

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES SANITARIAS: EL IMPACTO DEL COVID-19 EN LAS RELACIONES LABORALES

DISCRIMINATION FOR HEALTH REASONS: THE IMPACT OF COVID-19 ON LABOUR RELATIONS

M^a Luisa Pérez Guerrero
Universidad de Huelva¹
ORCID: 0000-0002-2596-7707
malupe@uhu.es

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es el análisis de las nuevas formas de discriminación por razones sanitarias, provocadas por la irrupción del virus SARS-Cov-2 en nuestras vidas, en el ámbito de las relaciones laborales. Realizaremos un estudio de los principales problemas que la propagación de la enfermedad ha provocado en relación con la protección frente a la discriminación en el trabajo. Analizaremos los mecanismos de protección que nuestro ordenamiento jurídico arbitra frente a estas nuevas formas de discriminación tanto en el acceso al empleo, como en el desarrollo de la relación laboral o en el momento de su extinción. Ante la aplicación de normas aparentemente neutras, pueden subyacer comportamientos discriminatorios que frente a ciertos grupos de personas. Trataremos de exponer y reflexionar acerca de los garantías de nuestro ordenamiento frente a la lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores como la intimidad, la dignidad, la integridad física o la protección de los datos personales relacionados con la salud. En segundo lugar, nos centraremos en determinar en qué medida las decisiones empresariales causadas por la situación de salud de los trabajadores vulneran el principio de igualdad y no discriminación. Y, finalmente, analizaremos la calificación del despido fundado

1. Este trabajo se inserta en el ámbito de los proyectos de Investigación “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (US-1264479).

en causas relacionadas con el COVID 19, así como las garantías jurisdiccionales en el proceso de despido.

PALABRAS CLAVE: Discriminación; COVID 19; derecho a la intimidad; protección de datos personales; despido nulo.

ABSTRACT: This paper analyzes the new forms of discrimination for health reasons, cause the irruption of the SARS-Cov-2 virus in our lives, in the field of labor relations. We will analyze the protection mechanisms that our legal system arbitrates against these new forms of discrimination both in access to employment, as in the development of the employment relationship or at the time of its termination. Faced with the application of apparently neutral norms, discriminatory behaviors may underlie that towards certain groups of people. First of all, we will analyze how these discriminatory acts can violate other fundamental rights such as privacy, dignity or the protection of personal data related to health. Second, we will focus on determining when business decisions caused by the health situation of workers violate the principle of equality and non-discrimination. And, finally, we will analyze the classification of the dismissal based on causes related to COVID 19.

KEYWORDS: Discrimination; COVID 19; right to privacy; protection of personal data; dismissal.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DISCRIMINACIÓN POR COVID-19 EN EL ACCESO AL EMPLEO. 2.1. Marco normativo antidiscriminación en el acceso al empleo. 2.2. La vigilancia de la salud del trabajador y la vacunación como instrumentos generadores de prácticas discriminatorias en el acceso al empleo. 3. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CAUSAS RELATIVAS A LA COVID-19. 4. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES FRENTE A LAS DECISIONES DISCRIMINATORIAS CONTRA LOS TRABAJADORES POR RAZONES SANITARIAS 4.1. La inversión de la carga de la prueba. 4.2. La vulneración de la indemnidad del trabajador tras realizar reclamaciones con motivo de las medidas de protección adoptadas por la empresa frente al Covid-19. 4.3. Las competencias del orden jurisdiccional social cuando la discriminación tiene lugar en un proceso de selección. 5. LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las características personales de los trabajadores y su forma de desenvolverse en el ámbito laboral constituyen factores físicos, psicológicos o sociológicos que pueden estar en el origen de conductas discriminatorias que impidan, por lo que a nosotros interesa, el acceso al empleo o el mantenimiento del mismo. Muchos de estos

factores, en combinación con las nuevas tecnologías y la digitalización e informatización de los procesos de selección, crean nuevas formas de discriminación, apenas apreciables, si no se dedica parte de nuestra atención a su estudio y control. Junto a las causas “tradicionales” de discriminación, que aún hoy son fácilmente perceptibles, si bien con ciertos cambios en su forma de manifestarse, podemos encontrar nuevas formas de discriminación provocadas por decisiones, actos o normas relacionadas con acontecimientos de naturaleza global como la crisis sanitaria que vivimos desde principios de 2020, generada tras la aparición del Virus SARS-Co-2, conocido como COVID-19.

