

EL DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO EN LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

THE DISMISSAL OF THE SICK EMPLOYEE IN THE LAW 15/2022, JULY 12, EQUAL TREATMENT AND NON-DISCRIMINATION*

Ana Belén Muñoz Ruiz^{*}
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Planteamiento. –2. ¿Supone un cambio la Ley 15/2022?; 2.1. El nuevo marco legal; 2.2. La respuesta judicial: más luces que sombras; 2.3. La nulidad del despido en situación de incapacidad temporal en el periodo 1980-1994. –3. El alcance de la medida de protección; 3.1. Supuestos protegidos; 3.2. ¿Es posible que el despido sea procedente?; 3.3. Indemnización. –4. La condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. –5. Conclusiones. –Bibliografía citada.

RESUMEN

El despido del trabajador enfermo ha sido siempre una cuestión controvertida y debatida, pues la enfermedad no estaba expresamente listada entre las causas de discriminación protegidas por la Constitución o por la legislación que ha desarrollado la misma. El silencio del legislador fue cubierto por la doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional que asumió una concepción restrictiva sobre las enfermedades que podrían ser consideradas discriminatorias. Sin embargo, con la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se produce un importante hito en la materia al ser incluida la enfermedad como factor de discriminación. En el presente estudio se analiza el impacto del nuevo marco legal sobre la doctrina judicial anterior y se clarifican los supuestos protegidos por la nueva norma, así como las circunstancias en las que el despido del trabajador enfermo podría estar justificado en la medida que no suponga discriminación.

ABSTRACT

The dismissal of a sick employee has always been a controversial and debated issue, since the illness was not expressly included in the list of discriminations protected by the Constitution or by the legislation that has developed it. The lack of the legislator was covered by the doctrine

^{*} Este artículo tiene su origen en la Ponencia sobre las nuevas formas de discriminación y la tutela antidiscriminatoria en la Ley 15/2022 impartida en la Universidad de León el 17 de noviembre de 2023 por invitación de esta Universidad y la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Recibido el 8 de abril de 2024. Aprobado el 15 de abril de 2024.

^{**} Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

of the Supreme Court and the Constitutional Court which assumed a restrictive conception of those diseases that could be considered discriminatory was being applied. However, an important milestone occurred with the approval of Law 15/2022, of July 12, comprehensive for the equal treatment and non-discrimination, which include the disease as a new ground of discrimination. In this paper, the impact of the new legal framework on the judicial interpretation is analyzed with the purpose of clarifying the protected assumptions and the circumstances in which the dismissal of the sick employee could be justified to the extent that it does not involve discrimination.

Palabras clave: Despido, nulidad, discriminación, enfermedad, condición de salud, casos judiciales, nueva ley antidiscriminatoria.

Key words: Dismissal, void, discrimination, disease, health condition, case law, new legal framework on non-discrimination in the workplace.

1. PLANTEAMIENTO

El despido del trabajador enfermo ha sido siempre una cuestión controvertida y debatida en los tribunales y en la doctrina académica, pues la enfermedad no estaba expresamente incluida en la lista de las discriminaciones protegidas por la Constitución o por la legislación que ha desarrollado la misma.

En 2022 se aprueba la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que incorpora expresamente la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Se trata de una ley integral que tiene una aplicación concreta en el ámbito laboral en la medida que hace referencia expresa a la relación de trabajo por cuenta ajena (artículos 9 y 10). Si bien la Ley 15/2022 declara nulas las decisiones adoptadas por la empresa que supongan una discriminación por las causas mencionadas, en el trabajo nos centraremos en el despido por ser una de las cuestiones que presenta mayor conflictividad en la práctica.

En el presente estudio se analizará el nuevo marco legal y su aplicación judicial con el propósito de clarificar los supuestos protegidos y las circunstancias en las que el despido del trabajador enfermo podría estar justificado en la medida que no suponga discriminación.

2. ¿SUPONE UN CAMBIO LA LEY 15/2022?

Para responder a este interrogante, se analizarán diferentes variables. En primer lugar, se estudiará el nuevo marco legal y su impacto sobre la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente en la materia¹. En segundo término, se prestará una especial aten-

¹ Nos referimos a las SSTs 29 de enero de 2001 (RJ 2001\2069) y 11 de diciembre de 2007 (RJ 2008\2884), criterio que después confirmó el Tribunal Constitucional (STC 62/2008). Según el Tribunal Constitucional se descarta que la enfermedad pueda ser considerada como una causa autónoma de discriminación, pero no que la enfermedad pueda ser una causa de discriminación cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece. En definitiva, para que la discriminación opere en este caso debe actuar como instrumento de segregación social, como un elemento de estigmatización y marginación de un colectivo. Es el caso de las enfermedades del SIDA, el cáncer, el Covid que pueden ser enfermedades estigmatizantes y, por tanto, discriminatorias. El despido de un trabajador que padezca alguna de estas enfermedades será discriminatorio si se acredita que el despido tiene su causa en dicha enfermedad, pero no si se acredita que dicha enfermedad supone una limitación objetiva para el ejercicio del puesto de trabajo. En este caso la diferencia de trato estaría justificada. Algunos autores también defienden que la falta de definición de la

ción a los primeros fallos judiciales que han aplicado la Ley 15/2022 y a la problemática que se suscita en ellos. En tercer lugar, se tendrán en cuenta los antecedentes normativos del despido nulo de los trabajadores en situación de incapacidad temporal y cómo fue su aplicación por parte del Tribunal Supremo de la época.

2.1. El nuevo marco legal

El nuevo marco legal se plasma en una ley ordinaria. Circunstancia que algún sector de la doctrina ha subrayado para defender que sin el cumplimiento formal de ley orgánica no es admisible la incorporación de nuevas causas de discriminación en el entorno laboral. Así, se ha expuesto que: «Resulta de gran interés para abordar este problema, pues para valorar el alcance de esta Ley en este terreno de la conceptualización de la enfermedad como causa de discriminación conviene tener presente que la citada Ley no es una ley orgánica. Si el Estado quiere trasvasar a las empresas ese riesgo estableciendo que la enfermedad es una causa de discriminación en el empleo, debería hacerlo mediante una ley orgánica de desarrollo del artículo 14 CE². Discrepamos de esta opinión por dos razones principales. En primer lugar, porque, como han advertido otros autores, la Ley 15/2022 no aborda propiamente el desarrollo de un derecho fundamental, con el alcance que da a este concepto la jurisprudencia constitucional, sino la regulación del derecho a la no discriminación del artículo 14 CE³. Por tanto, el rango de la norma es el adecuado, sin necesidad de dotar del carácter de orgánico a ninguno de los preceptos que en él se recogen ni, desde luego, a la ley en su conjunto. Al respecto, cabe apuntar que existen otros ejemplos como la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que concreta el derecho fundamental a la vida, integridad física y moral del artículo 15 de la CE y es una ley ordinaria y no orgánica. Al respecto, el Tribunal Constitucional en varios pronunciamientos (SSTC 62/2007, 160/2007 y 56/2019), ha aplicado dicha ley porque considera que parte de su contenido es el desarrollo legal del derecho fundamental a la integridad física. En segundo término, el mismo argumento referido a la enfermedad, podría ser extendido a las nuevas formas de discriminación como la discriminación por asociación. Conviene recordar que la discriminación por asociación fue el resultado de una interpretación judicial del TJUE en 2008 y que, más tarde, se incorporó a la normativa de discapacidad española⁴ y a la Ley 15/2022. Sin embargo, parece que respecto a la discriminación por asociación no hay discrepancia en su consideración como discriminación prohibida, pese a que no esté regulada en ley orgánica⁵.

