

Derechos fundamentales y relaciones laborales

Igualdad ante la ley y no discriminación

III. Por razón de otras circunstancias personales

Noviembre 2022

(Nº 17)

**SERVICIO DE
ESTUDIOS
UGT**

CONTENIDO

- Introducción
- Regulación
- Discriminación por discapacidad
- Discriminación por enfermedad
- Actualización normativa
 - Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022 de 12 de julio)
 - Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

Introducción

El principio general de igualdad (art. 14 CE), doctrinalmente definido como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, exige que supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. Debe existir suficiente justificación para introducir cualquier diferencia y además ha de ser fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

El mismo precepto constitucional incluye la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación que no agotan las razones de discriminación prohibidas, sino que tan solo obedecen, conforme a la doctrina constitucional, a una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas.

Ello resulta evidente, asimismo, por cuanto el art 14 CE prohíbe cualquier discriminación basada en otras causas personales, en la concurrencia de factores diferenciadores que vulneran la dignidad humana.

En una sociedad en continua evolución, el respeto a la diversidad y pluralidad lleva pareja la necesidad de que el legislador y los Tribunales aborden otros factores de discriminación que, aunque no insertos específicamente en el texto constitucional, supongan una garantía efectiva en materia de no discriminación y disfrute de derechos humanos y libertades fundamentales.

En este tercer Informe seguimos analizando la doctrina fijada por los Tribunales, fundamentalmente el Constitucional, sobre el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación recogidos en el art. 14 CE. En concreto, por razón de discapacidad y enfermedad.

Regulación

En los anteriores documentos ya referenciamos los artículos del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) relativos al derecho a la igualdad y no discriminación, y otras normas relevantes en esta materia en el ámbito del derecho laboral.

No obstante, centrándonos en la materia objeto de este informe destacamos:

- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.
- Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.
- 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.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006
- Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (1982).

Discriminación por discapacidad

Antes de entrar en el análisis de la visión que mantienen los Tribunales, especialmente el TC, resulta oportuno recordar algunos conceptos imprescindibles a la hora de abordar esta materia.

Discapacidad: definición y tipos de discriminación

Según el art.2 del *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, la **discapacidad** es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En el sentido de la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000*, la discapacidad debe considerarse referida a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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.¹

Se entiende por “discriminación por motivos de discapacidad” cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables². La discriminación puede ser directa, indirecta o por asociación.

La **discriminación directa** es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

La **indirecta** existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

La **discriminación por asociación** se produce cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.

Discriminación y acoso

Es acoso toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

¹ STJUE de 10 de febrero de 2022 C-485/2020

² Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007, “BOE” núm. 96 del 21 de abril de 2008, entrada en vigor el 3 de mayo de 2008).

Ámbito laboral y discriminación

El empleo es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido "tan preeminente como persistente" (Observación General núm. 5 sobre las personas con discapacidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 1994). La Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en consonancia con el art. 14 CE, regula en su art. 35 las "**Garantías del derecho al trabajo**" para establecer que las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Aquellos preceptos reglamentarios, cláusulas de los convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, se entenderán nulos y sin efecto, y toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad se considerará acoso.³

La doctrina del Tribunal Constitucional reconoce que el **padecimiento de una discapacidad** constituye una circunstancia personal protegida por el artículo 14 CE, contra cualquier forma de discriminación.

STC 269/1994, de 3 de octubre. Recurso de amparo 1055-1993

La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación.

Junto a ello, señala que las medidas que se instrumentan para procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas de acción positiva, tienen una estrecha conexión, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 C.E, y específicamente con su plasmación en el art. 49 C.E, que señala que: "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". Así determina, con alcance a todas las situaciones de discapacidad (física

³ Asimismo, el artículo 63 Real Decreto Legislativo 1/2013, determina que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

o psíquica)⁴:

STC 10/2014, de 27 de enero. Recurso de amparo 6868-2012

Ha de estarse al marco normativo específico del derecho que pretende ejercitarse la persona en cada momento, puesto en relación con “el art. 14 CE que prohíbe ‘discriminación alguna’ por ‘cualquier circunstancia o condición personal’ y el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de los discapacitados. Estos preceptos, como este Tribunal ha venido afirmando desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, han de ser interpretados, en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales que España haya celebrado sobre la materia.”