Es esta crisis sanitaria un factor que ha afectado a las relaciones laborales de forma global y que, además, ha tenido un importante impacto en la economía y en el mercado de trabajo. A la crisis económica que ya veníamos arrastrando en la mayor parte del planeta, se unió la necesidad de paralizar la actividad económica como único arma para luchar contra la propagación de una enfermedad, cuya transmisión se produce precisamente por la congregación de personas en un mismo lugar. Esto ha determinado que todos los gobiernos buscasen implantar medidas que, a través del aislamiento social, permitiesen frenar la transmisión de la enfermedad; pero también ha llevado a las empresas a tener que imaginar formas de adaptar la producción y la actividad económica a las nuevas circunstancias socio-sanitarias.

Una de estas medidas ha sido la prevención frente al riesgo generado por el agente biológico causante de la crisis sanitaria, el virus. Para ello, la detección a tiempo de la enfermedad, dado el poco conocimiento inicial de la misma, ha constituido un factor fundamental para evitar que, tras el contagio de una plantilla o parte de ella, se tuvieran que adoptar medidas de aislamiento de personas que impidieran la continuación de la actividad empresarial. A medida que fuimos avanzando en el conocimiento de la enfermedad, la mayoría de las instituciones gubernamentales e internacionales, como por ejemplo la Organización Mundial de la Salud, comenzaron a recomendar la realización de pruebas que permitieran detectar el virus, especialmente en las personas que resultaban asintomáticas al padecer la enfermedad, como medio de prevención y contención de la misma.

La realización de pruebas serológicas o de determinación del padecimiento de la enfermedad en tiempo real se convirtió, pronto, en una recomendación de las autoridades sanitarias y de las propias organizaciones internacionales, como la OMS. Sin embargo, el carácter de las pruebas y su voluntariedad o no, ha generado importantes dudas en las empresas y sus servicios médicos o de prevención de riesgos laborales; que, además, debían seguir las indicaciones de sus gobiernos, quienes, como en el caso español, ante la imposibilidad de contar con suficientes pruebas de detección, optó por recomendar su realización sólo en caso de existencia de síntomas o para personas especialmente vulnerables que presentaran un cuadro clínico de

infección, condicionada siempre a una prescripción médica². Pero también han estado en el punto de mira de los Tribunales de Justicia los actos de algunas empresas dirigidos a impedir la reincorporación de los trabajadores, a través de la no renovación de contratos de duración determinada o del despido. Estas prácticas han sido calificadas por algunos órganos jurisdiccionales del orden social como discriminatorias y, por tanto, nulas.

También se han calificado como discriminatorias las prácticas que, de forma directa o indirecta, impidieran el acceso al empleo a quienes no estuviesen inmunizados frente a la enfermedad, bien por no haberse contagiado o bien por no haber resultado vacunados; cuando, como sabemos, eso no es algo que los trabajadores pudieran decidir en los inicios de la fase de vacunación de la población, ya que todo el proceso se centralizó a través de las autoridades sanitarias.