En el nuevo marco legal, la enfermedad ahora sí está protegida por la prohibición de discriminación desde la perspectiva legal. La tutela del trabajador enfermo no depende solamente de si la enfermedad sea duradera o que en la enfermedad concorra un factor de segregación (cáncer o sida, por ejemplo) como hasta ahora se defendía por parte del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.

discriminación por enfermedad en la Ley 15/2022 implica que debamos seguir aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la STC 62/2008. Esta es la tesis de 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, Madrid, pp. 48 y 58. Defienden una posición semejante MENÉNDEZ SEBASTIAN, P. y RODRÍGUEZ CARDO, I., «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*, n.º 110, 2024.

² Defiende esta posición MONREAL BRINGSVAERD, E., *Despidos en situación de baja por IT tras la Ley 15/2022: improcedentes, no nulos, como regla general*, Brief AEDTSS, 27.3.2023.

³ Esta es la opinión de 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», *Revista Justicia y Trabajo*, n.º 1, 2022, p. 8.

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁵ Sobre este tema nos remitimos al trabajo de MUÑOZ RUIZ, A. B., «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores», *Temas Laborales*, n.º 101, 2009, pp. 321-339. Más recientemente, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Aranzadi, 2022.

El cambio legal se aleja de la interpretación de corte más restrictiva del concepto de enfermedad como factor de discriminación y parece legitimar su aplicación a los supuestos de los despidos de los trabajadores en situación de incapacidad temporal.

Conviene recordar que nuestro Estatuto de los Trabajadores considera nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora (artículo 55.5 del ET). El incumplimiento de la prohibición del despido del trabajador enfermo dará lugar al régimen de protección y reparación previsto en los artículos 25 a 32 Ley 15/2022. De este régimen cabe destacar la nulidad de pleno derecho de la disposición, acto o cláusula que dé lugar a la discriminación (artículo 26) y las reglas de distribución de la carga de la prueba (artículo 30.1), que se formulan en términos similares a lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS)⁶.

Por lo demás, la novedad en el ámbito laboral de la Ley 15/2022 resulta coherente con la adopción de normas previas en otros campos donde la enfermedad ya era considerada causa de discriminación. Sirva de ejemplo la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, añade un nuevo apartado a bis) al artículo 1 y modifica el artículo 2 b) de dicha ley e incluye en ambos preceptos la enfermedad como causa de discriminación en materia educativa; la ley 45/2015, de 14 octubre, de Voluntariado, incluye, entre los principios que fundamentan la acción voluntaria, la no discriminación por razón de enfermedad; o, la Ley 33/2011, de 4 octubre, General de Salud Pública, dedica su artículo 6 al derecho a la igualdad y señala que en las actuaciones de salud pública no puede producirse discriminación por razón de enfermedad⁷.

2.2. La respuesta judicial: más luces que sombras

Tras la aprobación de la Ley 15/2022, se han dictado un grupo de sentencias que han interpretado que se ha producido un cambio legal relevante y que la enfermedad es una nueva causa de discriminación. Si bien hay que señalar que el tiempo transcurrido desde la aprobación de esta Ley no es muy largo y que se trata de Sentencias de Juzgados de lo Social o Tribunales Superiores de Justicia.

El primero de los fallos es la Sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón (Principado de Asturias) de 15 noviembre de 2022⁸. El supuesto se refiere a una trabajadora con contrato indefinido y antigüedad desde el 8 de marzo de 2022 que ejerce las funciones de dependienta. El 27 de junio de 2022 la trabajadora, a través de un mensaje de WhatsApp informó a la empresa que había recibido los resultados de una resonancia magnética y que se le había indicado una intervención quirúrgica, por lo que el día 29 de junio tendría que hacer el preoperatorio y el 30 tenía cita con el anestesista. El 7 de julio la empresa le informó de que la intención de la empresa era la de extinguir el contrato y volverla a contratar cuando estuviera en condiciones para trabajar. El 8 de julio de 2022 la trabajadora causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de "síndrome cervicobraquial", con una duración estimada de "largo" (90 días).

⁶ La misma opinión sostiene DESDENTADO DAROCA, E., La discriminación por razón de enfermedad en las relaciones laborales. Reflexiones a partir de la SAN de 19 de junio de 2023, Briefs AEDTSS, número, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 61, 2023.

⁷ 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, Madrid, pp. 44-45.

⁸ AS\2022\1164.

El Juzgado de lo Social concluye que se trata de un despido nulo formulando afirmaciones de gran interés sobre la nueva Ley 15/2022. Explica el Juzgado que en cuanto a la enfermedad cabe destacar que, en este caso, no se exige ningún tipo de duración. Esto es, la tradicional equiparación a la discapacidad a tenor de la duración deja de tener sentido, pues en sí, la discriminación por enfermedad constituye un motivo de nulidad autónomo.

El Juzgado rechaza de forma implícita que se trate de un supuesto de nulidad objetiva o automática, pues su argumentación se apoya en los indicios de discriminación. Se expone que: «Trasladados estos presupuestos al caso que nos ocupa podemos afirmar que no sólo concurren indicios de que el despido obedeció a la enfermedad (y operación de la actora), sino que se puede considerar este dato probado. La conversación por WhatsApp con el hijo de la titular del establecimiento es tan rotunda que poco se puede decir al respecto y a la misma nos remitimos. Expresa el mismo, haciendo suyas las palabras de sus padres, que no pueden soportar el coste de la baja pero que, cuando la trabajadora se restablezca, la volverán a contratar, por estar contentos con su rendimiento. A ello sigue un despido sin causa alguna para el que no cabe otra consecuencia que la nulidad».

El despido de la trabajadora enferma no sólo se declara nulo, sino que además viene acompañado por una indemnización aplicando lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 15/2022 donde se exige una indemnización [que restituya] a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral.

Esto es lo que precisamente se concluye en la Sentencia pese a que la trabajadora no hubiera formulado petición al respecto. Se razona en la Sentencia que como de discriminación hablamos y la discriminación vulnera un derecho fundamental como es recogido en el artículo 14 de la CE, resulta aplicable el artículo 183 LRJS: «Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados».

El Juzgado toma en cuenta diferentes criterios para calcular la indemnización: se ha de tener en cuenta por un lado, la escasa duración de la relación laboral, que la trabajadora ha sido atendida en salud mental, que la empresa actuó de una forma totalmente contraria a la protección que en nuestro ordenamiento se brinda a los trabajadores durante los periodos de incapacidad temporal, convirtiendo a la persona trabajadora en una mera mercancía a disposición del empresario, incluso aun cuando éste expresa satisfacción con el rendimiento del trabajador. Atendiendo a dichos criterios se decide una indemnización de 3.500 euros, equivalente grosso modo a los tres meses de salario, habida cuenta de que en el parte de incapacidad temporal se indicó una duración aproximada del proceso de 90 días.

El segundo de los supuestos es resuelto por el Juzgado de Vigo de 13 de diciembre de 2022⁹. Se refiere a un trabajador con categoría profesional de oficial de 1ª contratado desde el 21 de septiembre de 2021. El trabajador permaneció en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común por padecer problemas psíquicos, que venía arrastrando y por los que venía siendo tratado por psicólogo desde abril del 2022, del 27 de junio al 1 de agosto. En el parte se hacía constar que la baja sería de corta duración con una duración estimada de 15 días. El día 19 de julio de 2022 la empresa le notificó al trabajador comunicándole la extinción de su contrato de trabajo con efectos desde el 31 de julio por finalización de contrato.

⁹ JUR/2023/219324.

El Juzgado concluyó que se trata de un despido nulo, pues estamos ante una discriminación prohibida expresamente por el artículo de la ley 15/2022, de 12 de julio, por razón de enfermedad. Razona el Juzgado que fueron cuatro los trabajadores contratados y sólo se cesó al trabajador, único que estuvo en situación de incapacidad temporal. Además, el primer testigo, responsable de la planta y delegado de personal, también reconoció en grabación aportada por el trabajador, que se dio de baja al trabajador por su situación de incapacidad temporal.

