

Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación,
Ley 15/2022, de 12 de julio

Calificación del despido de la persona trabajadora en situación de enfermedad

Carlos González González
Magistrado Jurisdicción Social
Delegado de Igualdad TSJ Navarra
Profesor Máster Acceso Abogacía

- ¿Se aplicará la nueva ley y la previsión de nulidad a despidos anteriores al 14 de julio de 2022?
- ¿Se aplican los mismos criterios a la comunicación de fin de los contratos temporales?
- ¿Y si el contrato temporal se extingue sin concurrir la causa extintiva o era fraudulento y por eso la relación indefinida?
- ¿Y qué ocurre si la enfermedad es de larga duración?
- ¿Es nulo el despido de quien se coge muchas bajas de corta duración por diferentes causas?
- ¿Hay riesgo de nulidad en la extinción por no superar el período de prueba por coger la persona contratada una baja médica?
- ¿Siempre que se despida a un trabajador de baja médica será nulo?
- ¿Puede ser el despido improcedente? ¿Las únicas opciones son la procedencia o la nulidad?
- ¿Es nulo el despido tras incorporación de baja de larga duración sin dar opción a trabajar ni un solo día?

Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, Ley 15/2022, de 12 de julio

- Entrada en vigor el 14 de julio 2022
- **Ley de garantías** que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen
- Afirma ser desarrollo del art. 14 de la CE
 - Pero no es una ley orgánica
- Se trata de una **ley general**, frente a las leyes sectoriales (igualdad, discapacidad etc.)
- Opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación
- Caracterizada por ser **integral** respecto de los motivos de discriminación y ámbitos a los que se aplica
- Vocación de convertirse en el **mínimo común normativo** que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español
- Y, al mismo tiempo, albergue sus **garantías básicas**

Objeto de la ley

Art. 1

- ❑ Garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación
- ❑ Respetar la igual dignidad de las personas
- ❑ Constituye desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 CE
- ❑ Regula derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas
- ❑ Establece principios de actuación de los poderes públicos
- ❑ Prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado

Ámbito subjetivo de aplicación

Art.2

- Derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación
 - con independencia de su nacionalidad
 - sean menores o mayores de edad
 - disfruten o no de residencia legal
- Es de aplicación al sector público
- Y a las personas físicas o jurídicas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia, en los términos y con el alcance que se contemplan en la ley y en el resto del ordenamiento jurídico

Ámbito subjetivo de aplicación

Art. 5. Reitera...

- Se garantizan los derechos a todas las víctimas de discriminación
- Con independencia de su origen, religión, edad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social,
- independientemente de su situación administrativa en el Estado español

Ámbito objetivo de aplicación

Art. 3

- **Empleo por cuenta ajena y por cuenta propia**
 - comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo
- Acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el **empleo público**
- Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico
- Educación
- Sanidad
- Transporte
- Cultura
- Seguridad ciudadana
- Administración de Justicia
- **Protección social, las prestaciones y los servicios sociales**

Ámbito objetivo de aplicación

Art. 3

- Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda
- Acceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público, así como el uso de la vía pública y estancia en la misma
- Publicidad, medios de comunicación y servicios de la sociedad de la información
- Internet, redes sociales y aplicaciones móviles
- Actividades deportivas
- Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación

Causas de discriminación

Art. 2

- Nacimiento
 - Origen racial o étnico
 - Sexo
 - Religión
 - Convicción u opinión
 - Edad
 - Discapacidad
 - Orientación o identidad sexual
 - **Expresión de género**
 - **Enfermedad o condición de salud**
- **Estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos**
 - Lengua
 - Situación socioeconómica
 - O cualquier otra condición o circunstancia personal o social

Causas de discriminación

Art. 2. Nadie podrá ser discriminado por razón de...