Todas estas cuestiones, unidas a la falta de un marco jurídico europeo homogéneo, han generado cierta inseguridad a trabajadores y empresarios, que justifica la necesidad de analizar los primeros pronunciamientos judiciales y la interpretación de la normativa antidiscriminación tanto en el ámbito nacional como en el supranacional, cuando el origen tiene relación con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

2. DISCRIMINACIÓN POR COVID-19 EN EL ACCESO AL EMPLEO

La discriminación en el acceso al empleo puede analizarse desde el punto de vista de quien trata de acceder por primera vez a un puesto de trabajo en una empresa pública o privada, o bien como la discriminación que tiene lugar al no renovar a una persona trabajadora tras la finalización de un contrato de naturaleza temporal, o impedir la transformación de su contrato temporal en otro de carácter indefinido sobre la base criterios arbitrarios o discriminatorios. En todos estos supuestos encontramos

2. Conforme a la Orden SND/344/2020, de 13 de abril, por la que se establecieron medidas excepcionales para el refuerzo de Sistema Nacional de Salud y la contención de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la indicación para la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 debía ser prescrita por un facultativo “de acuerdo con las directrices, instrucciones y criterios acordados al efecto por la autoridad sanitaria competente” (art. 2º). El 19 de abril de 2020 pudimos contar con un primer Documento elaborado por el Ministerio de Sanidad que, dirigido a los Servicios de Prevención de las empresas, describía el procedimiento adecuado para llevar a cabo las pruebas de diagnóstico de la enfermedad, en el marco de la “Estrategia de detección precoz, vigilancia y control del COVID-19”. Documento que, bajo la denominación de “Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección del Covid-19 en el ámbito de las empresa, se fue actualizando a medida que resultó necesario. Así, pudimos contar con hasta tres versiones del documento, disponible, con su redacción correspondiente a diciembre de 2020, mucho más completa que en sus inicios en la web del Ministerio de Sanidad: <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>

la posibilidad de que el factor sanitario genere decisiones empresariales discriminatorias que son dignas de protección.

2.1. Marco normativo antidiscriminación en el acceso al empleo

Resulta de vital importancia considerar la normativa europea, de la que hemos importado conceptos claves, así como la regulación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito específico del acceso al empleo.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su artículo 21, íntimamente relacionado con el 20 sobre el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley, la prohibición genérica de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Como se puede observar, el conjunto de causas específicas de no discriminación es bastante amplio y recoge, con detalle, la mayor parte de las que conocemos como causas tradicionales de discriminación y que encontramos enumeradas de forma muy similar en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Junto a ellas, es posible encontrar nuevas causas de discriminación que, si bien algunas de ellas pueden encuadrarse dentro de las enumeradas en el precepto, otras tienen difícil encaje por su novedad y reciente aparición, como la discriminación por enfermedad que tratamos en nuestro estudio. Algunos autores han preferido la denominación de causas de primera generación, para referirse al género, la nacionalidad y el origen; y causas de segunda generación para referirse al conjunto de causas que consideramos de aparición más reciente, como son la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la raza, el origen étnico, color o pertenencia a minoría nacional, la religión o creencia, la lengua, el origen social, nacimiento y propiedad, las opiniones políticas y de otra índole, la paternidad, el estado civil, la pertenencia a una organización o el lugar de residencia³. E incluso, podríamos hablar ya de causas de tercera generación, si consideramos los nuevos factores de discriminación que representan el uso de la Inteligencia Artificial y los algoritmos en las empresas, o la situación sanitaria de pandemia, con todas sus consecuencias. Sin duda, este conjunto de causas de nueva generación se actualiza continuamente con la aparición de forma constante de nuevas causas de discriminación, debido a la transformación del mundo del trabajo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) ha considerado extensible el artículo 21 de la Carta Europea y la prohibición de discriminación a otros factores, como, por ejemplo, los relacionados con el aspecto físico de las

3. Gutiérrez-Solar Calvo 2017, 446.

personas, como la estatura⁴, la obesidad⁵ o la apariencia física⁶, en lo que se puede denominar una interpretación extensiva del artículo 21 de la Carta⁷.

