



Discriminación por enfermedad

por Edurne Terradillos Ormaetxea

En España, el principio de igualdad, en su enunciado constitucional (art. 14 CE) aparece inexorablemente unido al principio de no discriminación. En este país, como ocurriera en el ámbito de la UE, la Constitución no menciona expresamente la enfermedad –ni siquiera la discapacidad– como estado a incluir en la protección antidiscriminatoria. Pero a raíz de la impronta de ciertos textos jurídicos internacionales y europeos¹, se redactó una norma jurídica, el Real Decreto Legislativo (1/2013, de 29 de noviembre) que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (LGPD). Este texto contiene una definición de discapacidad muy parecida a la contenida en las normas internacionales sobre la discapacidad. La LGPD acoge también algunos estados de “enfermedad”, aunque siempre próximos a la discapacidad como ha sido entendida por los textos jurídicos internacionales y sus tribunales (véase su art. 2). Esta ley (art. 35.5) declara nulas y sin efecto, por ejemplo, las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo; y considera igualmente discriminatoria “toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad”.

Con tener un marco jurídico consolidado en relación con la discapacidad –la LGPD cuyo contenido, no obstante, sigue sin ser integrado en la ley básica laboral española, esto es, el Estatuto de los Trabajadores (ET, Real Decreto Legislativo 2/2015)–, sin embargo, en España, la jurisprudencia de lo social² ha sido reacia a deparar las garantías antidiscriminatorias debidas al trabajador enfermo, cuando alcanza el sentido indicado de discapacitado social. Así ocurrió, apenas sin variación hasta, por lo menos, la aparición de la Sentencia del TJUE de 18 enero de 2018 (Ruiz Conejero), que precipitó la modificación de un precepto del Estatuto de los Trabajadores que permitía el despido de personas enfermas por el simple hecho de que se alcanzaran ciertos porcentajes de absentismo en determinados períodos de tiempo en esa empresa (art. 52 d. ET, actualmente derogado).

Ha tenido que ser el poder legislativo –con la muy notoria salvedad por innovadora respecto de cierta jurisprudencia de lo social, de la STC 51/2021, de 15 de marzo–, el que ha aprobado, en España, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En ella se transcriben las nociones-guía de la discapacidad y la enfermedad, y se condensa la jurisprudencia del TEDH y del TJUE emanada hasta la fecha; pero incluso la ley da un salto

¹ Véase, E. TERRADILLOS ORMAETXEA, “Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, en <https://www.aedtss.com/enfermedad-y-discapacidad-dos-posibles-causas-discriminatorias-que-protege-la-nueva-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/>

² Para más profundidad, cfr. J. AGUSTI JULIÀ, “La nueva ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: El fin de la anomalía, *Jurisdicción social: revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 235, 2022, p. 9.

adelante respecto de la protección debida a la enfermedad, ahora sin adjetivos, amparando con el manto discriminatorio a la “simple enfermedad”.

En efecto, el art. 2.1 de la nueva Ley proscribire la discriminación, entre otras razones, por razón de “enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”. La enfermedad entra “por la puerta grande” de las causas prohibidas de discriminación, en sede de una ley integral. En efecto, esa expresa nomenclatura –enfermedad discriminatoria- va a producir un infalible efecto “boomerang” sobre las relaciones de trabajo. A esta causa nos referiremos a partir de ahora, advirtiendo también de que serán los tribunales quienes precisen el alcance del sintagma nominal “condición de salud”, si intercambiable o no con la enfermedad. Por su parte, el estado serológico como posible causa discriminatoria parece referirse a ciertas circunstancias de salud como la afección del VIH/Sida³. Más difícil de prevenir pero también de combatir va a resultar la causa discriminatoria relativa a la “predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”, por las complejidades probatorias que entraña⁴ y a pesar de la regla de inversión de la carga de la prueba ante los indicios discriminatorios por enfermedad, que exige tanto la Ley 15/2022 como, en genérico y antes que ella, la ley rituarial laboral (Ley 36/2011, LRJS).

Continuando en sede de la enfermedad como causa discriminatoria y en aras de identificar correctamente cuándo concurre, la Ley 15/2022 -sólo respecto de la enfermedad (y no del resto de causas)-, matiza en el art. 2.3 que “no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”. Para todas las otras causas de discriminación permite el art. 4.2 establecer diferencias que puedan ser justificadas, esto es, autoriza a diferenciar siempre que sea posible justificar la diferencia, en concreto cuando ésta “pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”.