Nacimiento

**Origen racial o
étnico**

Sexo

Religión

**Convicción u
opinión**

Edad

Discapacidad

**Orientación o
identidad sexual**

Expresión de género

**Enfermedad o
condición de
salud**

Estado serológico

**y/o predisposición
genética a sufrir
patologías y
trastornos**

Lengua

**Situación
socioeconómica**

**O cualquier otra
condición o
circunstancia
personal o social**

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación y las conductas prohibidas

Arts. 4 y 6

- **Queda prohibida** toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad
- **Se consideran vulneraciones de este derecho a la igualdad**
 - La discriminación, directa o indirecta
 - La discriminación por asociación
 - La discriminación por error
 - La discriminación múltiple o interseccional
 - La denegación de ajustes razonables
 - El acoso
 - La inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia
 - Las represalias
 - El incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales
 - La inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes

Los distintos tipos de discriminación

Art.6

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

La **discriminación indirecta** se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2

Los distintos tipos de discriminación (por asociación y por error)

Art.6

Existe **discriminación por asociación** cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en la ley es objeto de un trato discriminatorio

La **discriminación por error** es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas

Los distintos tipos de discriminación (múltiple e interseccional)

Art.6

Se produce **discriminación múltiple** cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley

Se produce **discriminación interseccional** cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación

- En supuestos de **discriminación múltiple e interseccional** la motivación de la diferencia de trato debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación.
- Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple e interseccional las medidas de acción positiva deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación

Los distintos tipos de discriminación (en la discapacidad)

Art.6

- Es discriminación directa la **denegación de ajustes razonables** a las personas con discapacidad
- Se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal **que no impongan una carga desproporcionada o indebida**, 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 las demás, de todos los derechos

Los distintos tipos de discriminación (acoso, inducción, orden o instrucción de discriminar, represalias). Art. 6

- **Acoso discriminatorio**

- Constituye acoso cualquier conducta realizada **por razón de** alguna de las causas de discriminación previstas, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

- **Inducción, orden o instrucción de discriminar.**

- Es discriminatoria toda inducción, orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en ley.
- La inducción ha de ser concreta, directa y eficaz para hacer surgir en otra persona una actuación discriminatoria.

- **Represalias** = cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra **por intervenir, participar o colaborar** en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación

Conductas NO prohibidas

Arts. 2.2 y 4.2

- **No se considera discriminación la diferencia de trato** basada en alguna de las causas previstas en la ley derivada 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)
- **Podrán establecerse diferencias de trato** cuando **los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo**
- **O así venga autorizado por norma con rango de ley**
 - O cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad

Medidas positivas

Art. 6

- Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a **prevenir, eliminar y, en su caso, compensar** cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social
- Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican
- Deberán ser **razonables y proporcionadas** en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan

Aplicación e interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 4)

El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4.3)



En las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género (art. 4.4)



Se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros (art. 4.4)

Aplicación e interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación. Art. 7

La interpretación de la ley y la actuación de los poderes públicos se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos,



Atendiendo a la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable,



Deberá tenerse en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales



Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes



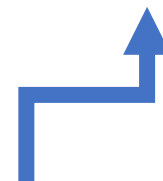
La ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación

Previsiones específicas para las relaciones laborales

Artículo 9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena

No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para

- el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado
- incluidos los criterios de selección
- en la formación para el empleo
- en la promoción profesional
- en la retribución
- en la jornada y demás condiciones de trabajo
- así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo



Artículo 9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena

- Se entenderán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley
- Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas **deberán velar** específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley, **favoreciendo la aplicación de medidas** para la consecución de tal fin como el **currículo de vida anónimo**

Artículo 9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena

- La ITSS deberá velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo
 - Para ello, **incluirlá en su plan anual integrado de actuación** con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo
- **El empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto**
 - NOTA: lo que no significa que no deba cumplir con la normativa de prevención de riesgos, vigilancia de la salud y **reconocimientos médicos obligatorios** en determinadas profesiones
 - Art. 22 LPRL (si es imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los empleados; necesario verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los compañeros o para otras personas relacionadas con la empresa y casos en los que esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad)
 - Brigadistas en prevención de incendios, vigilantes de seguridad o transportes de viajeros, personal de mantenimiento con trabajos en altura
 - SSTs de 10/6/2015, rec.178/2014 , 7/3/ 2018, rec.42/2017 y 21/1/2019, rec. 4009/2016

Artículo 9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena

Por vía reglamentaria, se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas **tengan más de 250** trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias del artículo 2.1.