Como hemos dicho anteriormente, la situación sanitaria actual también ha determinado la existencia de causas de exclusión social que se trasladan al ámbito laboral; la posibilidad de contagio ante la nueva pandemia provocada por el COVID-19, ha marcado un antes y un después en la economía mundial y en las relaciones laborales, lo que tiene su reflejo en la forma de acceder al empleo y en su mantenimiento.

Estos nuevos factores de discriminación precisan instrumentos de protección, que pueden extraerse del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Europeas. Pues, como ha defendido la doctrina, no se trata de listas exhaustivas de causas, permitiendo la inclusión de factores o motivos adicionales⁸. Coincidimos con quienes han expresado que, en el caso de la Carta de Derechos Fundamentales, no encontramos en el artículo 21 una enumeración cerrada, sino una cláusula de concreción de causas; interpretación que surge porque dicha enumeración de causas va precedida de la expresión “en particular”⁹.

Por su parte, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la UE se refiere a la adopción de medidas, políticas y acciones, para luchar contra toda forma de discriminación “por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Y por lo que se refiere a la adopción de normas específicas, el artículo 19 del mismo Tratado establece que “el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Por su parte, el artículo 157.3 del mismo texto fundamental establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”.

En materia de lucha contra la discriminación son varias las Directivas elaboradas por la Unión Europea. Cronológicamente se elaboró, en primer lugar, la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹⁰,

4. Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2017, Asunto C-409/16, *Ypourgos Esoterikon y Maria-Eleni Kalliri*.

5. Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-354/13), *Fagøg Arbejde c. Kommunerne Landsforening*.

6. Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2017, Asunto C-188/15, *Asma Bougnaoui y otros c. Micropole*.

7. Barrero Ortega 2020.

8. Gutiérrez-Solar Calvo 2017, 147.

9. Barrero Ortega 2020.

10. Diario Oficial de la Unión Europea L 180 de 19 de julio de 2000.

norma que se completó con la que a nosotros afecta en este estudio, la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000¹¹, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que se elaboró con vocación de establecer un marco general para luchar contra la discriminación en el ámbito laboral. Finalmente, el proceso de elaboración de directivas comunitarias antidiscriminatorias se completa con la aprobación de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro¹² y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹³. Aunque no podemos olvidar que el acervo comunitario regulador de la igualdad de trato entre mujeres y hombres contaba con normas bastante más antiguas y de consolidada aplicación en el ámbito comunitario. Tal es el caso de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo¹⁴.

Sin perder de vista todo el conjunto de directivas antidiscriminación del ámbito comunitario, debemos detenernos en la Directiva elaborada con carácter específico para la consecución de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; que incluye también la protección en el acceso al empleo. Esta Directiva 2000/78 nace con el objetivo de dar cumplimiento a las Directrices para el empleo del año 2000, del Consejo Europeo, conforme a las cuales se pretende promover “un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación”. La Directiva pretende como objetivo, en su artículo primero, “establecer un marco general para luchar contra la discriminación”, mencionando a continuación los motivos más relevantes, como son “la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación”.

Resulta interesante hacer dos consideraciones al respecto. En primer lugar, aunque la enumeración de las causas de discriminación recogidas en el artículo primero de la Directiva deja fuera muchas otras causas de discriminación, que no se encuentran recogidas en ninguna otra Directiva comunitaria, no por ello hemos de considerar que no exista amparo para la invocación del principio de igualdad de trato en la normativa comunitaria, pues muchas de ellas sí están en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, como hemos dicho, utiliza