Por tanto, **los artículos 14 y 49 de la CE deben ser interpretados, en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales⁵** que España haya celebrado sobre la materia, como reitera una consolidada jurisprudencia:

STC 172/2021, de 7 de octubre. Recurso de amparo 4119-2020

La aplicación de la cláusula del artículo 10.2 CE conlleva que, en este tipo de casos, el tribunal otorgue especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada el 23 de noviembre de 2007, y cuya entrada en vigor para España se produjo el 3 de mayo de 2008. La Convención (...) proscribe en su artículo 2 la ‘discriminación por motivo de discapacidad’, ante ‘cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables’; señalando el artículo 5.3 que los Estados parte ‘adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

Los ajustes razonables

La importancia de realizar los ajustes razonables que sean precisos ha sido objeto de tratamiento en numerosas sentencias. En una reciente, el TJUE aborda la interpretación del art. 5 de la Directiva.

⁴ En análogos términos se pronuncia la STC 18/2017, de 2 de febrero. Conflicto positivo de competencia 2113-201.

⁵ La STC 3/2018, recuerda que el art. 21 de la Carta de derechos fundamentales incluye la discapacidad como uno de los factores expresos de protección contra discriminaciones, mientras que el artículo 26 ‘reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas’ a beneficiarse de medidas para su integración. Por su parte, la Decisión 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, ha integrado la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento de la Unión. Como resultado, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, viene utilizando la Convención ONU de 2006 como fuente interpretativa de la Directiva 2000/78/CE, en particular en lo relativo al derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad en el trabajo.

STJUE de 10 de febrero de 2022, C 485/20

“..., a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se deben realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.”

Nuestro TC también se ha ocupado de este extremo. Así, en STC 3/2018, de 22 de enero, destaca que "existe discriminación por razón de la discapacidad tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado (el efecto, en palabras del art. 2) debido a la acción de un responsable, que causa la distinción, exclusión o restricción de alguno de los derechos de quién es discapacitado, sin que tenga que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal. De allí, la importancia que la propia Convención confiere a quien tiene a su cargo el evitar esas barreras restrictivas, de emplear los ajustes razonables que eviten el resultado discriminatorio, esto es, 'las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales'".

STC 51/2021, de 15 de marzo. Recurso de amparo 2950-2018

El derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes.

Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad, su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite, conforme a la normativa aplicable, el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada; en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho. Sin embargo, hay que precisar que la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se

soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad.

STSJ de Galicia, de 28 de marzo de 2018. Recurso de Suplicación núm. 359/2018

La STJUE de 11 de abril de 2013 referencial declara que «procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los **ajustes razonables** para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo» (Ap. 57).

De ello cabe colegir que, en un supuesto de **despido** como el que aquí nos ocupa, la **nulidad** del mismo por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos y b) la **inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables**.

Canon de control aplicable

Cuando se alega que una norma jurídica conculta el artículo 14 CE, por cualquiera de las circunstancias personales que merecen protección, la jurisprudencia del TC mantiene un estricto criterio sobre el canon de proporcionalidad de la posible diferenciación de trato:

STC 3/2018, de 22 de enero. Recurso de amparo 2699-2016

Si el principio de igualdad ‘no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato’, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica ... Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad.

Por tanto, la discapacidad constituye una circunstancia personal que el artículo 14 CE protege contra cualquier forma de discriminación. Las medidas que se instrumentan para procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas de **acción positiva**, tienen una estrecha conexión con el mandato contenido en el artículo 9.2 CE y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas, que les ampare especialmente para el disfrute de los

derechos que este título otorga a todos los ciudadanos.⁶

Carga probatoria

Al igual que en otros supuestos contenidos en el art. 14 CE, la persona trabajadora deberá aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, debiendo ser el empresario quien acredite que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho.

STC 51/2021, de 15 de marzo. Recurso de amparo 2950-2018

Cuando el recurrente alega una discriminación prohibida por el art. 14 CE, aportando indicios racionales de discriminación, corresponde a la empleadora la obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Pero, incluso si dicha intencionalidad discriminatoria no existe, corresponde también al empleador probar que la vulneración que se le atribuye no represente objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación. Esta doctrina se aplica a la discriminación por razón de discapacidad, en tanto que el art. 14 CE proscribe todo acto que tenga tanto el propósito como el efecto de lesionar el derecho a la igualdad de trato de las personas que la padecen. De manera que corresponde al empleador, también cuando es una administración acreditar que sus decisiones o actos fueron legítimos y carentes del móvil o efecto discriminatorio que se les imputa.

