual que afectaba a un trabajador en IT conecta con el derecho fundamental a la integridad física consagrado en el art. 15 CE<sup>49</sup>. En verdad, este derecho no entraría en juego en situaciones ordinarias, sino que requiere algún elemento de cualificación o de reproche más intenso que colisione con el derecho a la integridad física. De este modo, no es la enfermedad o la IT la circunstancia que en sí misma daría lugar a la vulneración del derecho fundamental, sino un acto empresarial que ponga en riesgo la curación del trabajador o contribuya a agravar su estado, como sucedería, por ejemplo, ante una reincorporación prematura a consecuencia de la amenaza de despido<sup>50</sup>.

Frente a las vías anteriores, cuyo origen directo es la jurisprudencia, el cuarto supuesto de discriminación nace de una interpretación más literal de la normativa laboral (art. 53.4 ET), que se decanta por la nulidad objetiva de los despidos que tienen su causa en el embarazo, el parto o la lactancia, y que alcanza a los que

44 No sucede lo mismo con la diferencia de la condición de «madre subrogante discapacitada para la gestación». Vid. STJUE Z. (de 18-3-2014, asunto C-363/12).

45 El Parlamento Europeo ha defendido que algunas enfermedades terminales han de ser asimismo equiparadas a la discapacidad; vid. Resolución de 15 de septiembre de 2016 sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0360&from=ES>.

46 Vid. STJUE Daouidi (de 1-12-2016, asunto C-395/15).

47 Vid. STJUE Nobel Plastiques Ibérica (de 11-9-2019, asunto C-397/18) y HR Rail (de 10-2-2022, asunto C-485/20).

48 Vid. SSTJUE HK Danmark (de 11-4-2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11) y Ruiz Conejero (de 18-1-2018, asunto C-270/16).

49 MORENO GENÉ, J., "La «política empresarial» de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (Nº Rec. 2943/2021)", *IUSlabor*, nº 3, 2021, pp. 190-191.

50 Vid. STS 31-1-2011 (rec. 1532/2010).

acontecen durante procesos de incapacidad que conectan con esas situaciones. La causa de discriminación no es la enfermedad en sí misma, sino el sexo<sup>51</sup>. La trabajadora embarazada se beneficia durante la gestación de una tutela cualificada que se extiende a los procesos de IT, sea cual sea su causa y conozca o no el empresario la situación de embarazo. En suma, el despido sin causa de una trabajadora embarazada durante una IT no puede ser calificado de improcedente, sino que la ausencia de un motivo válido conduce a la nulidad, se pruebe o no un propósito discriminatorio o segregador<sup>52</sup>.

Asimismo, y a tenor del art. 55.5.a) ET, serán nulos los despidos que se produzcan durante las suspensiones por «enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural». Recibirán esta consideración los despidos que se produzcan en cualesquiera procesos de IT generados por enfermedades causadas por el embarazo o el parto, que persisten tras el parto y que traigan causa directa o indirecta de la maternidad. Así, podrán considerarse nulos los despidos durante la IT generada por una depresión postparto; por enfermedades contraídas a causa del embarazo o agravadas por este y que se mantienen tras el parto (hipertensión, diabetes gestacional persistente, problemas renales, enfermedades de tiroides, etc.); o por las enfermedades contraídas en el alumbramiento que continúan después (por ejemplo, derivadas de avatares propios de la intervención, como reacción a la anestesia, o, en general, complicaciones durante el parto). En la misma línea, la protección se extendería a los procesos de IT por mastitis lactante, por su incontestable vinculación con la gestación y la lactancia natural.

Finalmente, también incurren en discriminación por razón de sexo las decisiones extintivas que traigan causa de procesos de IT originados por violencia de género y violencia sexual (como supuestos de protección cualificada para mujeres víctimas de esa clase de violencia introducidos por las Leyes Orgánicas 1/2004 y 10/2022). E igualmente las producidas a causa de las «situaciones especiales de incapacidad temporal» exclusivamente femeninas, principalmente las recogidas en el art. 169 LGSS tras la LO 1/2023, esto es, la menstruación incapacitante secundaria y la debida a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras se reciba asistencia sanitaria y subsista el impedimento para el trabajo<sup>53</sup>. Ahora bien, esta nulidad, al contrario que la que se anuda a la maternidad biológica, carece de reconocimiento legal específico, aunque en la medida en que sólo puede afectar a mujeres, la discriminación por razón de sexo que permite calificar las decisiones peyorativas como nulas resulta más que evidente, pero no se trataría de una nulidad objetiva<sup>54</sup>.

51 Vid SSTC 17/2007, 62/2007, 74/2008, 92/2008 y 124/2009.

52 STC 92/2008 y 124/2009.

53 La vinculada a la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena queda protegida legalmente por la previsión que alcanza a todo el periodo de gestación.

54 Los arts. 53 y 55 ET fueron reformados después de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, en concreto a través del Real Decreto-ley 5/2023, incorporando nuevos supuestos de nulidad objetiva vinculados a derechos de conciliación.

## 5. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y CONDICIÓN DE SALUD EN LA FASE DE CONTRATACIÓN Y EN EL DEVENIR ORDINARIO DE LA RELACIÓN LABORAL

El estado de salud del trabajador es un factor de indudable interés desde una perspectiva estrictamente económica. Gráficamente, en el deporte profesional ha cobrado carta de naturaleza la expresión «*the best ability is availability*» (la mejor cualidad es la disponibilidad), para reflejar que no es tan importante el talento o el potencial como encontrarse en condiciones de participar en las competiciones o eventos. Un estado de salud frágil del trabajador incrementa las dificultades de organización y los costes económicos para el empleador, que desde luego prefiere trabajadores sanos y vigorosos.

Cabría pensar que esa vertiente económica justifica el interés del empleador por conocer con más detalle el estado de salud del trabajador, y no sólo en el momento presente, sino también hacia el futuro, si fuera posible efectuar pronósticos fiables. En verdad, los avances científicos ofrecen alguna posibilidad en ese sentido, e incluso el empleador podría invocar algunas obligaciones legales para justificar su actuación, como por ejemplo las derivadas de la prevención de riesgos laborales, y en particular la vigilancia de la salud (art. 22 LPRL).

En efecto, las empresas podrían utilizar los reconocimientos médicos con el propósito no sólo de valorar la aptitud del trabajador para desempeñar el trabajo, sino también de conocer otra información que pudiera repercutir en el rendimiento —presente o futuro— del trabajador, o que, en su caso, pudiera generar mayores obligaciones o costes al empleador, por mostrar el trabajador propensión a determinadas patologías. La vigilancia de la salud “laboral” permitiría al empleador conocer información personal muy variada y, desde luego, protegida por el derecho a la intimidad, máxime si revela aspectos que pertenecen a la vida personal del trabajador. Por ejemplo, el empleador podría averiguar por esa vía si el trabajador consume ciertas sustancias adictivas fuera del horario laboral, o si tiene predisposición genética a determinadas enfermedades que, en un plazo más o menos largo, lo convertirán en problemático o económicamente ineficiente.