11. Diario Oficial de la Unión Europea L 303 de 2 de diciembre de 2000.

12. Diario Oficial de la Unión Europea L 373 de 21 de diciembre de 2004.

13. Diario Oficial de la Unión Europea L 204 de 26 de julio de 2006.

14. Diario Oficial de la Unión Europea L 39 de 14 de febrero de 1976.

una fórmula más abierta en la enumeración de algunas causas de discriminación. Además, la eficacia vertical de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales, en particular del artículo 21, puede extenderse a cualquier ámbito, incluyendo, por tanto, el del empleo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado en muchas ocasiones la aplicación de los derechos recogidos en la Carta y ha reconocido su aplicación como instrumento interpretativo, otorgándole el mismo valor jurídico que los Tratados, cuando se trata de juzgar pretensiones de los particulares frente a los Estados miembros, en los que se reclama el reconocimiento de dichos derechos fundamentales¹⁵. E incluso, cuando nos situamos en el ámbito de las relaciones entre particulares, el Tribunal ha reconocido un efecto directo a las disposiciones de los Tratados que conceden derechos a los particulares, y que han de ser tutelados por el juez nacional¹⁶. Interpretación que debemos extender, por tanto, a la Carta de Derechos Fundamentales.

En segundo lugar, en relación con el ámbito de aplicación de esta prohibición de discriminación, el artículo tercero de la Directiva 2000/78 aclara que ésta resultará de aplicación a todas las personas tanto en el sector público como en el privado, y en relación con, entre otras, “las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción”. Así lo ha expresado también el Tribunal de Justicia de la UE cuando indica que “esta Directiva es aplicable a una persona que trata de acceder a un empleo, incluso en lo referido a los criterios de selección y las condiciones de contratación para ese empleo”; lo que se extiende, tanto a la Directiva 2000/78, como a las Directivas 2000/43 y 2006/54, sobre igualdad y no discriminación por origen racial y étnico y entre mujeres y hombres, respectivamente¹⁷.

Así pues, no cabe duda de la aplicación de las Directivas antidiscriminación a los procesos de selección para el acceso al empleo, la oferta, la modalidad contractual elegida y todos aquellos actos jurídicos relativo al proceso de contratación; procesos, algunos de ellos, en los que la persona aspirante al puesto de trabajo aún no ha adquirido la condición de trabajador, lo que le sitúa en una posición aún más vulnerable. Pero también, como es evidente, al mantenimiento del mismo y los actos de extinción.

15. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, nº 113, 2018, p. 35, citando la STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*.

16. *Ibidem*, p. 36.

17. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10, Caso *Meister*, y de 28 de julio de 2016, Asunto C-423/15, Caso *Krazer*.

Por último, no podemos olvidar la especial referencia que la Directiva hace a los conceptos de discriminación directa e indirecta en su artículo segundo, a través del cual nos recuerda la norma que los Estados Miembros habrán de estar atentos para prevenir cualquier situación de discriminación en ambas modalidades; incluyendo, por tanto, aquellas disposiciones, normas o prácticas que, con una apariencia de legitimidad o neutralidad, ocasionen una desventaja particular a las personas en el proceso de acceso al empleo.

La Constitución española también recoge en su artículo 14 el principio de igualdad y no discriminación, que extiende, además de a las causas conocidas que hemos mencionado anteriormente, “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión”, a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esta cláusula general permite, con más fácilmente la inclusión de nuevas causas de discriminación basadas en circunstancias personales, como el padecimiento de una enfermedad o el estado o no de vacunación frente a ella. Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores también recoge un mandato dirigido a evitar las conductas discriminatorias en el ámbito de las relaciones laborales, censurando, en su artículo 17, dichas conductas y sancionando las mismas con la nulidad. Menciona expresamente este precepto las situaciones de discriminación directa e indirecta; que, como sabemos, se producen, en el primer caso, cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable; y, en el segundo caso, de discriminación indirecta, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas en situación de desventaja particular con respecto a otras, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados¹⁸. Y todo ello, sobre la base de que estas conductas o disposiciones se adopten por razón de las causas de discriminación comprendidas en el artículo 14 CE.

2.2. La vigilancia de la salud del trabajador y la vacunación como instrumentos generadores de prácticas discriminatorias en el acceso al empleo.