Discapacidad e Incapacidad

En relación a cuándo la incapacidad temporal puede considerarse discapacidad, el Tribunal Supremo en su STS 306/2018 de 14 de marzo, asentó que si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva 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, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad»** en el sentido de la Directiva 2000/78. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.⁷ ⁸

⁶ Entre otras, sostienen esta línea jurisprudencial las SSTC 10/2014, de 27 de enero, y 18/2017, de 2 de febrero.

⁷ En aplicación de la doctrina establecida por STJUE (Gran Sala) de 11-07-2006 C-13/05 y STJUE (Sala Segunda) de 11-4-2013 asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.

⁸ Ver los Estudios realizados por el SEC sobre Incapacidad:

<https://servicioestudiosugt.com/la-incapacidad-temporal/>

<https://servicioestudiosugt.com/incapacidad-permanente-parcial/>

Discapacidad y jubilación anticipada

En cuanto al régimen jurídico de la jubilación anticipada por razón de discapacidad, el TC desde hace años sostiene que presenta unos contornos específicos que difieren de otros supuestos de jubilación anticipada originados por otras causas⁹.

STC 197/2003, de 30 de octubre. Cuestión de constitucionalidad 1836-1997

Si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales ‘es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva —art. 53.3 CE—’, ‘este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable. Pero así mismo ha sostenido que, la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema de seguridad social en atención a circunstancias económicas y sociales está sometida al necesario respeto de los principios constitucionales y, por ende, a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación.

Conforme a la **STC 172/2021, de 7 de octubre**¹⁰, el objetivo de asegurar el más pleno disfrute de los derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos ha de conllevar, en determinados supuestos, la adopción de “medidas de acción positiva” [art. 2 g) del texto refundido de 2013] o de “ajustes razonables” [art. 2 m]), porque solo de esa forma se podrá garantizar la finalidad pretendida.

La regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad contenida en el art. 206 LGSS responde al instrumento de las “medidas de acción positiva”, es decir, aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida (entre otros) social [...] y laboral [...], atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad [art. 2 g) del texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social].

Por lo tanto, si la ley no hace distinción alguna, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el art. 14, segundo inciso, CE, cuando no existe una diferencia objetiva y razonable en el trato diferenciado. Como explica la Sentencia, lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad.

<https://servicioestudiosugt.com/incapacidad-permanente-total/>

<https://servicioestudiosugt.com/la-incapacidad-permanente-absoluta-y-la-gran-invalidez/>

⁹ Entre otras SSTC 184/1993, de 31 de mayo y 91/2019, de 3 de julio.

¹⁰ La STC 5/2022, de 24 de enero de 2022 y la STC 52/2022 de 4 abril, aplican la doctrina establecida en la STC 172/2021, de 7 de octubre.

Discriminación por enfermedad

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la enfermedad es la “**alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible**”. Y en la definición de la RAE, una «alteración más o menos grave de la salud», que puede repercutir tanto en la vida cotidiana de la persona, como en su ámbito laboral.

Relación con la extinción de la relación laboral y con los procesos de selección de personal

La jurisprudencia fundamentalmente ha versado en torno a la relación entre enfermedad y extinción de la relación laboral, esto es, sobre la determinación de si la **extinción de la relación laboral** está basada estrictamente en motivos de salud, o si la enfermedad incapacita al trabajador para seguir desempeñando su trabajo, por lo que la decisión extintiva obedecería a una questión de ineptitud. Existe, asimismo, numerosa casuística sobre discriminación por razones de enfermedad en los procesos de **selección de personal** para acceder a un empleo.

Hasta ahora, la enfermedad del trabajador podía, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE “encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022 de 12 de julio), como veremos en el siguiente apartado, específicamente contempla la enfermedad como posible causa de discriminación, por lo que, desde su entrada en vigor, esta causa dejaría de derivar de la interpretación extensiva o de la equiparación de “otras causas de discriminación”.

Más allá del reciente cambio normativo, la jurisprudencia ya se había pronunciado sobre el factor de discriminación en el ámbito de las decisiones de contratación o de despido¹¹:

STC 62/2008, de 26 de mayo. Recurso de amparo 3912-2005

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.