En este caso el trabajador había reclamado una indemnización de daños y perjuicios de 10.000 euros, que deben ser rebajados a 3.000 euros dada la antigüedad del trabajador, el poco tiempo trabajado y el escaso daño causado dado que el único, pérdida del empleo, se le repara ya con la readmisión y abono de los salarios dejados de percibir, por cuanto sus problemas psíquicos ya los padecía hacía meses y por ellos veía siendo tratado por psicólogo.

El tercero de los supuestos judiciales se refiere a la Sentencia del Juzgado de Granada de 15 febrero 2023¹⁰. Los hechos detallan la situación del trabajador con categoría de monitor de actividades recreativas y contrato temporal formalizado desde el 25 de junio de 2022 y con fecha de finalización de 30 de septiembre de 2022. El trabajador sufre accidente de trabajo el día 28 de julio a mediodía, acude a urgencias por la tarde y pregunta a la mañana siguiente a un trabajador de la empresa cuál era la Mutua que prestaba la asistencia. La empresa procedió a tramitar la baja del trabajador en Seguridad Social el día 29 de julio a las 9:41 horas de la mañana con efectos de 31 de julio. El día 29 a las 11:04 horas la esposa del trabajador remitió parte de baja a la empresa por correo electrónico y el 1 de agosto parte de confirmación.

El trabajador es dado de baja en Seguridad Social en fecha 29 de julio con efectos del día 31, cese que a falta de comunicación escrita o verbal acreditada debería apreciarse como despido tácito. Posteriormente es cuanto se le dice al trabajador que pase a recoger la liquidación y a firmar el finiquito. Según la empresa el cese del trabajador se produjo sin conocer que se había producido un accidente de trabajo.

El Juzgado afirma que no puede sostenerse que la situación tras la entrada en vigor de la norma sea igual a la que existía hasta su aparición. El artículo 55 ET prevé que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, y en este caso la discriminación por situación de enfermedad se encuentra recogida en una ley. El despido por tener el trabajador una enfermedad es además un supuesto de discriminación directa, en los términos en los que esta es definida en el artículo 6.1.a) de la ley (la discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2). Aún en el caso de que no se considerase directamente aplicable el artículo 55 ET, la aplicación de la ley conduciría a las mismas consecuencias que dicho precepto impone, ya que constatada la existencia de discriminación por las causas que señala la ley, el artículo 26 impone la declaración de nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de la ley, y para reparar el daño causado el artículo 27 exige fijar una indemnización y restituir a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio cuando sea posible, lo cual en supuestos de despido implica necesariamente la readmisión del trabajador en el puesto de trabajo. Además, si existe discriminación se presume la existencia de daño moral.

Son de gran interés las apreciaciones que realiza el Juzgado respecto del término «enfermedad». Se explica al respecto que: «Es relevante por otro lado que la norma se refiere simplemente a enfermedad, sin exigir propiamente la situación de incapacidad temporal, aunque esta es un dato para comprobar su existencia. Tampoco establece que la enfermedad tenga

¹⁰ AS\2023\631.

una determinada intensidad, gravedad, o permanencia en el tiempo, separándola así de la noción de discapacidad. No estamos sin embargo ante un supuesto de nulidad objetiva de las previstas también en el artículo 55 ET como el supuesto de embarazo».

En definitiva, a juicio del Juzgado, hasta ahora como consecuencia de la prohibición de discriminación contenida en la Directiva 2000/78 para los casos de discapacidad, los Tribunales venían entendiendo que si se producía el trato discriminatorio por dicha discapacidad el despido debería ser calificado como nulo. Con la Ley 15/2022 este espacio se amplía, y la nulidad no requiere de una existente o previsible discapacidad, sino que también queda protegido el trabajador ante actuaciones discriminatorias motivadas por la simple enfermedad.

Razona el Juzgado que la parte que alega la actuación discriminatoria por razón de enfermedad debe otorgar un indicio de dicha afirmación. En este supuesto consta que el trabajador sufre accidente de trabajo el día 28 de julio a mediodía, acude a urgencias por la tarde, y pregunta a la mañana siguiente a un trabajador de la empresa que acude a la vista como testigo cuál era la Mutua que prestaba la asistencia. Pocos minutos después la empresa procede a cursar la baja del trabajador en Seguridad Social. A juicio de la Sentencia, la empresa tuvo conocimiento por tanto de la situación de baja del trabajador, y la conexión temporal entre ese hecho y el despido es tan evidente que debe apreciarse que existe el indicio exigido por la norma. La empresa debe por tanto justificar su actuación, y en este punto sólo se indica que dio de baja al trabajador el mismo día 28 antes de saber del accidente. Se trata sin embargo de una afirmación genérica, pues no se concreta más acerca de esa supuesta comunicación, y que carece de prueba alguna. En cuanto al fondo, no se da ninguna razón en concreto para que despidiera a un trabajador en plena campaña turística y con contrato vigente hasta finales de septiembre. Esta falta de justificación implica apreciar que el despido se produce como consecuencia de la situación de enfermedad del trabajador y en relación exclusivamente con ella.

En cuanto a la indemnización solicitada por el trabajador y que se cuantifica en 12.000 euros utilizando la LISOS de manera orientativa, la Sentencia reduce la misma hasta los 5.000 euros. Los argumentos ofrecidos por el fallo judicial son que se trata de un trabajador con una antigüedad muy escasa en la empresa. Esta es además una empresa pequeña con pocos trabajadores y su actuación ha sido contemplada tradicionalmente por la jurisprudencia como un ilícito sancionable solo con la improcedencia del despido. La imposición de la readmisión supone la vuelta al puesto de trabajo una vez termine la situación de incapacidad temporal y no hay datos adicionales para apreciar una actitud reiterada por la empresa en relación con actuaciones similares.

El cuarto de los casos es resuelto por el Juzgado de Pamplona (Comunidad Foral de Navarra) de 4 abril de 2023¹¹. Se trata de un trabajador que presta servicios de conductor carné 2.^a en virtud de la suscripción de contratos temporales de obra o servicio determinado y eventuales por circunstancias de la producción a partir del 16 de diciembre de 2019. Y desde el 1 de junio de 2022 el trabajador mantiene relación laboral indefinida con la empresa. El trabajador se encuentra en situación de baja médica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común desde el 29 de junio de 2022, figurando en el parte de baja médica, que el proceso es de previsión larga, con duración estimada de 129 días.

El trabajador continuó en proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común con un diagnóstico de disartría siendo tratado durante el proceso de baja médica por una miastenia gravis, que debutó con sintomatología y clínica de alteración del lenguaje, voz gangosa que cuesta entender, debilidad facial bilateral orbicular leve, con pruebas diagnósticas que confirman la presencia de anticuerpos AntiR de acetilcolina, compatible con miastenia gravis. Y como consecuencia de su enfermedad estuvo ingresado en centro hospitalario desde el 28 de junio al 12 de julio de 2022.

¹¹ JUR\2023\189892.

El 14 de julio de 2022 el trabajador recibe comunicación de despido explicando que dicha extinción viene motivada porque no se han cumplido las expectativas profesionales puestas en su persona ni se ha alcanzado el rendimiento laboral pactado. No obstante lo anterior, la empresa reconoce la improcedencia del despido.