Tras la crisis sanitaria de 2020, asistimos en el primer trimestre de 2021 a un proceso de vacunación a nivel mundial, cuya pretensión fue la de inmunizar al mayor número posible de personas contra el virus causante del SARS-COV 2, conocido como COVID 19. Este proceso, que aún continúa mediante la repetición de la inoculación de nuevas dosis “de recuerdo”, tiene una finalidad sanitaria, sin duda, pero también persigue un fin de carácter económico; la superación de la crisis económica que se ha generado como consecuencia de la paralización o disminución de la productividad

18. Siguiendo la definición de discriminación directa e indirecta contenida en el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2017, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

de muchas actividades, especialmente las relacionadas con el turismo y la hostelería. Una reactivación de estos sectores permitirá contribuir a la recuperación económica de muchos países, por lo que se ponen en práctica medidas relacionadas con la acreditación de la ausencia de enfermedad o de la situación de vacunación frente a la misma. Entre las medidas que se han implantado en los diferentes países de nuestro entorno, se incluye la de un certificado de encontrarse vacunado frente al COVID-19 o de no padecer la enfermedad – prueba conocida como PCR –, con lo que se pretende garantizar que no se producirá el contagio masivo que ha dado lugar a la crisis sanitaria o, según indican algunos expertos, a mutaciones del virus que la ha causado y que podría eliminar la eficacia de las vacunas existentes.

La ausencia del riesgo de ser contagiado o bien de propagar la enfermedad se ha convertido en un factor decisivo a la hora de permitir el movimiento entre los diferentes países. Las Autoridades gubernativas de la mayoría de los países han venido exigiendo pruebas clínicas, realizadas con una antelación suficiente al viaje, para permitir el ingreso de personas en sus respectivos países. Y ahora, en una segunda fase, iniciado el proceso de vacunación, se ha creado un certificado oficial o “pasaporte” digital a nivel europeo, que contiene los datos de vacunación o de superación de la enfermedad, como requisito necesario para el acceso a algunos países¹⁹.

Tanto la OMS como las autoridades comunitarias europeas, han advertido de los riesgos que estas medidas suponen para la discriminación, considerando, principalmente, que el acceso a las vacunas es hoy, aún, bastante restringido; por lo que se limitará, de momento, a facilitar la movilidad de las personas sin llegar a condicionar la libre circulación de personas, que es un derecho reconocido en la Unión Europea²⁰.

Sin embargo, en estos momentos podemos observar que estas decisiones se trasladan al ámbito del empleo, en forma de obligación de vacunación para los empleados, pero también al impedir el acceso al empleo de aquellos que no lo estén, lo que podría generar igualmente actos discriminatorios en el acceso al empleo²¹.

Como regla general, podemos afirmar que la exigencia de un certificado de vacunación o simplemente la obligación de declarar el estado de vacunación, para poder acceder a un empleo no es, a nuestro entender, un requisito lícito ni respetuoso con el principio de igualdad y no discriminación, reconocido en nuestra Constitución y

19. El Reglamento sobre el certificado COVID digital de la UE entró en vigor el 1 de julio de 2021. Puede consultarse toda la información en: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_es

20. Así lo establece la anteriormente citada página web de la Comisión Europea.

21. En el ámbito de otros países hemos podido leer en la prensa la toma de decisiones sobre la no contratación y despido de trabajadores no vacunados. Un ejemplo de estas noticias puede verse en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/01/13/fortunas/1642098300_969600.html y <https://elpais.com/tecnologia/2021-12-15/google-amenaza-con-el-despido-a-los-empleados-que-no-quieran-vacunarse.html>

en números textos fundamentales del derecho internacional y comunitario. Son varios los argumentos que nos llevan a la citada conclusión.