Sin embargo, los reconocimientos médicos no pueden operar con esa finalidad, máxime cuando el art. 2 de la Ley 15/2022 no sólo ha incorporado la «enfermedad o condición de salud» al listado de causas de discriminación, sino también el «estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos». Además, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos limitan el uso de ciertas facultades por parte del empleador.

No es sólo que el «empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto» durante el proceso de selección (art. 9.5 Ley 15/2022), sino que tampoco puede valerse de los reconocimientos médicos efectuados en el marco de las exigencias de la LPRL para conocer información sensible, pues, como advirtió la OIT hace casi dos décadas, en relación con la obesidad o el consumo de tabaco, es

inherente a los principios de igualdad y no discriminación «que las decisiones sobre el empleo deben basarse en la capacidad de la persona considerada para realizar un trabajo»<sup>55</sup>.

De manera contundente, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, precisó que el reconocimiento médico laboral no es «un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud». El empleador podrá conocer si el trabajador es apto (o no apto), pero no los detalles concretos sobre afecciones o patologías. Esos son datos especialmente sensibles que el empleador no tiene derecho a conocer, y sobre los que tampoco está legitimado para indagar.

El empleador, no obstante, podría tratar de obtener la misma información a partir de otros instrumentos, algunos aparentemente menos invasivos, como la «elaboración de perfiles», que, a tenor del apartado 71 del Preámbulo del RGPD, es un proceso «consistente en cualquier forma de tratamiento de los datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado». En principio, parece una herramienta prohibida por el art. 22.1 del RGPD, pero es una prohibición que no se aplica a situaciones en las que esa práctica resulte «necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento», excepción en la que parece encajar sin dificultad la contratación de un trabajador o la determinación de su mejor acomodo en la organización productiva. La empresa podría elaborar un perfil en el que, a modo de ejemplo, incorporase la expectativa de vida de un trabajador, tomando en consideración factores como los hábitos personales poco saludables o la predisposición genética.

La elaboración de perfiles puede contar con un impacto decisivo en la fase de contratación, e incluso podría ser una razón —aparentemente no válida, pero en todo caso fáctica— para que el empleador se decantara eventualmente por la extinción de la relación laboral. De ahí que esos perfiles supongan «riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables» (apartado 75 del Preámbulo), y su elaboración requiere una evaluación de impacto en materia de protección de datos, como contempla el art. 35.3.a) RGPD,

Sin embargo, la elaboración de perfiles para determinar qué trabajador será más productivo y eficiente no puede considerarse contraria *per se* a ningún derecho fundamental, pues el azar no ha de tener más peso en las decisiones empresariales que un análisis de elementos objetivos. Cuestión distinta es que las conclusiones que

55 Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 56.

se extraigan del perfil sustenten una decisión discriminatoria (*v.gr.*, probabilidad de contraer enfermedades), porque algunas circunstancias —como la mayor o menor esperanza de vida— pueden ser relevantes en la contratación de un seguro, pero no deberían tener mayor interés en la relación laboral, máxime en un contexto en el que tradicionalmente ha primado la contratación temporal y de corta duración.

La elaboración de perfiles, en suma, no está prohibida en el ámbito laboral, porque encaja en la excepción del art. 22.2.a) del RGPD, pero sí está sujeta a notables limitaciones cuando afecte a derechos fundamentales. En este sentido, los datos sanitarios son especialmente sensibles y están protegidos por el derecho a la intimidad. El empleador no tiene derecho a conocer determinada información personal del trabajador, como si padece o no una enfermedad, ni tampoco el grado de predisposición genética a sufrirla, porque más allá de lo que derive de la prevención de riesgos laborales, difícilmente contará con un interés legítimo<sup>56</sup>. Una decisión peyorativa en el ámbito laboral por esas circunstancias incurriría en vulneración de un derecho fundamental, bien la prohibición de discriminación, bien otro derecho de esa naturaleza, como la intimidad.

Por razones similares, las facultades empresariales tampoco pueden desplegarse en su máxima potencia cuando el propósito consiste en averiguar hábitos poco saludables del trabajador. El ordenamiento no admite una sanción por la conducta netamente extralaboral del trabajador que no repercuta en el trabajo, pues supone una extralimitación por vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Sin embargo, en la práctica han sido razonablemente habituales las sanciones por consumo de drogas incluso fuera del contexto laboral. Con carácter general, esas sanciones han de considerarse nulas, por vulneración del derecho a la intimidad, pero se encuentran excepciones en aquellos casos en los que el empleador pudiera demostrar un interés legítimo, como la afectación a la imagen de la empresa —*v.gr.*, trabajador que realiza determinadas conductas vistiendo el uniforme<sup>57</sup>—, o la peligrosidad de la actividad, pues se han permitido controles de consumo de alcohol o drogas a los trabajadores en escenarios como una central nuclear<sup>58</sup>. En cualquier caso, no se trataría propiamente de una medida tomada por razón del estado de salud del trabajador, sino más bien de una decisión que la empresa adopta para proteger su imagen y reputación.

Con carácter más general, la nueva formulación de las causas de discriminación a partir de la Ley 15/2022 permite considerar discriminatorias decisiones que se basan no tanto en el estado de salud actual y probado, sino también en posibles patologías potenciales, más o menos probables, por el juego combinado de las referencias a la «enfermedad», a la «condición de salud», al «estado serológico» y a la «predisposición

56 Vid. BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 160-161.

57 Vid. LOY, G., «El dominio ejercido sobre el trabajador», en *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2005, pág. 76.

58 Vid. Decisión de admisibilidad TEDH *Wretlund vs. Suecia* (de 9-3-2004, recurso 46210/99). Igualmente proporcionales se consideran esos controles realizados a la tripulación de barcos en la Decisión de admisibilidad TEDH *Madsen vs. Dinamarca* (de 7-11-2002, recurso 58341/00).

genética a sufrir patologías y trastornos». De este modo, resulta ya evidente que el empleador no puede tomar una decisión laboral peyorativa —sea en el momento de la contratación o en otro ulterior— sobre la base, por ejemplo, del riesgo, detectado a partir de reconocimientos médicos o del historial previo, de que el trabajador pueda sufrir una enfermedad o una merma de sus condiciones físicas.