¹¹ En análogos términos SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 41/2006, de 13 de febrero, 3/2007, de 15 de enero.

Conforme al artículo 55.5 ET y art. 108.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹², 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.¹³

La doctrina jurisprudencial mayoritaria ha mantenido los siguientes criterios¹⁴:

1. La enfermedad por sí misma tan solo es causa de improcedencia del despido y no de nulidad, en la medida en que dicha situación no está incluida entre los elementos de discriminación establecidos por la ley; para que la enfermedad pueda ser base para sustentar la nulidad debe constituir un elemento de estigmatización o segregación de quienes la padecen respecto al resto de quienes prestan servicios en el mismo centro o empresa.
2. En los supuestos en los que la actuación de la empresa, por medio de amenazas o puesta en práctica de decisiones de praxis empresarial constante, estigmatice o segregue a quienes estén en situación de enfermedad o de incapacidad temporal, dicha actuación puede ser vulneradora del derecho a la integridad física de las personas que para ella presten servicios, artículo 15 CE, y, consecuentemente un despido que afecte a alguna de aquellas, con fundamento real o formal en la enfermedad, merecerá la calificación de nulidad.
3. La situación de incapacidad temporal sin más elementos tampoco equivale a discapacidad.
4. Puede producir discriminación la enfermedad que implique discapacidad. Para que ello suceda y, en consecuencia, se produzca la nulidad del despido, es preciso que sea de larga duración, que sea conocida por la empresa y que se sitúe como causa de la extinción del contrato; el conocimiento debe alcanzar la duración, pasada o previsible de la enfermedad, y la gravedad de la misma, es decir su diagnóstico.¹⁵
5. El análisis de la posible nulidad debe realizarse con referencia al momento en que se toma la decisión del despido.

¹² También se deben tener en cuenta las sanciones que impone la LISOS y el art 314 del CP.

¹³ En esta materia, el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, refiere que la ausencia del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación laboral.

¹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 4380/2021 de 14 Sep. 2021, Rec. 2943/2021. El TS ha sostenido que el despido realizado en atención a una prolongada situación de enfermedad no es discriminatorio ni vulnera ningún derecho fundamental del trabajador, debiendo calificarse como improcedente, que no nulo (por todas, SSTS 23 septiembre 2002, 12 julio 2004 y 23 mayo 2005). Así mismo ha sostenido que el despido motivado por la situación de incapacidad temporal del trabajador no vulnera el derecho a la vida e integridad física, ni dignidad, ni la enfermedad se asimila a discapacidad como factor de discriminación prohibido, por lo que procede declararlo improcedente y no nulo (por todas SSTS de 22 noviembre 2007 y 22 septiembre 2008).

¹⁵ Cambio doctrinal que acontece tras la STJUE de 11 de abril 2013 (C- 335/11 y C-337/11. HK Danmark), antes citada, en la que el Tribunal sostiene que el concepto de «discapacidad» abarca la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional.

En cualquier caso, no son pocas las resoluciones que acertadamente sostienen que históricamente la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente ha afectado a la humanidad, y que la limitación funcional de un trabajador por problemas de salud que no le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo no puede erigirse en causa de despido, al ser ese acto contrario a la prohibición de discriminación del art. 14 CE.

Con la reforma operada, sin embargo, y teniendo en cuenta que existen pronunciamientos muy recientes de tribunales que declaran la nulidad del despido por discriminación por enfermedad¹⁶, el despido de personas de baja médica o en situación de IT, puede ser sancionado con la nulidad (siempre y cuando se acredite que la extinción tiene causa en esta circunstancia).

Si hablamos de los **procesos de selección** (situación pre contractual) constituye infracción grave la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación (art. 15.5 LISOS).

STC 87/2004, de 10 de mayo. Recurso de amparo 3534-2001

“cuando la “conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental. Y si ello es así en el ámbito de decisiones que inicialmente pueden aparecer como amparadas en la libertad de contratación del empresario, dada “la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo”, de manera que el ejercicio de las facultades del empleador no pueda servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador.”

Así mismo, solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado, se tipifica como infracción muy grave (art. 16.1 c) LISOS).

Es obligación de los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral de velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo (art. 35.1 Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo).