En primer lugar, hemos de considerar que los datos relacionados con la salud de los aspirantes o candidatos a un puesto de trabajo se encuentran dentro de la categoría de datos especialmente sensibles, que recoge el Reglamento Europeo y, por la misma razón, la Ley Orgánica de Protección de Datos en España²². Así, el artículo 9 del Reglamento General de Protección de Datos Europeo²³ extiende la prohibición de tratamiento de datos personales a “los datos relativos a la salud”, por lo que estamos dentro del ámbito de la protección de datos personales. El propio Reglamento los define como “datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”. Estos datos especialmente sensibles, no podrán ser recabados ni tratados por el empresario salvo que concurra alguna de las excepciones previstas en el apartado segundo del mismo precepto.

Por un lado, la prohibición no es aplicable si existe un consentimiento explícito del interesado. Pero también dicho consentimiento tiene una limitación, amparada por el propio Reglamento, que remite a los Estados miembros la posibilidad de regular los supuestos en los que la prohibición no pueda ser levantada por el interesado²⁴, con la intención de proteger y blindar el principio de igualdad y no discriminación. De forma que, si el tipo de dato personal al que se quiere acceder tiene carácter sensible y puede dar lugar a conductas discriminatorias, podría verse limitada la eficacia del consentimiento por la normativa interna de los Estados.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica de Protección de Datos, con la intención de impedir la validez del consentimiento cuando el objetivo del tratamiento de datos se dirija a identificar factores que puedan ser causa de un trato discriminatorio de la persona, regula en el artículo 9 las categorías de datos para los que el consentimiento del interesado no será suficiente para levantar la prohibición de tratamiento; aunque no menciona expresamente la salud o los datos biológicos, los cuales contempla en otros apartados de la norma para remitir a la normativa sobre protección de la salud de los trabajadores en el ámbito laboral.

Por otro lado, el Reglamento Europeo incluye una segunda limitación en aquellos casos en que el tratamiento de los datos especiales sea necesario “para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad”²⁵ o

22. Boletín Oficial del Estado nº 294, de 6 de diciembre de 2018.

23. Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DO L 4.5.2016.

24. Artículo 9.2 a) del Reglamento.

25. Artículo 9.2 b).

bien que sea necesario “para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social o gestión de sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros”²⁶; y siempre de forma que queden protegidos adecuadamente los derechos y libertades del interesado. Así, será preciso conectar esta excepción, de nuevo, con la normativa interna sobre prevención de riesgos laborales.

La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales²⁷ contiene una previsión expresa de protección de los datos de los trabajadores en el ámbito de la vigilancia de la salud, garantizando que “las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”²⁸, limitando el conocimiento por parte del empresario a aquellos datos de la salud del trabajador que tengan relación con “el desempeño del puesto de trabajo o la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección” y garantizando que “el acceso a la información médica se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores”. Y declarando expresamente que “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador”²⁹. Límites perfectamente extrapolables a los posibles controles de salud que se realicen a los participantes en un proceso de selección para el acceso a un empleo³⁰. Incluso regula en qué supuestos puede resultar obligatorio el sometimiento a un reconocimiento médico en la empresa, como veremos más adelante.

Hemos de añadir que, además de esta regulación sobre el tratamiento de los datos relativos a la salud de las personas, el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica³¹, también garantiza la confidencialidad de los datos sobre la salud y la necesidad de autorización “amparada por la ley” para poder acceder a ellos.

Además, para confirmar esta consideración de “datos protegidos” a la información sobre la vacunación de los trabajadores, la Agencia Española de Protección de Datos, ha tenido ocasión de pronunciarse, emitiendo el Informe jurídico 0017/2020, en relación con el tratamiento de “datos resultantes de la actual situación derivada