El Juzgado indica que la nueva ley no establece un supuesto de nulidad objetiva o automática como los que se vinculan a la maternidad y permisos y derechos conciliatorios en los términos que regula el artículo 55.5 del ET. También se apunta en la Sentencia que a los efectos de la declaración de nulidad carece de transcendencia que la Ley 15/2022 sea una ley general y que no se haya modificado el artículo 55.5 del ET. Su carácter integral no excluye la obligatoriedad y la imperatividad de sus mandatos, incluyendo el de la nulidad de pleno derecho de los actos y decisiones que sean consecuencia o tengan por causa la discriminación por cualquiera de los factores previstos en el artículo 2 de la Ley 15/2022. Además, y en todo caso, el artículo 55.5 ET declara nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En consecuencia, ahora la enfermedad o condición de salud sí es una causa o factor de discriminación establecida en la Ley y si el despido tiene por móvil estas circunstancias o factores necesariamente deberá declararse nulo.

Considera el Juzgado que si el despido del trabajador ha sido a consecuencia o por causa de la enfermedad y de su condición de salud debe calificarse como nulo. Al mismo tiempo, se encuentra beneficiado el trabajador con la regla de la inversión de la carga de la prueba, siempre y cuando haya aportado indicios que vinculen la decisión extintiva con los factores de discriminación de que aquí se trata. Precisamente, esto es lo que ocurre en el caso concreto. Concluye el Juzgado que el trabajador sí ha aportado suficientes elementos indiciarios que permiten aplicar la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo en ese caso a la empresa el aportar prueba que acredite que su decisión extintiva no está relacionada con la enfermedad del demandante. Tales indicios son los siguientes:

- El trabajador viene prestando sus servicios como conductor de 2.^a sin que conste ningún incumplimiento contractual ni falta de rendimiento ni las exigencias de ser titular de un permiso de conducción C1 a que se refiere la empresa en el acto del juicio para justificar la decisión extintiva.

- La prestación de servicios se inició el 16 de diciembre de 2019, con alguna ruptura temporal, y desde el 1 de junio de 2022 la relación es indefinida a tiempo parcial, y todo ello al haberse transformado el vínculo o contrato temporal en dicha relación indefinida, lo que demuestra que la prestación de servicios del actor lo era a satisfacción de la empresa demandada.

- Clara proximidad entre la situación de enfermedad y baja médica que se inicia el 29 de junio de 2022 y la decisión del despido que adopta la empresa con efectos de 14 de julio de 2022.

- Despido comunicado que es fraudulento e infundado, sin causa alguna.

- Expreso reconocimiento del empleador de la improcedencia del despido en la carta que se entrega al trabajador, en la que se limita la empresa a afirmar que «no se han cumplido las expectativas profesionales puestas en su persona ni se ha alcanzado el rendimiento laboral pactado».

- Ausencia de acreditación de cualquier justificación del despido, mencionando la empresa en el acto del juicio unas justificaciones que carecen de todo soporte probatorio, poniéndose claramente de manifiesto que nos encontramos ante un despido sin causa empresarial, injustificado y fraudulento.

En definitiva, en aplicación de la normativa examinada, se concluye que se trata de un despido nulo por estar motivado en un factor de discriminación como es la enfermedad establecida en la Ley 15/2022. Junto a la declaración de nulidad del despido, se estima la indemnización de daños y perjuicios en la cantidad que se reclama por el trabajador de 2.201,81 euros en concepto de complemento de subsidio de incapacidad temporal que ha dejado de percibir desde la fecha del despido el 14 de julio de 2022 hasta la fecha del alta médica el 31 de enero de 2023,

y ello en la medida en que la decisión extintiva adoptada por la empresa ha impedido al trabajador obtener el complemento que como mejora de la Seguridad Social establece el convenio colectivo de aplicación para la situaciones de baja médica, previendo que las empresas deben completar al 100 % del salario y las pagas extras en los supuestos de baja médica. Además, procede también la condena a abonar en concepto de indemnización por daño moral el importe de 7.500 euros que cuantifica el trabajador en aplicación correcta de las previsiones del artículo 8.12 de la LISOS, que prevé como falta muy grave aquellos actos del empleador que impliquen discriminación, encontrándose el importe indemnizatorio señalado dentro del grado mínimo previsto para las faltas o infracciones muy graves, por lo que se considera que es un importe adecuado al daño moral sufrido por el trabajador.

Como quinto supuesto, cabe mencionar la Sentencia del Juzgado de Burgos (Castilla y León) de 4 de mayo de 2023¹². Se refieren los hechos a una trabajadora con una antigüedad de marzo de 2021 y categoría profesional de técnico titulado superior primero con contrato eventual por circunstancias de la producción y luego transformado a indefinido marzo de 2022. En fecha 11 de julio de 2022, la trabajadora causó baja médica por enfermedad común, hasta el día 15 de julio de 2022, en el que se le dio el alta médica. Inicia una nueva situación de incapacidad temporal en fecha 19 de julio de 2022, que finalizó en fecha 20 de septiembre de 2022.

El 24 de octubre de 2022, la trabajadora recibió carta de despido exponiendo las siguientes razones: «Las razones que motivan el despido son las siguientes: Necesidades organizativas y de producción de la empresa, se necesitan trabajadores con un perfil diferente al que usted presenta y con un mayor grado de versatilidad en su actividad. No obstante lo anterior, ante las dificultades probatorias que presentan lo anteriormente descrito, la empresa reconoce expresamente la improcedencia del despido, poniendo a su disposición la cantidad de 4.8857,06 Euros...».

El Juzgado de lo Social reitera argumentos expuestos ahora y concluye que: «En definitiva, hasta ahora, como consecuencia de la prohibición de discriminación contenida en la Directiva comunitaria 2000/78 para los casos de discapacidad, los Tribunales venían entendiendo que, si se producía el trato discriminatorio por dicha discapacidad, el despido debería ser calificado como nulo. Con la Ley 15/2022 este espacio se amplía, y la nulidad no requiere de una existente o previsible discapacidad, sino que también queda protegido el trabajador ante actuaciones discriminatorias motivadas por la simple enfermedad».

Por lo que refiere a los indicios de discriminación quedan acreditados en el caso atendiendo a los hitos de la relación laboral (contratación indefinida, inicio del proceso de incapacidad temporal) y el testimonio de la trabajadora que le sustituyó durante la baja que afirmó en el acto del juicio que cuando la contrataron, con contrato indefinido, era para sustituir a una trabajadora en situación de incapacidad temporal, con opciones a quedarse en la empresa. En conclusión, la empresa tenía conocimiento de la situación de incapacidad temporal de la trabajadora, por enfermedad común, y tenido en cuenta, la conexión temporal entre ese hecho y el despido es tan evidente que debe apreciarse que existe el indicio exigido por la norma.

En definitiva, la Sentencia argumenta que las alegaciones que aparecen recogidas en la carta de despido no son suficientes, pues a la trabajadora se le hizo indefinida, tras un año trabajando, por lo que era conocido su perfil. Esta falta de causa del despido implica apreciar que el mismo, se produce como consecuencia de la situación de enfermedad de la trabajadora y en relación exclusivamente con ella, ya que en la misma fecha de su reincorporación tras la situación de incapacidad temporal se le entrega carta de despido.

En cuanto se refiere a la indemnización alegada por la trabajadora que ha solicitado la cantidad de 7.500 euros, utilizando la LISOS de manera orientativa, indica el Tribunal que dicha

¹² AS\2023\843.

cantidad debe ser reducida a 1.500 euros. Los criterios que se tienen en cuenta son que se trata de una trabajadora con una antigüedad muy escasa en la empresa, no se ha probado que la empresa haya cometido este tipo de conductas en otras ocasiones, y no se ha especificado algún perjuicio excepcional, más allá de los evidentes de esta situación, para la trabajadora; además, la actuación de la empresa ha sido contemplada tradicionalmente por la jurisprudencia como un ilícito sancionable solo con la improcedencia del despido.