¹⁶ STSJ de País Vasco núm. 1586/2021 de 19 octubre, y STSJ las Palmas núm. 1266/2021 de 23 diciembre.

Por tanto, si los criterios de selección fijados en la convocatoria son ilícitos por discriminatorios, en este caso por razones de enfermedad, se vulnera el art 4 del ET, pues este derecho ha de ser reconocido incluso cuando el empresario y el trabajador no han establecido vínculo jurídico entre ellos. A ello se añade, a partir de ahora, lo contemplado en el **artículo 9 de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación**, como veremos en el siguiente apartado.

Atrás queda el art. 52 d) ET y las posibilidades que ofrecía para justificar un despido objetivo por enfermedad, cuya constitucionalidad fue avalada en su día por el TC al desestimar la cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona.¹⁷

Recordemos que el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, derogó la citada norma a efectos de garantizar el derecho a la no discriminación de las personas, así como para evitar el riesgo de exclusión social de colectivos de especial vulnerabilidad¹⁸, debiéndose tener en cuenta que, además, la ausencia injustificada al trabajo cuenta en nuestro ordenamiento con canales específicos de sanción, entre ellos el despido disciplinario.

A raíz de estos cambios normativos, deberemos esperar a los pronunciamientos en esta materia, del Tribunal Constitucional.

Actualización normativa

Se referencian a continuación de forma breve dos Leyes aprobadas recientemente, dada su trascendencia y relación con la materia tratada en el presente documento.

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

La ley, que afecta a todo tipo de ámbitos, incluido el laboral, tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución. Para ello regula derechos y obligaciones, tanto de personas físicas como jurídicas, y tanto públicas como privadas, estableciendo principios de actuación de los poderes públicos y medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta.

¹⁷ Que establecía como causa objetiva de extinción del contrato las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

¹⁸ El despido objetivo por faltas de asistencia establecido en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores es susceptible de afectar particularmente a las mujeres, dada la mayor participación de las mujeres en las actividades de cuidado, fundamentalmente por las dificultades de conciliación derivadas de factores múltiples.

La norma parte de la protección garantizada por las disposiciones comunitarias y por el artículo 14 de la CE, añadiendo, a los seis motivos que en ésta se recogen (discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal a no ser discriminados por razón de: **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.**

A partir de ahora, por tanto, las causas de discriminación se encuentran mucho más detalladas, sin que esto signifique un *númerus clausus*, y que, por ende, otras diferentes que el legislador no haya contemplado sean resueltas por nuestros tribunales atendiendo a la posibilidad de que las mismas se encuadren en la prohibición de discriminación por cualquier circunstancia o condición personal, mandatada en el artículo 14 CE.

En cuanto a su ámbito objetivo de aplicación, entre otros, y referidos al ámbito laboral, la ley contempla específicamente los siguientes:

- a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.
- b) Acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público.
- c) Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.
- j) La protección social, las prestaciones y los servicios sociales.

Por vez primera, la ley no solo contempla que vulnera el derecho a la no discriminación la discriminación, directa o indirecta, por asociación y 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 o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes, sino que, además, a través del artículo 6, define todos estos conceptos, en gran parte basados en la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Destaca por novedosa, la inclusión de definiciones y conceptos como represalias, discriminación por asociación y por error, discriminación múltiple e interseccional,

inducción, orden o instrucción de discriminar, y acoso discriminatorio. También se regula la definición negativa de discriminación.¹⁹