No es baladí esa disposición recogida en el apdo. 3 del art. 2 y creemos que, entre otros objetivos, pretende compaginar la prohibición de discriminar con base en una enfermedad, con la posibilidad de seguir despidiendo por ineptitud de la persona trabajadora. Esa referencia a “las limitaciones objetivas que imponga [la enfermedad] para el ejercicio de determinadas actividades” se conecta bastante fácilmente con el concepto de ineptitud, que en palabras del Tribunal Supremo⁵ “se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo -rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.-”.

La causa del despido objetivo dispuesta en el art. 52 a) ET y el significado de ineptitud suministrado por nuestra jurisprudencia imponen un límite a no descuidar en un futuro inmediato. Con todo, esta excepción del art. 2.3, que alberga tres sub-excepciones, si es leída “a contrario”, supone que estarían justificadas (i) las diferencias de trato derivadas del proceso de tratamiento de la enfermedad, también (ii) las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de

³ E. TERRADILLOS ORMAETXEA, “La gestión de la diversidad en la empresa: el caso de los trabajadores con VIH/sida y la acepción social de la “discapacidad” como nuevo instrumento de protección frente a ciertas manifestaciones del poder de dirección empresarial”, en *RGDTSS*, nº 44, 2016.

⁴ Así I. BELTRÁN DE HEREDIA, En <https://ignasibeltran.com/2022/07/14/a-partir-de-la-ley-15-2022-puede-despedirse-injustificadamente-a-un-trabajador-enfermo-o-de-baja-por-incapacidad-temporal/>

⁵ STS 2 mayo 1990 (RJ 1990\3937, Aranzadi Social) FJ 2.

determinadas actividades –salvedad que entraña no poco contenido y que servirá a la empresa que desee justificar una medida no discriminatoria pero que implique una diferencia de trato a las personas enfermas- y, finalmente, asimismo, (iii) las exigidas por razones de salud pública. A todos nos recuerda esta última excepción la situación de pandemia Covid-19 que hemos padecido recientemente.

Además, transitando ahora hasta las medidas legales preventivas que se dirigen a la empresa en aras de evitar incurrir en causa de discriminación por enfermedad, ha de señalarse que ésta no se encuentra a la misma altura protectora en que se sitúa la discapacidad. En efecto, la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE de 2 agosto 2011) menciona como causa discriminatoria “la denegación de ajustes razonables» (art. 2): tanto el art. 4 –a modo de obligaciones generales- como el 5.3 –más en concreto- obligan a los Estados Parte a adoptar «todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables».

Por “ajustes razonables” entiende la Ley 15/2022 (art. 6), las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indefinida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos. Pero la empresa (ni la pública ni la privada) no tiene obligación alguna de realizar ajustes razonables respecto del trabajador enfermo –por lo menos, mientras tanto esa enfermedad no trascienda al espacio de la discapacidad “social”: he aquí una notable diferencia entre la protección preventiva debida a la discapacidad (véase el art. 35.4 LGPD) y a la enfermedad.

Con todo, no sólo es problemática la acepción de la “enfermedad” en cuanto a qué estados de “insalud” (y de enfermedad) integra, sino que tan importante como aquélla lo es la dimensión de la protección antidiscriminatoria. Y lo es porque las disposiciones internacionales y/o regionales -nos referimos también a la UE, cuya Directiva 2000/78 sólo contempla los procedimientos judiciales o administrativos y los posibles recursos para combatir la discriminación ya producida-, no suelen ser tan explícitas respecto de la defensa de los derechos. Dada la dimensión de este trabajo, nos ceñiremos únicamente a la posible declaración de nulidad de las actuaciones discriminatorias basadas en la enfermedad.