Como sexto supuesto, hay que reseñar la STSJ de Asturias de 23 de mayo de 2023¹³. El trabajador con antigüedad de 28 de abril de 2022 y categoría profesional de Oficial de 2.ª Montador, había sido contratado para cubrir una baja de otro trabajador. El trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, desde el día 1 de julio de 2022. En el parte médico de baja y en los de confirmación de la baja se indica que se trata de un tipo de proceso medio con una duración estimada de 32 días. Y la empresa comunicó al trabajador la finalización del referido contrato con efectos del día 6 de septiembre de 2022, mediante burofax de esa fecha entregado el 7 de septiembre de 2022.

El Tribunal realiza afirmaciones de gran interés respecto del cambio legal: «No se trata de que aquella jurisprudencia o doctrina haya dejado de tener vigencia por el mero hecho de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, pues la discapacidad sigue siendo considerada expresamente en la misma un motivo propio de discriminación. Lo que sucede es que la Ley 15/2022 la desliga ahora expresamente de la enfermedad, obligando a su consideración como un motivo también propio y autónomo de un modo en el que las consideraciones doctrinales y jurisprudencia que hasta ahora hemos venido manteniendo no pueden tener ya pleno encaje en semejante y expresa diferenciación».

En el caso concreto, se concluye que falla la verdadera causa de la contratación temporal pues el trabajador prestó y continuó prestando servicios al margen de la interinidad para la que fue contratado y la extinción de la contratación bajo esta apariencia se comunica en los genéricos términos y acontece sin causa real y probada.

En definitiva, la suficiencia de indicios que apuntan a la incapacidad temporal por enfermedad como verdadera razón de la extinción de la relación laboral constitutiva de despido determina la inversión de la carga probatoria, habiendo correspondido entonces al empleador acreditar la existencia de una justificación objetiva y razonable de su decisión, ajena a todo móvil discriminatorio, que no se encuentra acreditada en modo alguno, ni siquiera para apuntar a hechos que contrarrestasen que la extinción tuviera otra causa ajena a la situación de incapacidad temporal.

A su vez, el Tribunal estima la cuantía de la indemnización solicitada por el trabajador por importe de 6.251 euros, pues guarda adecuada proporción con la valoración de los hechos — incluso, con arreglo a la duración de la relación laboral que la petición contempla ya mediante una cuantía mínima —, pero se concluye además que no puede desatender la finalidad última de resarcimiento y protección del derecho transgredido que la indemnización entraña.

En séptimo lugar, se analiza la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 27 de julio de 2023¹⁴. El trabajador venía prestando servicios por cuenta de la empresa con una antigüedad del 9 de septiembre de 2021 y categoría profesional de vigilante. Tras una primera prórroga del contrato (hasta el 8 de septiembre de 2022), el trabajador inició el 20 de junio de 2022 un proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común con diagnóstico de hernia discal, discopatía, trastorno disco intervertebral con mielopatía región lumbar.

¹³ AS\2023\1194.

¹⁴ JUR\2023\351317.

La empresa comunicó al trabajador su despido disciplinario con efectos desde el 14 de julio de 2022 en base a los siguientes hechos: disminución continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado, y dejar de reunir el perfil profesional exigido por el puesto de trabajo. En la carta de despido la empresa reconoce la improcedencia del despido y ofrece una indemnización por despido de 1.520,06 euros.

El fallo judicial es especialmente interesante porque formula argumentos contundentes respecto a la alegación de inconstitucionalidad de la Ley 15/2022 defendida por la empresa, pues no se trata de una ley orgánica. Indica el Tribunal que entre las garantías y medidas de protección del derecho de igualdad no se prevé la reserva de ley orgánica, coincidiendo en este punto con la línea de argumentación expuesta al comienzo de este artículo. Y la última precisión efectuada por el Tribunal Constitucional es que los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 81.1 CE son exclusivamente los comprendidos en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la CE (SSTC 76/1983 FJ 2; 160/1987 FJ 2; 116/1999 FJ 3), entre los que no se encuentra el artículo 14 de la Constitución.

Respecto al fondo del asunto, indica el Tribunal que: «Entendemos que el panorama en el ámbito del control del despido discriminatorio ha cambiado de forma sustancial. La vinculación enfermedad/discapacidad como elemento esencial para la apreciación de un factor de discriminación ha sido superada». De forma que se rechaza la improcedencia y se inclina por la nulidad del despido: «Como primera conclusión, un despido que tuviera por móvil la enfermedad o condición de salud del trabajador causa de discriminación prohibida por la ley, habrá de ser calificado como nulo. No obstante, no toda decisión extintiva habría de merecer tal calificación, pues no se trata de una nulidad "objetiva", sino causal, extraña a automatismos y precisada de indicios suficientes que configuren un panorama favorable de apreciación». En el caso concreto, el indicio concurre y es suficiente, pues es la baja médica, en el curso de la prórroga, la que motiva la extinción y ninguna justificación objetiva y razonable se ofreció al efecto.

En la Sentencia se considera desproporcionada la indemnización fijada por la sentencia recurrida por no valorar las circunstancias del caso. La Sentencia recurrida condenó a la empresa a la indemnización por daños y perjuicios de 7.501 euros tomando como referencia la cuantía de las sanciones de orden laboral. Considera la Sala que las circunstancias que ofrece la empresa son relevantes: la antigüedad del trabajador no alcanzaba el año; la empresa contrató a un trabajador declarado en IPT, actitud proactiva al empleo de un colectivo con dificultades de acceso al mercado laboral; el proceso de incapacidad temporal iniciado se estimó de corta duración; hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022 la enfermedad como tal, sin plus de asimilación a discapacidad, no era un factor de discriminación. Estas circunstancias deben valorarse para modular la indemnización por daño moral, que se fija en 2.853,20 euros considerando el período temporal que restaba para el vencimiento del contrato temporal y el salario diario. En suma, el fallo judicial aplica artículo 27 de la Ley 15/2022 y considera las circunstancias del caso para la indemnización por daño moral y no se limita a la aplicación de la LISOS como baremo.

Como octavo supuesto cabe citar la STSJ de Madrid de 11 diciembre de 2023¹⁵. La trabajadora prestaba servicios en una empresa dedicada a la actividad de restauración y puesto de comidas, con contrato de trabajo indefinido desde 19 de julio de 2022. Estuvo en situación de baja por incapacidad temporal por enfermedad común por fiebre/malestar general que le incapacita para su trabajo habitual desde el 28 de octubre de 2022 hasta el 14 de noviembre de 2022 cuando recibió el alta por curación/mejoría que permite realizar trabajo habitual.

En el caso concreto la trabajadora remitió a la empresa vía WhatsApp el parte de baja el día 30 de octubre de 2022. Por escrito fechado el 2 de noviembre de 2022 y remitido vía WhatsApp

¹⁵ JUR/2024/7408.

a la trabajadora, la empresa le comunicó la extinción de su relación laboral con misma fecha de efectos, por despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño del trabajo exponiendo como motivo: «Desde el inicio de su proceso de incapacidad temporal no ha remitido los partes de baja y confirmación en los plazos legalmente establecidos, sin mediar causa justificada».

Se reitera un argumento ya expuesto en las sentencias objeto de estudio en el sentido que no se puede apreciar en estos casos la denominada nulidad objetiva o automática. Por el contrario, ha de aplicarse lo preceptuado en el artículo 181.2 de la LRJS que dispone que «en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Pues bien, el artículo 55.1 del ET declara que «será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora». En el caso de autos, la trabajadora acredita indicios de discriminación por enfermedad en tanto en cuanto el despido se produce mientras la trabajadora se encuentra en situación de incapacidad temporal. Consiguientemente, ha de analizarse si la empresa ha aportado una justificación objetiva y razonable que permita afirmar que el despido se ha debido a una causa ajena al móvil discriminatorio. Y, en el presente supuesto, el despido se produce por no haber aportado la trabajadora los partes de confirmación de la incapacidad temporal, circunstancia que no se ajusta a la realidad, pues consta que los presentó. Consiguientemente, se concluye que el despido merece la calificación de despido nulo. Se debe apuntar que en el supuesto concreto no se pide indemnización ni tampoco el Tribunal se pronuncia sobre ello.