- Ya no estamos en el ámbito de los planes de igualdad, registro salarial y auditoría retributiva en igualdad de género
- Sino que se extiende a todos los demás factores de discriminación
- Habilitando el acceso a la información salarial
- Que ni siquiera el acceso aparezca limitada a los RT
- Si bien será preciso el desarrollo reglamentario (no está en vigor aún esta obligación para las empresas)
- Recordemos que la SAN ha declarado que la RT tienen derecho a acceder a datos de cotización

Protección de datos, libertad sindical y entrega de documentación a los representantes de los trabajadores

- ¿La entrega de boletines y datos de cotización a la RT debe incluir datos sobre la base de cotización?
- Así lo declara la **SAN 22 de junio de 2022** (ROJ: SAN 2854/2022)
- La empresa elimina esos datos al entregar la documentación a la RT y defiende la licitud de su proceder amparándose en la normativa de protección de datos y en las reticencias de los trabajadores acerca de que determinados datos relativos a su retribución puedan ser conocidos por los representantes legales y sindicales de los trabajadores
- **Vulneración del derecho de información y la libertad sindical**
 - “La información que se proporciona se hace de forma insuficiente, mutilando datos que, aun siendo de carácter personal de los trabajadores, resultan esenciales para que el Delegado sindical realice las funciones de vigilancia y control por parte de la empresa de las normas en materia de seguridad social, como preceptúa una norma con rango de ley como es el art. 64.6 del E.T
 - Resultando además esencial que se entregue de forma completa por cuanto que el Delegado Sindical realiza funciones reconocidas en los arts. 7 y 28 de la CE en defensa y promoción de los intereses de los trabajadores en su conjunto”.

Protección de datos, libertad sindical y entrega de documentación a los representantes de los trabajadores

- **¿Y la cesión de datos personales?**
 - **Tiene base de legitimación en la ley y no requiere consentimiento de la persona trabajadora:**
- “(...) se trata de información que resulta necesaria para el desenvolvimiento de una función reconocida constitucionalmente como es la sindical y una norma legal exige que se transmita la información de forma que se pueda verificar por quién recibe la misma que la empresa está cumpliendo sus obligaciones en materia de seguridad social, resultan esenciales que los boletines de cotización se entreguen sin omisión de dato alguno”.
- Condena a la **entrega inmediata** al delegado de la sección sindical ... **de los boletines de cotizaciones** RLC (relación de liquidaciones de cotizaciones) y RNT –relación nominal de trabajadores (anteriormente denominados TC1 y TC2) de todos los centros de trabajo, y de todos los empleados y empleadas de la empresa, **sin enmiendas ni tachaduras**, y concretamente las columnas **NAF, IPF y CAF** deben aparecer completas, no en blanco como sucede hasta el momento
- Abonar en concepto de indemnización por los daños y perjuicios 6.000 euros.

Artículo 10. Negociación colectiva

- Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, la negociación colectiva **no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones** para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, **por las causas previstas en esta ley**
- Los poderes públicos fomentarán el diálogo con los interlocutores sociales, a fin de **promover** la existencia de **códigos de conducta y buenas prácticas**
- De acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en la legislación laboral, mediante la negociación colectiva **se podrán establecer medidas de acción positiva** para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley
- La RLT y la propia empresa **velarán por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación** en la empresa por las causas previstas en esta ley y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos

Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

Artículo 25. Medidas de protección y reparación frente a la discriminación

La protección frente a la discriminación obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su descubrimiento, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias

Parece que exigirá elaborar protocolos específicos porque además se vincula a la responsabilidad de la empresa

El incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado anterior dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que **podrán incluir tanto la restitución como la indemnización**, hasta lograr la **reparación plena y efectiva** para las víctimas