Más dudosa resulta, sin embargo, una decisión de esa índole basada en un test psicológico en el que se concluya que el trabajador muestra tendencia a la agresividad y al conflicto. Dejando al margen que el trabajador pudiera padecer una patología o un trastorno en sentido técnico, las concretas características del puesto de trabajo convierten en relevante el carácter del trabajador —*v.gr.*, miembros de equipos de trabajo, especialmente si están sometidos a presión por resultados—, de modo que podría convertirse en un elemento lícito para la valoración de la aptitud.

En fin, conviene recordar que la vulneración de un derecho fundamental no sólo se produce por motivos de fondo, sino también en su caso por los medios de indagación empleados para conocer el estado de salud del trabajador. Prescindiendo en este momento de los reconocimientos médicos, las nuevas tecnologías ofrecen cada vez más posibilidades. En concreto, los denominados *wereables* son aparatos tecnológicos diseñados como prendas de vestir (pulseras o relojes inteligentes) y que pueden captar y registrar datos relativos a la salud (frecuencia cardiaca, tensión arterial, calidad del sueño, saturación de oxígeno, nivel de estrés, etc.). Sin unos adecuados límites, el empleador podría acceder a datos que pertenecen a la esfera más íntima del trabajador, lo que constituiría, como regla general, una intromisión ilícita contraria a un derecho fundamental<sup>59</sup>.

## **6. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO EN INCAPACIDAD TEMPORAL: LAS PRIMERAS REACCIONES TRAS LA LEY 15/2022**

La doctrina jurisprudencial que defendía la improcedencia del despido en IT, con excepción de los cuatro supuestos de nulidad indicados en un epígrafe anterior por su reconducción a una causa de discriminación, parecía consolidada. Sin embargo, la Ley 15/2022 ha permitido cuestionarla al introducir un catálogo de causas de discriminación que incluye expresamente la «enfermedad o condición de salud», el «estado serológico» y la «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos». Todas ellas pueden repercutir, de un modo u otro, en la calificación del despido durante la IT. Es cierto que el legislador laboral no las ha incorporado expresamente a los arts. 4.1.c), 17.1, 53 y 55 ET, pese a haber tenido oportunidad de hacerlo, tanto con la Ley 4/2023, como con el Real Decreto-ley 5/2023 (o con la LO 10/2022), pues a través de esas normas se actualizó el catálogo de causas de discriminación del ET. Sin embar-

59 Vid. RECIO GAYO, M., "Nuevo dictamen del GT29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo", en AA.VV., *Especial protección de datos. Guía para afrontar la nueva regulación*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018 ([www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)).

go, la Ley 15/2022 cuenta con efectos transversales y se extiende al ámbito laboral sin lugar a duda (art. 3).

En ese nuevo marco normativo, se ha cuestionado si el despido producido durante la IT debe considerarse nulo por discriminación<sup>60</sup>. Mientras que la doctrina científica se muestra mayoritariamente partidaria de la nulidad<sup>61</sup>, los tribunales de instancia y suplicación no mantienen por el momento un criterio uniforme, aunque cabe apreciar cierta preferencia por la nulidad. Algunos insisten en que esta nueva norma no ha provocado una variación significativa en la calificación del despido en IT<sup>62</sup>, pero son minoría. Parece abrirse paso, cada vez con mayor fuerza, la tesis de la nulidad del despido por enfermedad/IT, y las eventuales discrepancias conectan con aspectos más colaterales, como el carácter automático u objetivo de esa nulidad, la asunción de la carga probatoria o la viabilidad de obtener una reparación adicional por vulneración de derechos fundamentales, a los que se dedicará la oportuna atención en un epígrafe posterior. En líneas generales, estas nuevas orientaciones suponen que el despido sin causa de un trabajador en IT, o el que está basado meramente en la conveniencia económica, o incluso el desistimiento empresarial durante el período de prueba<sup>63</sup>, habrían de considerarse actos nulos, y no improcedentes.

La argumentación se construye a partir de la expresa referencia legal a la enfermedad, que se eleva a causa específica y autónoma de discriminación, sin necesidad de conectarla con la discapacidad, ni con ningún otro derecho fundamental,

60 Se ha discutido incluso la eventual aplicación retroactiva de la norma a despidos producidos antes de su entrada en vigor; vid. SSTSJ de Cataluña de 5-12-2022 (rec. 5285/2022), de Madrid de 16-11-2022 (rec. 879/2022), de Asturias de 15-11-2022 (rec. 2066/2022) y de Castilla y León (Valladolid) de 27-3-2023 (rec. 2791/2022).

61 Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva. La ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación", *Revista crítica de relaciones de trabajo*, nº 4, 2022, pág. 39; "La Ley 15/2022 ...", *loc. cit.*, pp. 19 y ss.; CABEZA PEREIRO, J., "La discriminación por enfermedad en el despido", *Revista de Derecho Social*, nº 102, 2023, pp. 37 y ss.; BALLESTER PASTOR, I., "La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales", *RGDTSS (iustel)*, nº 64, 2023; AGUSTÍ MARAGALL, J., "La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía", *Jurisdicción social*, nº 235, 2022, nº 235, pp. 18 y ss.; CORDERO GORDILLO, V., "El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Lex Social*, vol. 13, núm. 1, 2023, pp. 16 y ss.; MORENO GENÉ, J., "La calificación del despido del trabajador enfermo tras la Ley 15/2022: Valoración de los primeros pronunciamientos judiciales", *RGDTSS (iustel)*, nº 64, 2023; TERRADILLOS ORMAETXEA, E., "Discriminación por enfermedad", *Noticias CIELO*, nº 11, 2022; GRAU PINEDA, C., "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación", *FEMERIS*, Vol. 8, nº 2, 2023, pp. 46-48; LOUSADA AROCHENA, J.F., "Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo", accesible en <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo#64d876a43f73e>.

62 Vid. STSJ de Asturias de 14-2-2023 (rec. 2636/2022) y SSJS nº 1 de Mieres de 14-2-2023 (procedimiento 48/2023) y nº 5 de Valladolid de 31-3-2023 (procedimiento 634/2022) y 2-5-2023 (procedimiento 697/2022).

63 Vid. STSJ de Baleares de 24-1-2023 (rec. 407/2022).

lo que conduce a la obsolescencia de la jurisprudencia hasta ahora imperante. En esta línea, resulta irrelevante la duración de la enfermedad y las limitaciones que eventualmente pudiera ocasionar para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones<sup>64</sup>. Es más, se extiende la nulidad incluso a la IT derivada de accidente (no de enfermedad en sentido estricto)<sup>65</sup>, sobre la base de que la norma alude también a la condición de salud y esta puede equipararse a la enfermedad.