Ahora bien, como se ha explicado en el grupo de sentencias analizado, la discriminación por razón de enfermedad debe ser puesta de manifiesto por la persona trabajadora a través de un panorama de indicios que puede no ser suficiente si se ha producido una desconexión temporal entre la situación de baja por enfermedad y la decisión de despido. Sería el caso de un trabajador que hubiera continuado trabajando tras el alta y, con posterioridad, fuera despedido ¹⁶.

Como se ha podido comprobar hasta ahora, la mayoría de los fallos judiciales se han pronunciado en el sentido de reconocer que se ha producido un cambio en la legislación y que, a partir de la aprobación de la Ley 15/2022, el despido del trabajador enfermo puede ser discriminatorio sin precisar para ello de la concurrencia de discapacidad o tratarse de una enfermedad con factor de segregación.

Sin embargo, hay que advertir que existen algunas sentencias que sostienen que el despido del trabajador enfermo debe seguir calificándose como despido improcedente y no nulo. Es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres (Principado de Asturias) Sentencia núm. 46/2023 de 14 febrero¹⁷. Se razone en esta Sentencia que: «No se comparte en absoluto la argumentación, por demás escueta, que sin más pretende subsumir esta situación bajo la vulneración del artículo 14 de la CE con el recurso intermedio de la cita del artículo 4 y concordantes de la Ley 15/2022 de 12 de julio. Debiendo presumirse aún que el legislador es conocedor de los textos legales que reforma y de la jurisprudencia que los ha interpretado e iluminado, es evidente que si desde la perspectiva del titular del poder legislativo todo despido de trabajador en situación de IT entrañare por definición causa de discriminación por motivo de salud así lo hubiera prescrito directamente a través de una modificación del artículo 55 del ET. Al no haberlo hecho así, teniendo presente la redacción de este último precepto estatutario y de la jurisprudencia

¹⁶ Un ejemplo es la STSJ de Asturias de 2024 de 6 de febrero de 2024 (AS 260/2024), que confirma la declaración de improcedencia del despido decidido tres meses y medio después del alta del trabajador.

¹⁷ JUR\2023\92286.

dencia europea y nacional elaborada entorno al concepto de discapacidad, se está diciendo que no es suficiente la mera situación de incapacidad temporal para dar paso a la nulidad de un despido, rechazando el automatismo que pretende vincular despido e incapacidad temporal el indicado modo simplista. El concepto de enfermedad de aquella Ley no ha de reconocerse indefectiblemente en toda situación de incapacidad temporal, y la expresión condición de salud, que no estado o situación, alude desde luego a una circunstancia dotada de cierta permanencia o estabilidad».

2.3. La nulidad del despido en situación de incapacidad temporal en el periodo 1980-1994

En el haber normativo del derecho del trabajo podemos encontrar algún precedente con el que la nueva Ley 15/2022 presenta cierta similitud. Se trata de la regulación del despido durante el periodo 1980-1994, pues se reconocía la nulidad del despido del trabajador enfermo que estuviera en situación de incapacidad temporal. En efecto, el artículo 55.6 del ET de 1980 calificaba como nulos los despidos de los trabajadores con contratos suspendidos y el Tribunal Supremo aplicó la legislación vigente entonces sin cuestionar su naturaleza discriminatoria¹⁸. El artículo 55.6 ET en su versión original de 1980, establecía que: «El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia»¹⁹. De este modo, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal se consideraba nulo salvo que la empresa consiguiera demostrar que existía una justa causa para proceder a su despido.

Es cierto que en la Ley 15/2022 no existe una protección frente a la incapacidad temporal sino frente a la enfermedad, que está relacionada con algún tipo de cuadro patológico o médico. Pero resulta útil revisar la aplicación judicial del artículo 55.6 del ET por parte del Tribunal Supremo de la época para comprobar si hubo resistencia judicial a aplicar dicha medida de tutela pese a que era un supuesto de nulidad ajeno a la vulneración de un derecho fundamental y no fuera desarrollado por ley orgánica.

El análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo durante aquella época pone de manifiesto que la situación de incapacidad temporal casi operaba como una nulidad objetiva o automática, pues no se requería la aportación de indicios de discriminación. Así por ejemplo en la STS 30 de junio de 1988²⁰, se declara la nulidad del despido y se razona de este modo: «El segundo motivo formulado por la referida recurrente, merece una favorable acogida, dado que cuando la trabajadora fue despedida tenía suspendido su contrato de trabajo por encontrarse dada de baja por enfermedad, por lo que al no haber estimado el Magistrado «a quo» su procedencia, el despido merece la calificación de nulo».

En parecidos términos se argumenta en la STS 11 de mayo de 1994, u.d.,²¹ que declara la nulidad del despido durante la situación de incapacidad temporal: «De acuerdo con lo anterior se entiende que la sentencia recurrida no hizo una aplicación adecuada de las normas reguladoras de esta situación según las interpreta la jurisprudencia y debe estimarse el recurso del actor casando y anulando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y resolviendo el debate planteado en suplicación se debe entender que la sentencia de instancia es correcta en cuanto

¹⁸ SSTs 27.11.1984 (RJ 1984\5903), 30.6.1988, (RJ\1988\5493) 19.11.1988, (RJ\1988\8825), 11.5.1994, u.d., (Rec. núm. 3082/1993), entre otras.

¹⁹ Sin embargo, La Ley 11/1994, de 19 mayo, eliminó esta previsión legal, de manera que: «Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador». El despido de un trabajador con contrato suspendido dejó de ser nulo y pasó a ser declarado improcedente si no existía causa que lo justificara.

²⁰ RJ\1988\5493.

²¹ RJ\1994\5355.

declara la nulidad del despido del actor y declara que el contrato estaba en suspenso hasta que se resolviera definitivamente la declaración de invalidez permanente total, pues con esto se ajusta a la doctrina antes referida y el cese de un trabajador que tenga el contrato suspendido supone un despido que debe ser declarado nulo según disponen los artículos 55.6 del ET y 108.2.e) de la Ley de Procedimiento Laboral».

Ahora bien, la nulidad del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal podía ser inaplicable si se justificaba la procedencia de la medida sancionadora. Al respecto, hemos localizado sentencias donde no quedaba acreditado el incumplimiento laboral alegado por la empresa y prevalece la nulidad de la extinción. Es el caso de la STS de 14 noviembre 1988²² donde se concluye que el despido debe ser nulo: «Tales hechos no revisten la entidad suficiente para que se llegue a estimar hubo abuso de confianza e infracción de la buena fe contractual determinantes de causa de despido, máxime cuando en la enfermedad por la que el actor estaba dado de baja hallándose en incapacidad laboral transitoria, si le estaba contraindicado conducir camiones de gran tonelaje que era su profesión, sí podía conducir turismos, estándole recomendado llevar una vida lo más normal posible y realizar gimnasia; de ahí y puesto que el trabajador no aparece que realizara trabajos perjudicando el tratamiento médico que le venía impuesto, haya de estimarse no violado el precepto denunciado como infringido y que el motivo que se examina haya de decaer».