La Ley 15/2022 es rotunda cuando declara la nulidad de pleno derecho (art. 26) de "las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley", la enfermedad y su órbita, incluida. Sin embargo, esta ley no es tan explícita como otras respecto al “repositorio” donde se contiene la discriminación. Y así, por ejemplo, ¿es el despido con causa en la enfermedad de la persona trabajadora un acto que constituya una discriminación? La respuesta es positiva pero la fundamentación jurídica debe anclarse en la combinación de los arts. 3⁶ y 4.1⁷ de esta ley con el vigente art. 17 ET, y por supuesto, con los arts. 53 y 55 ET. El art. 17 ET prohíbe la discriminación en las relaciones laborales, y se refiere expresamente a las decisiones unilaterales del empresario, anudándoles el efecto de la nulidad en el caso de resultar discriminatorias. Entre las causas del art. 17 ET no se halla la “enfermedad”, pero ésta y otras causas previstas en esta ley de 2022 deberían entenderse incluidas en su dominio, por cuanto que coinciden los ámbitos de aplicación de ambas normas (art. 3 Ley 15/2022 y 17 ET). Por su parte, en una redacción igual, tanto el art. 53 como el art. 55 ET, relativo a la nulidad del despido objetivo y del disciplinario,

⁶ El art. 3 se refiere al ámbito objetivo de aplicación de la ley y comprende el despido.

⁷ En cuanto que “queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que ante contra el derecho a la igualdad”.

respectivamente, declaran la nulidad cuando se constate que el móvil del acto unilateral del empresario fue discriminatorio. Ambos preceptos se remiten, entre otras, a “alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o *en la ley*” (la cursiva es nuestra).

En el caso de un despido colectivo, el art. 124.13 LRJS permite que la demanda individual del trabajador no satisfecho con la sentencia dictada en despido colectivo se remita a las causas previstas en los arts. 120-123 LRJS; además de añadir otras causas específicas para estos procedimientos individuales. Pero interesa en este momento que resulta aplicable a esta modalidad de despido colectivo lo dispuesto en el art. 122.2 a) LRJS, en la medida que ordena que la sentencia declare nulo el despido cuando la *decisión extintiva* resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. La duda se cierne, ahora, sobre cómo aplicar esta obligación al despido *acordado* en período de consultas. Sin embargo, la terminología no debe conducirnos a la confusión dado que, sin perjuicio de que el despido se alcance con acuerdo, será el empresario quien proceda a extinguir individualmente los contratos de trabajo, tal como señala el art. 51.4 ET. Por eso, de concurrir la discriminación por enfermedad respecto de personas trabajadoras que son incluidas en el grupo de personas a despedir, y, en su caso, tras la sentencia que califique el despido en el procedimiento colectivo que se hubiera iniciado, los trabajadores podrán basar su demanda en la discriminación por enfermedad, conforme reza el apdo. 2 del art. 122 LRJS.

En fin, en la redacción del art. 26 de la Ley 15/2022, esta norma podría haber emulado lo recogido en el citado art. 35.5 de la LGPD, norma cercana a ésta que comentamos y donde se reproduce el contenido del art. 17 ET. Pero, pesar de lo expuesto en las páginas anteriores, la referencia a la nulidad, con aparecer ya en textos jurídico-laborales, no es una disposición “inflacionista”, ya que su presencia refuerza las garantías de las formas de discriminación que la ley repudia; y las inaugura –y esto es importante– respecto de la enfermedad, por antonomasia. Que en este momento esas medidas reponedoras y reparadoras de la discriminación por enfermedad se contemplen en una ley integral que aclara para siempre, o mientras esté vigente, que la enfermedad (adviértase que sin más calificativos⁸–incluso la “condición de salud”, que deberán definir los tribunales–, y que va más allá de la “enfermedad discapacitante” de la jurisprudencia del TJUE), es otra posible causa de discriminación, y que enlaza aquellas medidas con ese estado es, sin duda, una buena noticia; por lo menos, desde el punto de vista de la seguridad jurídica. El efecto multiplicador que tendrá esta ley, por sus interconexiones con preceptos jurídico-laborales antidiscriminatorios, y que viene dado también por otros conceptos que figuran en esta ley y que por cuestiones de espacio no se han podido atender (las clases de discriminación –directa, indirecta...) y que son asimismo invocables respecto de la enfermedad, como el ámbito afectado de las relaciones laborales, las enfermedades psíquicas, la predisposición genética como causa discriminatoria, el papel de la negociación colectiva..., nos debe mantener muy atentos.

Edurne Terradillos Ormaetxea

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UPV/EHU

⁸ J. AGUSTI JULIÀ, J., “La nueva ley 15/2022...”, *op. cit.*, p. 19.