Esta doctrina judicial concluye que el despido basado en la enfermedad del trabajador, cualquier enfermedad, y por extensión en la IT, sea cual sea su origen, debe calificarse como nulo, sin necesidad de conectar la decisión empresarial con enfermedades estigmatizadoras o con otras causas de discriminación, como la discapacidad o el sexo, u otros derechos fundamentales, como la integridad física. Ahora bien, la enfermedad/IT se convertiría en una causa de nulidad sin protección cualificada, pues no se configuraría como un supuesto de nulidad objetiva a falta de previsión legal en ese sentido<sup>66</sup>.

Se requiere por tanto la acreditación de un panorama indiciario que invierta la carga de la prueba, lo que obligaría al empresario a probar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a la vulneración de un derecho fundamental<sup>67</sup> (art. 30.1 de Ley 15/2022 y art. 181.2 LRJS<sup>68</sup>). En este nuevo contexto se abren dos posibilidades interpretativas, toda vez que, a partir de los principios *pro operario* y de máxima efectividad de los derechos fundamentales, podría defenderse que la propia situación de IT configura un panorama indiciario suficiente, pero también cabe entender que se requiere algún esfuerzo probatorio adicional. Esta última es la opción que parece prevalente hasta el momento en la doctrina judicial, que exige al trabajador algún otro elemento o indicio que permita generar un panorama discriminatorio<sup>69</sup>, conectando con las circunstancias que rodean la decisión empresarial o con la verosimilitud de la causa que se alega en la carta de despido<sup>70</sup>. Se produce, así pues, una inversión probatoria contextualizada<sup>71</sup>, pero no centrada en la prueba de la discriminación en un sentido clásico, sino más bien en que la decisión empresarial no cuenta con una causa distinta al coste económico que supone la IT. Es lo que se ha dado en llamar «test de la enfermedad»<sup>72</sup>, que entra en juego en

64 Por todas, vid. STS de 15-3-2018 (rec. 2766/2016).

65 Vid. STSJ de Cataluña de 3-2-2023 (rec. 5427/2022) y SJS nº 1 de Granada de 15-2-2023 (rec. 753/2022).

66 En este sentido, vid. STSJ de Asturias de 23-5-2023 (rec. 598/2023).

67 Vid. SSTC 29/2002, 30/2002, 17/2003, 342/2006 o 17/2007, entre muchas otras.

68 Vid. STSJ Galicia de 8-6-2023 (rec. 1322/2023).

69 Mostrándose más estricto en la apreciación de la entidad de esos indicios discriminatorios, vid. STSJ Comunidad Valenciana de 16-5-2023 (rec. 303/2023).

70 Vid. STSJ de Asturias de 23-5-2023 (rec. 598/2023).

71 La STSJ Madrid de 30-6-2023 (rec. 275/2023) admite la propia duración de la baja como indicio contextualizado.

72 Vid. STSJ de Madrid de 10-5-2023 (rec. 118/2023).

situaciones de IT para determinar si la decisión empresarial ha tenido como móvil la enfermedad misma<sup>73</sup>.

Cuando se produce ese desplazamiento de la carga queda por precisar qué prueba ha de aportar la empresa para eludir la calificación de nulidad. A tenor de los arts. 30.1 Ley 15/2022 y 181.2 LRJS, esa prueba debe consistir en una «justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Comoquiera que esta causa de discriminación no conduce a la nulidad objetiva, no cabe exigir prueba de la procedencia del despido, y por ello la doctrina judicial ha optado por distinguir dos situaciones. En primer término, el despido por causa insuficiente, esto es, un despido que se asienta en motivaciones distintas a la enfermedad o a la IT, pero que por la propia causa o por la prueba no puede alcanzar la consideración de procedente<sup>74</sup>. En este escenario no se justifica la calificación de nulidad, al no haberse vulnerado un derecho fundamental, de modo que la ausencia de causa conduciría a la improcedencia. El segundo de los escenarios se origina ante un despido por causa torpe y ausente de fundamento alguno, que conduce a la nulidad porque la verdadera razón de la decisión empresarial es la enfermedad/incapacidad temporal<sup>75</sup>, y el carácter autónomo de la enfermedad como causa de discriminación permite a esta doctrina judicial modificar la clásica declaración de improcedencia<sup>76</sup>.

En el fondo, estas nuevas orientaciones se fundamentan en la insatisfacción que supone, desde la perspectiva de los pilares y principios del Derecho del Trabajo, que el perjuicio económico que sufre el empresario prevalezca sobre la estabilidad en el

73 Por ejemplo, un cambio de opinión del empleador tras conocer la IT. El desconocimiento del empleador acerca del estado de salud del trabajador es de todo punto decisivo, e impediría calificar el despido como nulo; vid. STSJ Castilla y León, Valladolid, de 19-6-2023 (rec. 877/2023).

74 Prescindiendo de supuestos fraudulentos en los que el empleador pretendiera enmascarar su verdadera motivación, encajarían en esta categoría los despidos disciplinarios en los que concurriera un incumplimiento del trabajador, pero no de la suficiente gravedad (v. gr., realización de actividades pretendidamente incompatibles con la baja médica) [SJS nº 3 de Pamplona de 4-4-2023 (procedimiento 738/2022)], o los despidos por causas objetivas, incluso económicas, en los que no se logra aportar prueba suficiente que justifique la amortización del puesto. No basta con alegar una causa ajena a la discriminación, sino que debe probarse la realidad del motivo, aunque no alcance la suficiente entidad como para convertir el despido en procedente; vid. SJS nº 3 de León de 18-5-2023 (procedimiento 124/2023).

75 Vid. SSJS nº 3 de Pamplona de 4-4-2023 (procedimiento 132/2023), en la que el empleador no alegó causa para el cese, o nº 1 de Gijón de 15-11-2022 (procedimiento 467/2022), que declara la nulidad de la extinción injustificada de una trabajadora de baja por IT cuando va a ser operada, probándose que el empleador manifestó la intención de volver a contratarla cuando se restableciera.

76 Aun cuando el móvil de la decisión empresarial sea la enfermedad o condición de salud, no cabría declarar la nulidad, ni aparejar esas otras consecuencias adicionales, cuando la diferencia de trato deriva de una «disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla» (art. 4.2 de la Ley 15/2022), ni tampoco cuando la «extinción del contrato viene exigida por el proceso de tratamiento de la enfermedad, o por las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades o por limitaciones exigidas por razones de salud pública» (art. 2.3 de la Ley 15/2022).

empleo<sup>77</sup>. Son argumentos sustentados principalmente en razones de justicia material, pero que no encuentran acomodo en la dogmática jurídica, como se desarrollará a continuación.