También prospera la declaración de nulidad del despido del trabajador enfermo en la STS 19 de noviembre de 1988²³: «Por ser la sanción de despido la última por su trascendencia y gravedad de entre todas las que puedan imponerse en el mundo laboral, ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta, teniendo en cuenta además las circunstancias concurrentes, llevando a cabo una tarea individualizadora de la conducta del trabajador a fin de determinar si procede o no mantener la sanción de despido impuesta; proporcionalidad y adecuación que no se han observado en el presente caso, puesto que el hecho de que el actor —con una antigüedad que data de 1952— estando de baja por enfermedad común, hubiere salido de su domicilio en los días que especifica el juzgador y haya permanecido durante horas en los bares de los alrededores, consumiendo algunos vinos, cervezas y café no tiene la gravedad suficiente para estimar que constituye una transgresión de la buena fe contractual sancionable con despido, teniendo en cuenta la naturaleza de la enfermedad que padecía y que no consta que con ello se hubiere agravado o retardado su curación; máxime cuando está acreditado en autos que su enfermedad únicamente requería un tratamiento ambulatorio y no realizar un reposo absoluto en su domicilio y se le recomienda la realización moderada de ejercicio físico, constando también que algunos de los días en que realizó aquellas consumiciones se había desplazado de su domicilio para efectuar análisis clínicos».

Por el contrario, observamos la declaración de procedencia del despido en la STS de 3 diciembre 1985²⁴, pues queda acreditado el incumplimiento laboral: «La aplicación de la doctrina resumida en anteriores fundamentos como «ratio decidendi» para estos supuestos concluye en la procedencia del despido del accionante, puesto que permanecía en un establecimiento mercantil, las actividades, más o menos livianas o pesadas, que realizó revertían, poco o mucho, en interés de éste y para consumirlas utilizaba con posibles efectos negativos los miembros afectados por los padecimientos determinantes de la baja médica ya que los desplazamientos precisan de las piernas, una de ellas con artritis en la rodilla, y para escribir utiliza la mano derecha con su pulgar herido. Hay que admitir, en consecuencia, de lo expuesto, que el actor consumaba quehaceres, que quebrantan la buena fe, según lo ya expuesto, y significan un abuso de confianza y un atentado a la probidad, conducta que el artículo 54.2.d) del ET sanciona con el despido».

²² RJ\1988\8582.

²³ RJ\1988\8825.

²⁴ RJ\1985\6041.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante el periodo analizado aplicó de manera pacífica la nulidad del despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal sin cuestionar la naturaleza de la medida o su carácter más o menos acertado.

3. EL ALCANCE DE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN

Se ha comprobado que los fallos judiciales analizados hasta ahora presentaban como similitud que el trabajador despedido se encontraba en situación de baja por enfermedad. Sin embargo, cabe preguntarse si es posible identificar otros supuestos que también merezcan la protección otorgada por la nueva ley. Igualmente, se ha visto cómo se condenaba a la empresa al abono de una indemnización por el daño moral producido y conviene prestar atención a los criterios que los jueces han tenido en cuenta para el cálculo de la indemnización. A su vez es preciso aclarar en qué supuestos el despido podría estar justificado.

3.1. Supuestos protegidos

Los casos analizados con anterioridad nos advierten que el núcleo de la conflictividad tiene lugar sobre todo cuando la empresa decida el despido durante la situación de incapacidad temporal. No obstante, cabe pensar en otros supuestos en los cuales el trabajador está enfermo, pero sigue trabajando (por ejemplo, a la espera de una intervención quirúrgica) o ha finalizado el periodo de incapacidad temporal y se reincorpora al trabajo.

Sobre este último supuesto es interesante la Sentencia del Juzgado de lo Social de Castelló de la Plana (Comunidad Valenciana) de 4 octubre de 2022²⁵ que, pese a que no aplica la Ley 15/2022, se refiere a la enfermedad como factor de discriminación. Los hechos se refieren a una trabajadora con categoría profesional de oficial premim desde el 17 de octubre de 2016, inicia un proceso de incapacidad temporal (25 de enero de 2021) por afección de los manguitos rotadores, supraespinoso, infraespinoso, y subescapular y porción larga de bíceps. Tras el correspondiente proceso quirúrgico y de sanidad, fue dada de alta médica por curación, sin agotar el periodo máximo de la situación de incapacidad temporal ni propuesta de incapacidad permanente el día 30 de noviembre de 2021.

En fecha de 30 de noviembre de 2021 la empresa procedió al despido de la trabajadora mediante comunicación escrita, alegando no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo. Y se reconoce la improcedencia del despido, poniendo a disposición de la trabajadora una indemnización en cuantía de 7.734,08 euros más otros 1.327,15 euros en concepto de compensación de vacaciones no disfrutadas.

El Juzgado considera que la cuestión se traslada, de esta forma, a una situación de trato discriminatorio, de un despido por «condición o circunstancia personal» de la trabajadora (artículo 14 CE). Y añade que: «Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

²⁵ JUR/2023/38274.

En definitiva, a juicio del Juzgado, en el caso la decisión extintiva no tiene otra causa que la enfermedad (que no el proceso de incapacidad temporal) de la trabajadora o las secuelas que dichas secuelas puedan producir, sin llegar tan siquiera a consentir el reingreso de la trabajadora tras ser dada de alta médica ni valorar de forma efectiva su aptitud para el trabajo. Se declara por ello el carácter discriminatorio del despido y su nulidad.

Declarada la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, procede la condena de la demandada al abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios, considerando razonable la cantidad solicitada por la trabajadora de 12.001,00, aplicando por analogía la LISOS²⁶.

Además, el Juzgado procede a comunicar los hechos a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos de que se instruya, en su caso, el correspondiente expediente sancionador.

El alcance de las nuevas medidas de tutela antidiscriminatoria puede ir más allá del despido amparando los supuestos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Esto es lo que precisamente se debate en la STSJ de Islas Baleares de 24 de enero de 2023²⁷. El trabajador fue contratado en fecha 2 de julio de 2020 con categoría profesional de jefe de obra y se pactó un periodo de prueba de un mes. A su vez, ambas partes acuerdan que, de suspenderse el contrato por alguna de las causas establecidas en el artículo 45 del ET, durante el periodo de prueba, se suspenderá éste por el mismo tiempo y ello no impedirá que persista la posibilidad de ejercitar por cualquiera de las partes el desistimiento de la relación laboral. El trabajador pasó a situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común el día 6 de julio de 2020²⁸. El proceso de incapacidad temporal finalizó por alta médica emitida por la Inspección Médica del Servicio de Salud el 3 de agosto de 2020 y el 9 de julio de 2020 la empresa comunicó por escrito al trabajador la finalización de su contrato de trabajo con efectos de la misma fecha por no superar el periodo de prueba.

Concluye el Tribunal que la actuación de la empresa, cesando al trabajador exclusivamente por su situación de incapacidad temporal, habiéndole instado previamente a su reincorporación, comportó indiscutiblemente una actuación negativa y perjudicial, reactiva al ejercicio de derechos constitucionales tan básicos como el de la salud (artículo 43 CE) y el del acceso a las prestaciones de la Seguridad Social (artículo 41 CE), lesiva del derecho fundamental a la integridad física consagrado en el artículo 15 CE. Según el Tribunal, nos encontramos una determinada actuación u omisión de la empleadora que, en aplicación de sus facultades de dirección y control de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado.

A su vez, el Tribunal declara nulo el cese del trabajador subrayando la aportación nueva que supone la Ley 15/2022 argumentando de esta forma: «Coadyuva a nuestra conclusión el hecho de que el legislador, sin duda para prevenir —entre otras— actuaciones como la que aquí analizamos, mediante la Ley 15/2022 para la igualdad de trato y la no discriminación, haya recogido, como una de las causas de discriminación prohibida, la “enfermedad o condición de salud”, sin más adjetivos, como causa de discriminación distinta a la de “discapacidad”, poniendo fin con tal inclusión al debate de si la apreciación de la enfermedad como causa de discriminación de-

²⁶ Señala el Juzgado que: «La conducta empresarial aparece tipificada como infracción muy grave en el artículo 8.12 LISOS, quedando fijada legalmente la sanción en con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1, c) de dicha norma. La cantidad solicitada se encuentra a mitad del grado mínimo, por lo que se adecua al criterio mantenido por la doctrina unificada».