Art. 26. Nulidad de pleno derecho

Son nulos de pleno derecho 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

Artículo 27. Atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño

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**



El daño moral se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación 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



Serán igualmente responsables del daño causado **las personas empleadoras** o prestadoras de bienes y servicios **cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección** y no hayan cumplido las obligaciones previstas en el apartado 1 del artículo 25

Artículo 28. Tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

La tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales,

- La adopción de todas las **medidas necesarias para poner fin** a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación
- La adopción de **medidas cautelares** dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores
- La **indemnización** de los daños y perjuicios causados
- El **restablecimiento** de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho
 - con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal

Art. 30. Reglas relativas a la carga de la prueba

- De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado **alegue discriminación y aporte indicios fundados** sobre su existencia
 - **corresponderá a la parte demandada** o a quien se impute la situación discriminatoria **la aportación de una justificación objetiva y razonable**, suficientemente probada, **de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad**
- A los efectos de lo dispuesto en el párrafo primero, el órgano judicial o administrativo, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad
- No será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores

Régimen transitorio de procedimientos DT Única

- A los procedimientos administrativos y judiciales **ya iniciados** con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley **no les será de aplicación** la misma, rigiéndose por la normativa anterior

Enfermedad y condición de salud como causa de discriminación y nulidad del despido fundado en ella

- **¿Ha sido nulo alguna vez el despido durante la situación de baja médica o de incapacidad temporal?**
- Sí, con el ET 1980 y antes de la reforma de la Ley 11/1994
- Art. 55.6 ET/1980: “el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia”
- Pero la reforma 1994 dejó de mencionar como supuesto de nulidad los decididos durante la suspensión de los contratos
 - Y, por tanto, durante la suspensión por causa de la incapacidad temporal
- Aunque los tribunales siguieron aplicando la nulidad por discriminación por razones de salud
- La STS 29.1.2001 por primera vez declaró que el despido por enfermedad o en situaciones de baja médica e IT no es nulo sino improcedente **porque no está incluido en el art. 14 CE**

Enfermedad y condición de salud como causa de discriminación y nulidad del despido fundado en ella

Hasta ahora el despido por causa de enfermedad o estando de baja médica no equivale a despido discriminatorio y no es nulo en sí mismo, sino improcedente por carecer de válida causa

El TC y el TS mantienen esta doctrina bajo la idea de que el despido en realidad se produce por razones de productividad o eficacia empresarial (STS 31.5.2022)

Razones del TS

La condición de enfermo no está contemplada en el listado de supuestos de discriminación (lo que coincide con la STJUE Chacón Navas)

El despido por razón de enfermedad o por bajas médicas no es lícito, pero no está contemplado como causa de nulidad

STC 62/2008: “cualquier otra condición o circunstancia”: naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata.

Lo que no ocurre en sí mismo con la enfermedad, salvo que el despido implique la estigmatización como persona enferma de quien la padece.

Y el derecho a la salud ex. art. 43 CE no es de los DDFF

¿Enfermedad y discapacidad?

Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social

La enfermedad en sí misma no equivale a discapacidad

Art. 4: Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, **previsiblemente permanentes** que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás

Enfermedad: situación de **alteración de la salud** que puede afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo de la persona



Discapacidad: situación permanente o a largo plazo de limitación física, psíquica o sensorial que altera de manera permanente o a largo plazo las condiciones de vida y trabajo de la persona

Supuestos en que sí se ha declarado la nulidad vinculada a la enfermedad

- **Excepciones:**
 - En enfermedades con connotaciones estigmatizantes socialmente
 - **Enfermedades de previsible larga duración asimilables a la noción de discapacidad**
 - Pero **debe conocer el empresario el diagnóstico o enfermedad y la previsible larga duración** porque en otro caso no es posible afirmar que es decisión discriminatoria
 - Dicho de otro modo: no es un supuesto de protección automática (como en el embarazo, riesgo embarazo y lactancia etc.)
 - **Pauta interpretativa importante:** si en la discapacidad no actúa el despido objetivo o automático, sino que debe probarse la discriminación, en el factor enfermedad debe ser igual