## **7. REALIDADES Y ESPEJISMOS EN LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN IT: LA (VOLUNTARISTA) CONFUSIÓN ENTRE PREJUICIO Y PERJUICIO**

Tanto la doctrina judicial como la académica parecen apostar mayoritariamente por la nulidad del despido del trabajador en IT tras la Ley 15/2022. Sin embargo, esa conclusión no encuentra fácil encaje en el tenor literal de esa Ley, ni en el vigente del ET, ni tampoco en el concepto mismo de discriminación, a salvo de que se defienda que se ha producido un cambio de paradigma, lo que conllevaría una trivialización de la prohibición de discriminación, que no parece haber estado en la voluntad del legislador. De una evaluación sosegada del marco constitucional, del desarrollo legal del art. 14 CE y de la normativa laboral se deduce con nitidez que el legislador no ha alterado, ni consciente ni inconscientemente, el régimen jurídico de la calificación del despido durante la IT<sup>78</sup>.

La discriminación supone un trato peyorativo derivado de una circunstancia personal o social con dimensión grupal, de modo que los individuos que forman el grupo comparten un rasgo homogéneo susceptible de provocar segregación. A partir de esa premisa, la IT no puede considerarse una causa de discriminación, y por eso no aparece en ninguno de los listados, ni en los más clásicos, ni en los más modernos, ni en los más generales, ni en los específicamente laborales. Tampoco cabe sostener que el hecho de que el trabajador esté impedido para el trabajo mientras recibe asistencia sanitaria merezca la consideración de «circunstancia o condición personal o social» susceptible de encajar en la cláusula abierta del art. 14 CE. En verdad, la ausencia temporal de condiciones físicas y/o psicológicas para trabajar por prescripción médica es el único elemento homogéneo entre las personas que se encuentran en IT, porque esa situación puede originarse a resultas de una enfermedad, cualquier enfermedad, o un accidente, de todo tipo, o incluso derivar de un período de observación para valorar el riesgo de contraer una enfermedad profesional (art. 169 LGSS). Teniendo en cuenta además que la duración de las dolencias o patologías puede diferir y que no es posible vincular en abstracto la decisión peyorativa con otros factores (sexo, raza, religión, etc.), las personas en IT no comparten un rasgo común significa-

77 Vid. STSJ Madrid de 12-7-2023 (rec. 408/2023).

78 Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "La ley integral para la igualdad: un frágil ...", *loc. cit.*, pág. 108; CANO GALÁN, Y., "La calificación del despido por discapacidad, enfermedad o condición de salud tras la Ley 15/2022, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Trabajo y Derecho*, nº 105, 2023; AGUILERA IZQUIERDO, R., *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, 2023, págs. 33 y ss.; ASQUERINO LAMPARERO, M.J. "La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Temas laborales*, nº 165, 2022, pp. 178 y ss.

tivo que dé lugar a un prejuicio que permita configurar un grupo social susceptible de victimización o segregación<sup>79</sup>.

La nulidad del despido durante la IT se encuentra con obstáculos incluso dentro del concreto marco de la Ley 15/2022, toda vez que la norma alude a «enfermedad» y a «condición de salud». La referencia a la enfermedad derivaría en la nulidad de toda decisión peyorativa, incluido el despido, que tuviese como motivo precisamente la enfermedad, se produjese o no durante la IT. Pero esta referencia no permitiría extender la consecuencia de nulidad a los procesos de IT derivados de accidente (común o laboral). No cabe salvar el obstáculo aferrándose a la referencia a «condición de salud», entendiendo esta como cualquier alteración de la salud, aun originada por un accidente. Técnicamente, la expresión «condición de salud» no es equivalente a estado de salud, ni a afección o enfermedad<sup>80</sup>, pese a que en ocasiones se utilice equivocadamente en ese sentido por similitud con la expresión anglosajona «*condition*».

Médicamente, la condición de salud es una circunstancia que afecta a un proceso, en el sentido de que puede resultar decisiva para el origen o agravación de una patología. El tabaquismo, la hipertensión, la colesterolemia, las alergias o el sobrepeso serían condiciones de salud. La Ley 15/2022 convertiría en discriminatorios, por ejemplo, los tratos peyorativos a fumadores, pero no por el hecho mismo de ser fumadores, sino porque esa condición pueda derivar potencialmente en otras patologías (v.gr., mayor riesgo de cáncer)<sup>81</sup>, y con ello generar un efecto de segregación social/laboral para esas personas. En este contexto, la Ley 15/2022 refuerza el paradigma clásico de la prohibición de discriminación, entendida como neutralizadora de prejuicios sociales, y por evolución ha identificado nuevas circunstancias odiosas. En todo caso, esta imposibilidad de equiparar condición de salud y alteración/estado de salud desactiva la tesis de la nulidad del despido en IT cuando el proceso deriva de accidente, lo que, por otra parte, resulta plenamente coherente con la ausencia de referencia a la IT en los arts. 53 y 55 ET.

Aun cuando se descarte la nulidad del despido derivado de accidente, cabría seguir defendiendo la nulidad cuando la IT tiene su origen en una enfermedad, sobre la base de que, en el estado actual de la sociedad, la enfermedad se habría convertido en una circunstancia personal particularmente odiosa susceptible de incorporación al catálogo a partir de una interpretación evolutiva de la cláusula abierta del art. 14 CE (en contra del criterio sentado por la STC 62/2008). Sin embargo, ello supon-

79 A modo de ejemplo, una persona que sufre una gripe, otra que se somete a una operación de cirugía ocular para eliminar la miopía y una tercera que se tuerce un tobillo no comparten una condición o circunstancia personal o social que justifique la entrada en juego de la prohibición de discriminación.

80 Así lo afirma la Real Academia Nacional de Medicina de España, y se recoge en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud; vid. <https://www.ranm.es/terminologia-médica/recomendaciones-de-la-ranm/4704-condicion-no-es-enfermedad.html> y [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445\\_spa.pdf](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf).

81 Vid. CORDERO GORDILLO, V., "El despido de ...", *loc. cit.*, pp. 17-18; CANO GALÁN, Y., "La calificación del despido ...", *loc. cit.*

dría ignorar conscientemente el concepto de discriminación. Las enfermedades, en sí mismas, no dan lugar a situaciones homogéneas y comparables, porque pueden provenir de orígenes muy distintos, provocar alteraciones de capacidad heterogéneas y su duración e intensidad no tienen por qué coincidir. Por tanto, la enfermedad, en un sentido genérico y sin ninguna precisión adicional, no puede erigirse en causa autónoma de discriminación, al no poder asociarse a un grupo o colectivo susceptible de victimización o segregación.