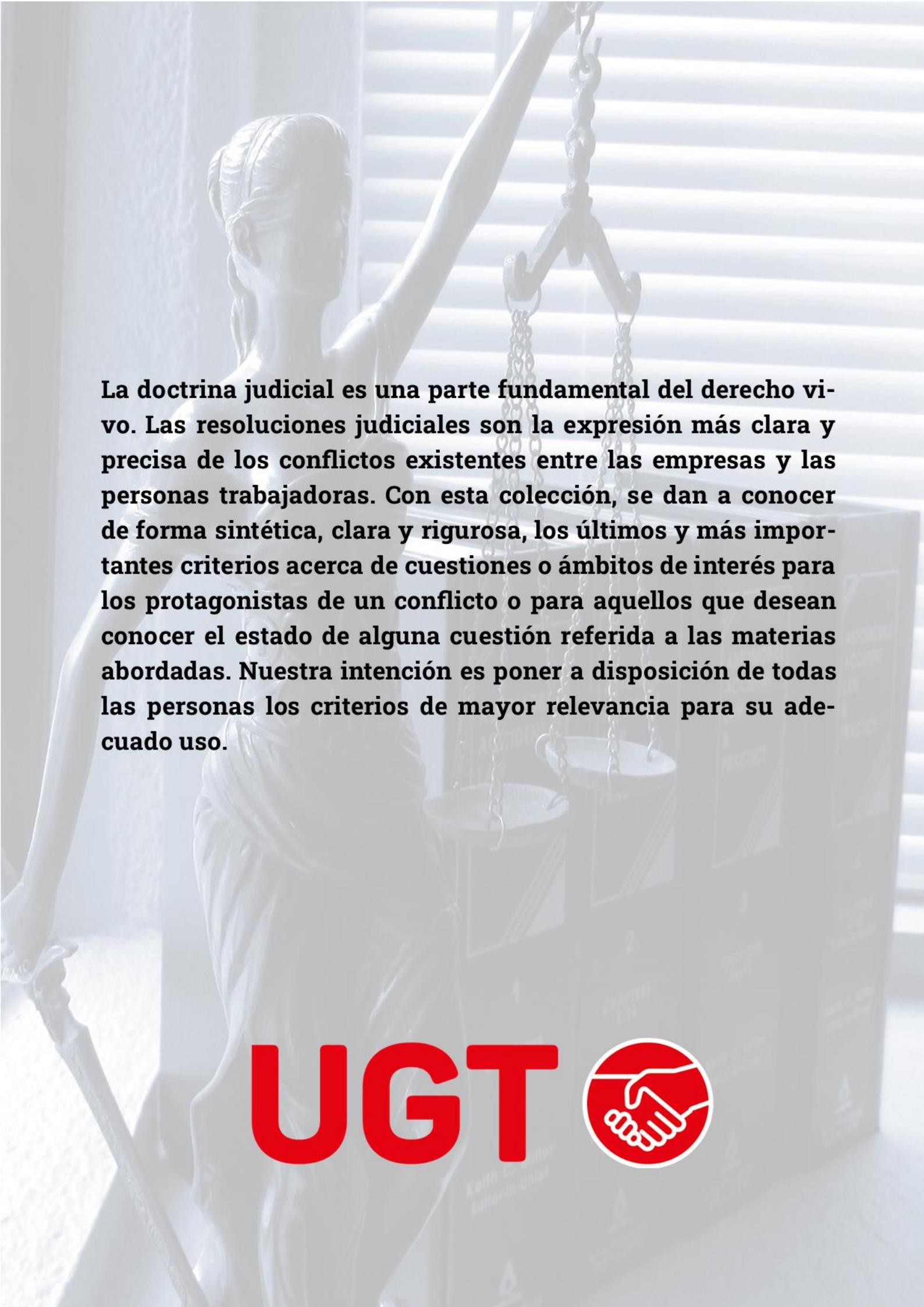
Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

El 7 de septiembre se publicó en el BOE la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, cuya finalidad es la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual.

El objeto de la norma es la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales, que ha supuesto la modificación del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley General de la seguridad social, y de la ley del estatuto del trabajo autónomo.

Por la relación que guardan las diferentes formas de violencia contempladas en el nuevo texto normativo, será objeto de análisis en un próximo documento que versará sobre el derecho a la vida y a la integridad física y moral, regulado en el art. 15 CE.

¹⁹ Para un estudio en mayor profundidad, recomendamos la lectura del Análisis realizado por el SEC [Análisis de la Ley 15/2022 Integral para la igualdad de trato y la no discriminación \(servicioestudiosugt.com\)](http://servicioestudiosugt.com)



La doctrina judicial es una parte fundamental del derecho vivo. Las resoluciones judiciales son la expresión más clara y precisa de los conflictos existentes entre las empresas y las personas trabajadoras. Con esta colección, se dan a conocer de forma sintética, clara y rigurosa, los últimos y más importantes criterios acerca de cuestiones o ámbitos de interés para los protagonistas de un conflicto o para aquellos que desean conocer el estado de alguna cuestión referida a las materias abordadas. Nuestra intención es poner a disposición de todas las personas los criterios de mayor relevancia para su adecuado uso.