La enfermedad que integra el concepto de discapacidad

- La doctrina del TJUE y su recepción por los tribunales nacionales
 - STSJUE “Ring” y “Daoudi” de 1.12.2016
 - Por cierto el TSJ Cataluña revocó sentencia de instancia y declaró la improcedencia por no constar la previsible larga duración de la enfermedad
- Desarrollada tras firmar la UE la Convención de la ONU 2006 sobre personas con discapacidad y ser aplicable la noción de discapacidad
 - deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales **a largo plazo** que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (Art. 1)

Las reglas “Daouidi”

- “Si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores **y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad»** en el sentido de la Directiva 2000/78” (F. 45)
- “El carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado **en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio**” (F. 53)
- “Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico” (F. 55)
- “Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente **debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga**, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales” (F. 57 y 59)
- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, **el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente** antes del restablecimiento de dicha persona” (F. 56 y 59).

- **¿En Navarra? Selección trabajadores sensibles y discapacidad DC**

- Casos que se prueba que se tuvo conocimiento de patología cardiaca de previsible duración por la visita del superior jerárquico al hospital...
- Varios casos de despidos colectivos con causa...pero en la acción individual se declara la nulidad
 - Trabajador especialmente sensible de la LPRL y enfermedad de larga duración = discapacidad
 - Criterio de absentismo para seleccionar a los afectados por el despido: en la medida en que el absentismo se vincule a enfermedad de larga duración puede constituir no discriminación directa, pero sí indirecta
- En el caso:
 - la empresa no ha argumentado que el criterio del absentismo, aparentemente neutro, pero que coloca en una situación desfavorable a los trabajadores con discapacidad, **respondiera a una finalidad legítima** y que los medios para la consecución **fueran adecuados y necesarios**
 - **no es suficiente alegar que desconocía la enfermedad del trabajador**
 - y que los criterios de selección fueron negociados y eran claros y objetivos
 - **siendo un supuesto de discriminación indirecta** no es necesario que concurra intención de discriminar
 - es suficiente que el criterio aparentemente neutro cause la diferenciación o desventaja perjudicial para el colectivo protegido respecto de las otras personas,
 - salvo que el criterio neutro responda a una finalidad objetiva y los medios para alcanzarla sean adecuados y necesarios
- **Ahora habrá que valorar el riesgo de utilizar el absentismo como criterio de selección pero ya referido a enfermedad**

Otros supuestos de nulidad vinculadas a bajas médicas

- **Política habitual de la empresa de despedir a trabajadores de baja por IT o que habían estado de baja por IT** (STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021, rec.)
 - En instancia se declaró la improcedencia porque las dolencias de espalda eran leves y no integraban el concepto de discapacidad al exigir gravedad o limitaciones significativas o duraderas
 - La Sala la nulidad pero **por vulneración del derecho a la integridad física**: es un factor de segregación de quienes se vean en la necesidad de situarse de baja médica, en la medida en que es una amenaza claramente disuasoria para las personas trabajadoras de hacer uso del derecho fundamental a proteger su propia integridad física y salud
 - se ha producido la vulneración del derecho a la integridad física de la demandante, en tanto que se le despide porque la empresa no acepta mantener el contrato de trabajo a personas que estén, hayan estado o puedan estar enfermas
 - Además indemnización de 18.000 euros “porque no podemos conceder mayor cuantía por congruencia”
- **Apariencia razonable de incapacidad duradera del despido de un trabajador que fue atropellado y llevado con urgencia al hospital** (STSJ de Galicia de 14 de abril de 2021)

Nulidad del despido por baja médica COVID-19

- SJS 1 de Mataró 1.2.2021
 - Trabajador que fue despedido tras comunicar la baja por COVID-19.
- El trabajador no fue despedido por el mero hecho de encontrarse en situación de IT, ni por la mayor o menor duración del periodo de cuarentena
- Sino que **el verdadero motivo fue que era sospechoso de haberse contagiado de una enfermedad altamente contagiosa, como es el COVID-19.**
- En el contexto de la situación de temor generalizado frente a contagios masivos que existía especialmente en aquel momento, permitió equiparar el contagio por COVID-19 a una **enfermedad estigmatizante**
 - Enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo
- **Nulidad del despido por haberse producido con una intencionalidad discriminatoria por parte de la empresa**