Además, el despido durante la IT, en términos generales, no responde a la idea de marginación, segregación, prejuicio o estigma sobre el que se construye nuestro concepto de discriminación, sino que deriva del daño económico y organizativo que provoca al empleador, daño que la STC 62/2008 había considerado digno de tutela constitucional. Se puede discutir si, en ese conflicto de intereses marcadamente económico que envuelve la IT, la balanza ha de inclinarse a favor de la empresa o de los empleados, pero la eventual prioridad de los intereses de la persona trabajadora y de la consiguiente protección del empleo [recuérdese la derogación del art. 52.b) ET], no se canaliza a través de la prohibición de discriminación, porque el daño que sufre quien pierde su empleo cuando no está en condiciones físicas o psíquicas de prestar servicios no deriva de un prejuicio o un estigma. Eso no significa que la decisión extintiva en estos casos no merezca reproche, sino que la consecuencia no será la propia de una lesión de un derecho fundamental (la nulidad), sino la ordinaria que nuestro sistema prevé, esto es, la improcedencia.

No se encuentra ninguna evidencia de que la Ley 15/2022 haya pretendido modificar el paradigma de tutela frente a la discriminación. Más bien al contrario, las bases dogmáticas sobre las que se sustenta el concepto de discriminación no se han alterado, de modo que lo determinante es el prejuicio, y no la entidad del perjuicio. Un eventual cambio de modelo no compete al legislador (ni orgánico, ni ordinario) al desarrollar el art. 14 CE, pues supondría desmantelar el contenido esencial del derecho a la no discriminación, al banalizarlo en un grado tal que lo vaciaría por completo de contenido.

La prohibición de discriminación, conviene insistir, trata de erradicar un trato peyorativo derivado de una circunstancia que genera un prejuicio de tal intensidad que conduce a la marginación o segregación de una persona/grupo, y no por su comportamiento, actitud o los daños que pueda(n) causar, sino por motivos, incluso irracionales, que la sociedad no está dispuesta a tolerar. El despido en IT no se basa en el prejuicio, ni hacia una persona ni hacia un colectivo —salvo concurrencia de otras circunstancias encubiertas que conduzcan a la discriminación indirecta—, sino que es el resultado de un análisis de rentabilidad en atención al perjuicio económico que afronta la empresa, pues durante la suspensión contractual ha de mantener la cotización a la seguridad social y, eventualmente, abonar las mejoras voluntarias, amén de asumir los costes de gestión de la sustitución. Por consiguiente, el despido del trabajador en situación de IT es un despido por razones principalmente económicas, y no por motivos de salud o por circunstancias personales o sociales. Es un despido

que deriva de un análisis sobre el coste y el beneficio de mantener vigente un contrato cuando el abono de la indemnización por despido improcedente se proyecta menos gravoso que la asunción de las obligaciones económicas durante la ausencia del trabajador.

Conviene traer a colación la muy ilustrativa STS de 29-1-2001<sup>82</sup>, que, partiendo de la distinción constitucional entre los principios de igualdad y no discriminación, advertía que las diferencias de trato por enfermedad en el ámbito laboral no pueden considerarse sin más discriminatorias, y no dan lugar a la nulidad del despido, sino a la improcedencia, porque la «enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación». En ausencia de dicho elemento, el eventual despido del trabajador en IT debe considerarse como una «medida de conveniencia de la empresa», que no se asienta en una causa lícita, pero tampoco merece el reproche asociado a la apreciación de discriminación cuando la decisión empresarial está basada en los «periodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador»<sup>83</sup>. Este criterio jurisprudencial conserva plena vigencia, puesto que dogmáticamente se ajusta con precisión al concepto de discriminación. La incorporación de la enfermedad al catálogo de causas de discriminación tras la Ley 15/2022 no altera esa conclusión<sup>84</sup>.

Desde luego, el legislador podría haber incluido expresamente nuevos motivos de nulidad aparejados al estado de salud. Es más, podría incluso establecer de forma explícita que el despido en situación de IT es nulo, pero de hacerlo (y no lo ha hecho, a diferencia de etapas anteriores)<sup>85</sup>, no se trataría de una nueva causa de discriminación en desarrollo directo del art. 14 CE.

En tanto el legislador no declare explícitamente la nulidad, cabe distinguir tres posibles situaciones. En primer lugar, el despido ordinario de un trabajador en IT motivado por el impacto económico que para el empleador suponen sus ausencias, con

82 Rec. 1566/2000. El criterio se mantiene posteriormente en la STS de 27-1-2009 (rec. 602/2008).

83 Vid. STS de 11-12-2007 (rec. 4355/2006).

84 En contra, vid. GOÑI SEIN, J.L., "La Ley 15/2022 ...", *loc. cit.*, pp. 19 y ss. No obstante, debe tenerse presente que no cabe la comparación entre trabajadores enfermos y no enfermos, sin mayor precisión, y se requiere algún elemento más que proporcione homogeneidad, porque la diferencia de trato no está basada en la enfermedad, sino en la menor productividad y el perjuicio económico que sufre la empresa. De lo contrario, «se estaría confundiendo la discriminación con la injusticia, lo que implicaría una banalización de la tutela antidiscriminatoria, al diluir su dimensión necesariamente grupal en la perspectiva puramente individualista del principio de igualdad formal»; cfr. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "La ley integral...", *loc. cit.*, pág. 107.

85 Esta opción legal no es contraria tampoco al art. 6 del Convenio nº 158 OIT, ni a otros compromisos internacionales, inclusive aunque se hubiera mantenido el despido por absentismo, como puso de manifiesto la STS de 6-7-2023 (rec. 3501/2022).

independencia de la contingencia, del grado de precariedad del estado de salud o del pronóstico de curación más o menos incierto. En ese contexto, el despido será ilícito, porque no se encuentra justa causa de despido objetivo, pero esa ilicitud se traducirá en la declaración de improcedencia, no de nulidad, salvo que se pruebe la conexión con un derecho fundamental. En cambio, y como segundo supuesto, el despido en situación de IT merecerá sanción de nulidad si la decisión extintiva no deriva del mero perjuicio económico, sino que responde a la dolencia específica padecida por el trabajador (enfermedad estigmatizadora o que genere una limitación a largo plazo equiparable a la discapacidad), desemboca en una discriminación por razón de sexo, o bien se enmarca en un escenario que pudiera encajar en los estrictos contornos del derecho fundamental a la integridad física.

El tercer escenario se refiere exclusivamente a los despidos que gozan de la protección reforzada de la nulidad objetiva, esto es, los que afectan a una trabajadora en IT originada por enfermedades causadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural. Los arts. 53.4 y 55.5 ET declaran nulo el despido sin margen para la contestación empresarial<sup>86</sup>. Este es el único supuesto que se beneficia de esta protección cualificada, pues, de forma ciertamente incomprensible, la nulidad objetiva no parece extenderse a otras situaciones de IT que exclusivamente afectan a las mujeres, como se desarrolló en el epígrafe 4.