²⁷ JUR/2023/80860.

²⁸ En el supuesto enjuiciado el 18 de mayo de 2020 el trabajador acudió al Instituto de Psicología-Sexología de Mallorca presentando sintomatología ansioso-depresiva de meses de evolución.

biera requerir el carácter imprevisible de su curación o su larga duración (STJUE Daouidi) o la concurrencia de un elemento intrínsecamente segregacionista (STS 29.1.01 (RJ 2001, 2069) y STC 62/08, elemento segregacionista que —incuestionablemente y en todo caso— también concurre en el presente caso ya que el demandante se ha visto injustamente despedido —y, por consiguiente, “segregado” en su empleo laboral— por el solo hecho de estar enfermo y ejercer derechos tal elementales como el de la protección a la salud y el acceso a la prestación sanitaria, recogidos ambos como fundamentales tanto en la CDFUE (artículos 34 y 35) como en la Carta Social Europea revisada (artículos 11, 12 y 13)».

La Sentencia no fija indemnización resarcitoria por la vulneración del derecho fundamental a la integridad física por cuanto no se ha postulado ni en la demanda, ni con posterioridad.

3.2. ¿Es posible que el despido sea procedente?

El despido del trabajador que padece una enfermedad podría estar justificado si la enfermedad limita la capacidad del trabajador. No se excluye que pueda haber despidos basados en la enfermedad del trabajador si esta es limitante para el ejercicio de determinadas actividades (artículo 2.3 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación). La Ley admite que, en función de las circunstancias concurrentes, pueda haber una desigualdad o diferenciación de trato no prohibida, cuando la enfermedad comporta una limitación objetiva para el ejercicio del desempeño del puesto de trabajo. Lo que viene a significar que la nueva ley protege a los trabajadores que padezcan una enfermedad no pudiendo ser, en principio, motivo de despido, salvo que dicha enfermedad pudiera dificultar su normal desempeño profesional²⁹. A partir de la STJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C 631/22), se podría discutir si sería preciso que la empresa comprobara si proceden ajustes razonables antes de la decisión extintiva.

Por lo demás, el despido podría ser declarado improcedente, por ejemplo, la persona trabajadora comete una infracción que es advertida por la empresa durante la situación de baja por enfermedad o se trata de una falta cometida durante la incapacidad temporal. Lo que parece no admitirse tras la aprobación de la Ley 15/2022 es la mera rentabilidad de la empresa.

3.3. Indemnización

La nulidad del despido del trabajador enfermo recogida en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, viene acompañada de otra medida reparadora como es la indemnización por el daño moral producido. En este sentido, se indica el artículo 27 de la Ley 15/2022 (Atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño) que: «La persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

²⁹ La explicación que se proporciona es que la extinción por enfermedad es una opción de regulación legítima e inexcusable ex art. 38 de la CE. Ahora bien, apuntan los autores que, ante la alegación de nulidad por la persona trabajadora la estrategia procesal del empresario no puede consistir en el reconocimiento de la improcedencia, sino que ha de realizar un esfuerzo probatorio adicional con el fin de acreditar razones que justifican la extinción que nada tienen que ver con la enfermedad o que tienen su causa exclusiva en las limitaciones objetivas que entraña. 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», *Revista Justicia y Trabajo*, n.º 1, 2022, p. 20.

Como se ha visto en los casos judiciales analizados, no siempre prevalece el criterio de la LISOS como baremo orientativo para graduar la indemnización, sino que se tienen en cuenta diferentes parámetros para calcular ésta: la escasa antigüedad del trabajador, que la persona trabajadora ha sido atendida en salud mental, que la empresa actuó de una forma totalmente contraria a la protección que en nuestro ordenamiento se brinda a los trabajadores durante los periodos de incapacidad temporal, convirtiendo a la persona trabajadora en una mera mercancía a disposición del empresario, incluso aun cuando éste expresa satisfacción con el rendimiento del trabajador, el escaso daño causado dado que el único, que se trata de una empresa pequeña con pocos trabajadores y no hay datos adicionales para apreciar una actitud reiterada por la empresa en relación a actuaciones similares³⁰.

4. LA CONDICIÓN DE SALUD, ESTADO SEROLÓGICO Y/O PREDISPOSICIÓN GENÉTICA A SUFRIR PATOLOGÍAS Y TRASTORNOS

Junto a la enfermedad, la Ley 15/2022 incluye la condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (artículo 2.1) que, por cierto, se ha recogido en leyes previas de contenido extralaboral³¹. Desde nuestra opinión, puede tener un mayor impacto laboral la expresión «condición de salud» que incluye la Ley 15/2022 en la medida que podría llegar a tutelar situaciones discriminatorias hasta ahora no protegidas en el terreno laboral y que se basan en la constitución física o comportamientos del trabajador vinculados a la salud. Podrían encajar en este grupo los supuestos de trato peyorativo por sobrepeso o estatura, alopecia, psoriasis, dificultades en el habla, tics, olor corporal (involuntario) o hábitos poco saludables (consumo de tabaco/alcohol), etc. Las personas trabajadoras afectadas por estas prácticas laborales encuentran serias dificultades para articular una defensa.

5. CONCLUSIONES

El análisis de la legislación nueva, así como su aplicación judicial permite concluir que la enfermedad se perfila como una nueva causa discriminatoria. Si bien podemos acordar que se trata de una causa atípica en la medida que no está expresamente recogida en la Constitución, al igual que ocurre con algunas formas de discriminación como es el caso de la discriminación por asociación. No obstante, este hecho no debería justificar interpretaciones de corte restrictivo del concepto de enfermedad que vayan más allá del supuesto legal y que limiten la protección del trabajador enfermo que resulta ser despedido sin causa. Más aún cuando estas prácticas laborales se caracterizan por su complejidad y el carácter sutil de las mismas.

Se formula como conclusión también la necesidad de articular criterios objetivos para poder apreciar la condición de salud como factor de discriminación. En este punto, las interpretaciones judiciales y las aportaciones doctrinales futuras podrán contribuir a clarificar los supuestos incluidos y excluidos.

³⁰ Sobre las disfunciones que produce la LISOS para el cálculo de la indemnización por daño moral, puede consultarse MERCADER UGUINA, J. R., «La Ley de infracciones y sanciones como «baremo»: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales», *Trabajo y Derecho*, n.º 112, 2024.

³¹ Como ejemplo, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. La Ley 4/2018, de 11 de junio, modificó esta ley y añadió una disposición adicional única, con el siguiente texto: «Disposición adicional única. Nulidad de determinadas cláusulas. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud». Así lo apunta 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, Madrid, p. 67.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- 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, Madrid.
- DESDENTADO DAROCA, E., La discriminación por razón de enfermedad en las relaciones laborales. Reflexiones a partir de la SAN de 19 de junio de 2023, *Briefs AEDTSS*, número 61, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.
- 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», *Revista Justicia y Trabajo*, n.º 1, 2022.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Aranzadi, 2022.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y RODRÍGUEZ CARDO, I., «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*, n.º 110, 2024.
- MERCADER UGUINA, J.R., «La Ley de infracciones y sanciones como “baremo”: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales», *Trabajo y Derecho*, n.º 112, 2024.
- MONREAL BRINGSVAERD, E., Despidos en situación de baja por IT tras la Ley 15/2022: improcedentes, no nulos, como regla general, *Brief AEDTSS*, número 28, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.
- MUÑOZ RUIZ, A. B., «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores», *Temas Laborales*, n.º 101, 2009, pp. 321-339.