Despido a causa de enfermedad o condiciones de salud

Art. 2.1: como uno de los factores o causas de discriminación prohibidas

- nadie podrá ser discriminado por su “estado enfermedad o condición de salud estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”

Art. 2.3: La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato salvo o distintas de

- Las que deriven del propio tratamiento de la enfermedad
- Las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades
 - Despido por ineptitud sobrevenida, por ejemplo
 - O declaración de la incapacidad permanente
- Las exigidas por razones de salud pública

Art. 26. Nulidad de pleno derecho

Son nulos de pleno derecho 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

Despido por enfermedad o condiciones de salud

Reglas a tener en cuenta

Se integra la enfermedad y la condición de salud en las causas de discriminación

Es indiferente qué clase de enfermedad afecte a la persona trabajadora

No hay una exigencia o adjetivación de gravedad, duración o que constituya dolencia estigmatizante

- esos casos ya quedaban incluidos entre los factores de discriminación

Pero no es nuevo supuesto de nulidad objetiva o automática como el embarazo y permisos art. 55.5 ET

No hay como exclusiva opción nulidad o procedencia: es posible supuestos de improcedencia

Exige probar que el despido es consecuencia o a causa de la enfermedad o condición de salud

Incluso aunque no haya una baja médica

O aunque se comunique tras el alta médica

Despido por enfermedad o condiciones de salud

Reglas a tener en cuenta

Pero sí resulta aplicable el régimen de inversión de la carga de la prueba

Con la aportación de indicios la empresa es la que tiene la carga de la prueba

O bien que el despido no es por causa de la enfermedad o condición de salud (despido económico, o que no superó el periodo de prueba)

O bien que concurre una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (criterios de selección...??)

Dudas para el caso de despido disciplinario con causas reales, pero que no superan el juicio de proporcionalidad (teoría gradualista)

- **Casos de sanción excesiva o valoración de la tolerancia empresarial, o hechos prescritos...o incumplimientos formales**
- **Me inclino con la posibilidad de la improcedencia porque “NO ES UN DESPIDO CON MÓVIL DISCRIMINATORIO”**

La nulidad es la consecuencia del mandato que prohíbe discriminar por razón de enfermedad (art. 2.1) y de la expresión declaración del art. 26

Carece de transcendencia que se trate de una Ley general y que no se haya modificado el art. 55 del ET

Su carácter integral no excluye la obligatoriedad e imperatividad de sus mandatos

Concluyendo...

- Si comparemos casos reales
- La perspectiva ahora es muy distinta
- Los supuestos de improcedencia que se veían en los tribunales
- Ahora son sencillamente despidos nulos por discriminatorios

Algunas preguntas...

- **¿Se aplicará la nueva ley y la previsión de nulidad a despidos anteriores al 14 de julio de 2022?**
 - En principio no porque hasta esa fecha ninguna norma equiparaba la enfermedad a causa de discriminación y el TS y TC lo excluía
 - Será aplicable a partir del 14 de julio 2022
- **¿Se aplican los mismos criterios a la comunicación de fin de los contratos temporales?**
 - Sí claro, es un supuesto previsto...no se puede discriminar por enfermedad o condición de salud al margen de cual sea la causa extintiva
 - Pero, lógicamente, si concurre y se prueba la causa de extinción propia o inherente al contrato temporal celebrado, estaremos ante una declaración de despido procedente
- **¿Y si el contrato temporal se extingue sin concurrir la causa extintiva o era fraudulento y por eso la relación indefinida?**
 - Será más complicado superar el juicio de validez de la extinción o de desvirtuar los indicios
 - Pero debe haber margen para acreditar que la causa de la extinción no es la enfermedad y entonces se declarará despido improcedente
 - Por ejemplo, si se prueba que hay mucho absentismo o bajas médicas y los datos estadísticos ponen de manifiesto que la política de la empresa es respetuosa con los derechos durante la situación de IT o bajas

Algunas preguntas...