## **8. EFECTOS COLATERALES DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO: NULIDAD OBJETIVA, INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA E INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

La efectividad de la protección frente a la discriminación exige articular una adecuada «tutela judicial y resarcitoria»<sup>87</sup>. La entrada en juego de un derecho fundamental conlleva una protección reforzada en forma de ventajas procesales como la inversión de la carga de la prueba y una reparación más sofisticada, no sólo gracias a la readmisión obligatoria, sino también a la indemnización adicional. Se trata de consecuencias que únicamente tendrán lugar en alguno de los cuatro supuestos que conducen a la nulidad, y no en todos los casos de despido durante la IT, a salvo, claro está, de que finalmente se imponga la tesis que defiende la nulidad de todo despido en IT.

86 Esa tutela objetiva, que parte de la STC 92/2008, supone que el despido o bien es nulo o bien procedente (cuando se acredite «suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida»), y no cabría declarar la improcedencia, sino la nulidad, aun cuando el empleador no conociera en el momento de despedir a la trabajadora que se encontraba en estado de gestación. Por todas, vid. SSTS de 17-10-2008 (rec. 1957/2007), de 6-5-2009 (rec. 2063/2008), de 18-4-2011 (rec. 2893/2010), de 25-1-2013 (rec. 1144/2012) y de 14-1-2015 (rec. 104/2014).

87 Cfr. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., "Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022", *FEMERIS*, Vol. 8, nº 2, 2023, pág. 23.

No obstante, a partir del concepto constitucional de discriminación ese tipo de despidos ha de seguir siendo considerado, por lo general, como improcedente, lo que repercute, en primer término, sobre las reglas de la carga de la prueba. Obviamente, no se puede exigir a la persona despedida, en su condición de demandante, la prueba de la verdadera razón que motiva la decisión empresarial. Prescindiendo ya de que en muchos casos estaríamos en presencia de una prueba diabólica, la empresa es la que se encuentra en condiciones de ofrecer las razones en la carta de despido. En modo alguno ello es sinónimo de que la situación de IT en el momento del despido implique una inversión de la carga de la prueba, pues la IT no constituye *per se* un indicio de discriminación. Por consiguiente, la alegación de que el despido se produjo tras una o varias ausencias debidas a enfermedad o accidente no implica, desde una perspectiva procesal, que la empresa esté obligada a demostrar que la decisión fue ajena a móviles discriminatorios<sup>88</sup>.

La inversión, prevista explícitamente en el art. 30.1 Ley 15/2022<sup>89</sup>, se produciría cuando la persona despedida presentase un panorama indiciario de vulneración de un derecho fundamental, vinculado a una enfermedad estigmatizadora, al derecho a la integridad física, a una situación de IT con especial afectación a las mujeres, o bien cuando se trate de una IT que provoque una limitación o una barrera de larga duración equiparable a la discapacidad<sup>90</sup>. Ahora bien, ni siquiera en estos casos la inversión de la carga de la prueba exigiría a la empresa probar un hecho negativo (la inexistencia de un motivo discriminatorio), sino que bastará con acreditar que la decisión responde a una razón completamente ajena a la alegada vulneración de derechos fundamentales, y de entidad suficiente para no esconder un ánimo discriminatorio<sup>91</sup>. Dicho de otro modo, la empresa no ha de acreditar la procedencia del despido (salvo en los casos tasados de nulidad objetiva ligada a la maternidad biológica), sino que la causa, aun cuando no alcance para la licitud extintiva, no guarda relación con el móvil discriminatorio.

En defecto de esa prueba se apreciará la causa discriminatoria, y con ello la nulidad del despido llevará aparejada una indemnización adicional por vulneración de un derecho fundamental, que ha de incorporar el daño moral, porque así viene estable-

88 A tenor de la jurisprudencia, «las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social» y «no cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente»; cfr. STS de 22-5-2020 (rec. 2684/2017).

89 Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., "Garantías judiciales ...", *loc. cit.*, pp. 26-27.

90 Aunque todavía no existe doctrina unificada sobre el particular, cabe sostener que la incapacidad temporal de larga duración es la que alcanza o supera el año, pues esa es la duración máxima ordinaria de la incapacidad temporal (sin perjuicio de la posible prórroga de seis meses, a criterio del INSS); vid. STSJ de Madrid de 13-2-2023 (rec. 901/2022), sobre despido objetivo en IT de larga duración, en la que se reconoce una indemnización de 15.000 € por daño moral en la lesión del derecho fundamental.

91 Vid. STC 87/1998.

cido tanto en el art. 183 LRJS como en el art. 27 Ley 15/2022<sup>92</sup>. Nótese, además, que esta indemnización no es completamente automática, esto es, la presunción legal de daño moral en toda lesión del derecho a la no discriminación no es equivalente a su apreciación de oficio por parte del juez. En virtud del principio de justicia rogada, habrá de ser la víctima la que solicite el reconocimiento de la indemnización adicional y, aunque el daño moral se presuma, alguna mínima actividad probatoria habrá que desarrollar con el fin de cuantificar el daño<sup>93</sup>.

Estas reglas pueden extenderse asimismo al desistimiento durante el período de prueba cuando la persona trabajadora se encuentra en IT. Esta modalidad de extinción únicamente merecerá la sanción de nulidad —y la tutela que le es propia— si esconde un motivo discriminatorio<sup>94</sup>, o si acontece durante la gestación<sup>95</sup>. Aunque en este concreto caso debe tenerse en cuenta que el desistimiento durante el período de prueba no requiere del empleador ofrecer ninguna explicación<sup>96</sup>, parece razonable mantener que si la persona afectada presenta indicios pertinentes de una enfermedad estigmatizadora, de que la IT se prevea de larga duración o de que está en riesgo su integridad, la empresa habrá de ofrecer alguna explicación que sustente la decisión extintiva.

## **9. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ACOMODAR LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO A LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL**

La finalidad tuitiva es consustancial al Derecho del Trabajo, que nació para proteger a la clase trabajadora y tratar de compensar la diferencia de poder entre las partes del contrato de trabajo. Ese objetivo de proporcionar una adecuada tutela al trabajador se integra en la esencia misma de la legislación laboral y sirve como contrapeso frente a otros intereses que también están presentes en las relaciones de trabajo, como los económicos. Por variadas razones, pero principalmente porque desde algunos sectores se detectan mayores amenazas para los derechos de los trabajadores y más predisposición del legislador por atender las demandas empresariales de mejora de la competitividad y rentabilidad que por introducir avances cualitativos en las condiciones de trabajo, en los últimos años se aprecia una creciente tendencia a sobredimensionar los derechos fundamentales/humanos no sólo para ofrecer una

92 Vid. ARUFE VARELA, A., “El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición”, *RG-DTSS (iustel)*, nº 64, 2023.