- **¿Cómo se interpretará la extinción por no superar el período de prueba?**
 - La única previsión actual es la del art. 14.2 ET
 - La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, **salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad**
 - Siempre se han admitido despidos nulos por discriminación en la extinción en el periodo de prueba
 - Ahora la enfermedad actuará como las demás causas de discriminación, salvo el embarazo o maternidad con su régimen reforzado
- **¿Si no estoy de baja médica se aplican estas reglas? ¿O si la extinción se comunica con el alta médica o pasados días o meses después del alta médica?**
 - Sí claro, porque el factor o causa de discriminación no es la baja médica, sino la enfermedad o condición de salud
 - Seguiremos aplicando los mismos criterios expuestos
- **¿Será suficiente indicio para invertir la carga de la prueba estar de baja médica al tiempo de la extinción del contrato?**
 - Es dudoso...pero así que el hecho de ser de otra raza o etnia, o profesar una religión, o tener una orientación sexual, sin más datos, no debería activar el indicio...
 - Pero puede haber tendencia a asimilar el indicio con estar enfermo ...
 - Así que debe ser buena política reforzar la motivación extintiva cuando afecta a personal en IT etc.

Un supuesto de extinción por no superar el período de prueba

¿Qué cambiará ahora?

- CONTRATO DE TRABAJO: PERIODO DE PRUEBA: extinción por desistimiento empresarial: nulidad: inexistencia: al tiempo del desistimiento empresarial, el trabajador se encontraba incurso en un proceso de incapacidad temporal por un trastorno de ansiedad iniciado 42 días antes, datos a partir de los cuales no puede razonablemente inferirse que el **despido pudiera responder a un móvil discriminatorio por discapacidad, dado el desconocimiento por parte de la empresa en la fecha de cese del alcance y la evolución de la enfermedad**
 - TSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 1022/2022 de 24 mayo JUR 2022\205254
- **Ahora ya no hay que relacionarlo con la previsible larga duración de la enfermedad**
- Solo con la enfermedad o condición de salud, pero a partir de indicios ...
- **¿Aporto indicios que vinculan el desistimiento con mi enfermedad?**
 - La empresa deberá probar que no guarda relación alguna su decisión con estos factores...
 - Aunque podrá tal vez aportar prueba en el acto del juicio...no parece que esté de más una motivación adicional en la comunicación de desistimiento

Algunas preguntas...

- ¿Y qué ocurre si la enfermedad es de larga duración?
 - Que entonces concurren dos factores de discriminación
 - La enfermedad y la discapacidad
 - Es un caso de discriminación múltiple
 - Se aplicará la doctrina y reglas expuestas
- ¿Es nulo el despido de quien se coge muchas bajas de corta duración por diferentes causas?
 - La nulidad no se vincula a la duración de las bajas ni a su número: solo que tenga por causa la enfermedad o condición de salud
- ¿Hay riesgo de nulidad en la extinción por no superar el período de prueba por coger la persona contratada una baja médica?
 - Es un claro caso de despido por razón de enfermedad y, por lo tanto, ahora despido discriminatorio nulo

Algunas preguntas...

- ¿Siempre que se despida a un trabajador de baja médica será nulo?
 - No, bien puede ser procedente si la causa se prueba y no guarda relación con la enfermedad
- ¿Puede ser el despido improcedente? ¿Las únicas opciones son la procedencia o la nulidad?
 - Caben las tres opciones, a resolver ad casum
- ¿Es nulo el despido tras incorporación de baja de larga duración sin dar opción a trabajar ni un solo día?
 - Lo será en la medida en que su causa sea la enfermedad o la condición de salud
 - Entrarán en juego las reglas de la aportación del indicio de discriminación y la carga de la empresa de probar que no tiene nada que ver con esas motivaciones o causa

**Muchas gracias por la atención
prestada**