93 Esta presunción sólo se prevé para la discriminación, y no por tanto para la vulneración del derecho a la integridad física, o de cualquier otro derecho fundamental. En estos otros casos la nulidad no se acompañará de una presunción de daño moral.

94 A propósito del embarazo, vid. STC 17/2007.

95 Sobre la nulidad del desistimiento durante la IT, vid. STSJ Baleares 31/2023, 24 de enero.

96 No cabría aplicar la nulidad objetiva a estas extinciones durante el período de prueba en tanto el legislador no extienda esa protección reforzada a extinciones contractuales por cauces diferentes al despido, vid. STC 173/2013 y STS de 18-4-2011 (rec. 2893/10).

mejor cobertura a los trabajadores, sino también para blindar esa protección frente al propio legislador.

Junto a este creciente protagonismo de los derechos fundamentales, que se traduce no sólo en mayores cotas de intervención del TC, sino, y sobre todo, en un inusitado papel transformador de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, porque los derechos humanos disfrutan de una protección multinivel, se aprecia asimismo una alta dosis de inconformismo en relación con determinados debates que de algún modo parecen cerrarse en falso —a menudo con decisiones divididas del TS y del TC—, y que pretenden revivirse cuando se encuentra la ocasión, cuando algún elemento novedoso permite cuestionar una solución que nunca se compartió y que se considera insatisfactoria. La calificación del despido en situación de IT es un ejemplo evidente. No puede extrañar que el despido de un trabajador por el mero hecho de encontrarse enfermo o haber sufrido un accidente se considere reprochable moralmente e injusto, y por tanto contrario a un Estado social, y se defienda que el ordenamiento debe condenar enérgicamente esa clase de decisiones.

Sin embargo, esa aproximación ética, con tintes ideológicos, casa mal con las estructuras propias del Derecho, y en particular con nuestro modelo constitucional de no discriminación. No cabe proponer soluciones a situaciones insatisfactorias que sean contrarias a las bases dogmáticas del ordenamiento, ni prescindir del notable y valioso bagaje de la jurisprudencia constitucional. En este sentido, la doctrina científica y judicial ha entendido de forma mayoritaria que el legislador ha modificado los términos del debate sobre la calificación del despido durante la IT, rectificando la doctrina del TC y del TS, y en alguna medida también la del TJUE<sup>97</sup>. Sin embargo, la Ley 15/2022 no ha alterado las premisas previas, ni exige la nulidad de todo despido en IT, calificación a la que, por cierto, acompañan otra serie de consecuencias de enorme calado (inversión de la carga probatoria en juicio y, sobre todo, indemnización adicional). Derivar todo ello de una referencia legal a la enfermedad en una norma no laboral parece un exceso, sobre todo si se tiene en cuenta que el catálogo de causas de discriminación en el ET y las reglas sobre nulidad del despido han sido modificadas posteriormente —más de una vez—, y en ellas no se menciona la enfermedad ni la IT.

Es más, el legislador puede identificar nuevas causas de discriminación, pues la cláusula abierta del art. 14 CE ofrece margen para ello, pero no está legitimado para reconfigurar el contenido esencial de la prohibición constitucional de discriminación, lo que se produciría si la lucha contra el prejuicio social se sustituyese por el reproche frente al perjuicio sufrido por el trabajador despedido. Esa es, sin lugar a duda, la principal crítica que cabe realizar al sector de la doctrina científica y judicial que se decanta por la nulidad del despido en IT. La defensa de la nulidad parte, exclusiva-

97 El TJUE apostó por la equiparación entre determinadas dolencias y la discapacidad para ampliar la protección del trabajador, porque la ausencia de una cláusula abierta en la Directiva 2000/78 obliga al TJUE a recurrir a exégesis imaginativas. En el marco del ordenamiento español esas interpretaciones no son imprescindibles, gracias al margen que ofrece el último inciso del art. 14 CE.

mente, de la literalidad de un precepto legal que identifica una causa, y se obtienen conclusiones prescindiendo del contexto en el que esa causa debe operar. Todas las causas de discriminación han de ser interpretadas conforme al concepto de discriminación que deriva del art. 14 CE y de la jurisprudencia constitucional.

Las referencias legales a la enfermedad y a la condición de salud no pueden suponer que cualquier enfermedad pueda erigirse en una causa de discriminación. Ni tampoco existe correlación plena entre enfermedad e IT. Por ende, la Ley 15/2022 no ha modificado la calificación del despido en IT. El salto lógico e interpretativo es demasiado evidente y voluntarista como para ignorarlo, y no se encuentra justificación constitucional posible para considerar discriminatorio el despido de un trabajador que haya sufrido un esguince de tobillo en su tiempo libre, ni tampoco para defender que esa extinción contractual debe venir acompañada de una indemnización por lesión de derechos fundamentales. La discriminación exige, como reiteradamente se ha dicho, no sólo una diferencia de trato, sino que tal diferencia cuente con una dimensión grupal que dé lugar a un estigma social no sólo para el individuo en cuestión, sino también para el colectivo que comparte ese rasgo, circunstancia o condición. Eso no significa que la legislación laboral no pueda calificar como nula la extinción del contrato de un trabajador en IT. Obviamente podría hacerlo, pero esa nulidad no derivaría de la adopción de un acto o decisión discriminatorios, sino de la mera voluntad del legislador de proscribir decisiones basadas en razones netamente económicas.

En todo caso, es el legislador el que debe decidir el peso o la atención que merece ese interés empresarial, sin que una interpretación voluntarista de la Ley 15/2022 pueda sustituir esa facultad. En tanto el legislador no se posicione en ese sentido, la jurisprudencia constitucional, y la doctrina del TJUE, siguen manteniendo plena vigencia. El concepto de discriminación no ha cambiado, de forma que únicamente podrán calificarse como nulos aquellos despidos que vulneren el derecho fundamental a la integridad física y aquellos otros que incurran en discriminación, lo que acontecerá únicamente cuando la IT pueda asimilarse a la discapacidad, cuando la enfermedad presente un carácter estigmatizador o cuando repercuta de forma exclusiva o principal en las mujeres.

En último término, también cabe cuestionar por qué debe blindarse constitucionalmente el contrato de trabajo de una persona con una salud tan frágil que simplemente no puede prestar servicios de forma continuada con un rendimiento apropiado. Las dificultades para acceder a una pensión de incapacidad permanente, producto de distintos factores, sitúan a determinadas personas en un limbo jurídico, y acaban derivando hacia el empleador, en cierta forma, determinadas responsabilidades que en buena lógica deberían socializarse a través de los mecanismos públicos de protección social.