26. Art. 9.2 h)

27. Boletín Oficial del Estado núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>

28. Art. 22.2.

29. Art. 22.4.

30. De Val Tena 2020, 117.

31. Boletín Oficial del Estado nº 274, de 15 de noviembre de 2002.

de la extensión del virus COVID-19³². Confirma la Agencia la vigencia de todas las normas antes mencionadas sobre la protección de datos personales en el ámbito de la situación sanitaria actual, por cuanto, dice, “no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales”, ni se ha adoptado ninguna medida al respecto. No obstante, como única excepción, considera la Agencia la posibilidad de que las autoridades sanitarias competentes adopten medidas necesarias para salvaguardar los intereses esenciales públicos en situaciones de emergencia sanitaria de salud pública, permitiendo, por tanto, que se traten “los datos personales de salud de determinadas personas físicas por los responsables de tratamientos de datos personales, cuando, por indicación de las autoridades sanitarias competentes, es necesario comunicar a otras personas con las que dicha persona física ha estado en contacto la circunstancia del contagio de esta”, para salvaguardar la salud de otras personas y evitar la propagación de la enfermedad. Pero, como vemos, esta información se ciñe exclusivamente al padecimiento o no de la enfermedad en el momento concreto; no al estado de vacunación o a haber padecido al enfermedad anteriormente.

De este modo, recuerda la Agencia que, en el tratamiento de los datos de salud, relacionados con la pandemia, se aplican plenamente los principios del artículo 5 del Reglamento de Protección de Datos Europeo, y, entre ellos, indica particularmente “el de tratamiento de los datos personales con licitud, lealtad y transparencia, de limitación de la finalidad, principio de exactitud, y por supuesto, el principio de minimización de datos”. Por tanto, insiste la Agencia en la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, de forma que los datos tratados “habrán de ser exclusivamente los limitados a los necesarios para la finalidad pretendida”, sin que pueda confundirse, y esto creemos que es importante, “conveniencia con necesidad”.

Por tanto, consideramos que los datos sobre la vacunación o no del trabajador o el padecimiento o no anterior de la enfermedad, se entienden especialmente protegidos como datos sensibles.

Una tercera excepción, recogida en el Reglamento vendría determinada por “razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud”. Esta excepción también exige que el tratamiento sea respetuoso con el Derecho de la Unión o de los Estados Miembros que “establezcan medida adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades el interesado”; siendo, por tanto, obligatorio, para aplicar la citada excepción, que se regule expresamente el tratamiento de datos por una norma con rango de ley, que podrá establecer, tal y como indica la LOPD, requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad³³.

32. Puede consultarse en la página web de la AEPD: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>

33. Art. 9.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE del 6 de diciembre).

En segundo lugar, debemos considerar si, conforme a nuestra normativa, se puede exigir al trabajador o aspirante al empleo la vacunación. Para ello, nos preguntaremos si desde el punto de vista constitucional, la exigencia de un certificado o documento que acredite haber sido vacunado, constituye una medida lícita como requisito a imponer en un proceso de selección.

Desde la perspectiva constitucional, debemos considerar que dicha exigencia y su puesta en práctica podría tener implicaciones en muchos derechos fundamentales de la persona, pero, sobre todo, en el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE y el derecho a no ser discriminado del artículo 14, relacionado con la protección de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10, y su intimidad, tal y como reconoce el artículo 18.

De este modo, como ya ha señalado algún autor, es preciso determinar si dicha exigencia, supera el test o juicio de validez constitucional, necesario para poder justificar la limitación de un derecho fundamental como el acceso al empleo³⁴. Es decir, si la exigencia de este documento constituye una medida indispensable para el acceso al empleo, si es necesaria y no puede acudirse a otra medida menos lesiva con los derechos de los aspirantes, y, finalmente, si es proporcional o equilibrada en relación con la limitación de otros derechos como los ya citados³⁵.

En primer lugar, hemos de considerar que se trata de una medida restrictiva de derechos, que, en el caso de aplicarse como requisito para el acceso al empleo, limitaría el propio derecho al trabajo reconocido en nuestra Constitución en el artículo 35; pero, a su vez, generaría una conducta contraria al artículo 14 de la Constitución que reconoce el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación. La finalidad que persigue la exigencia de un certificado de vacunación o de estar libre de la enfermedad, podría considerarse legítima a priori, por razones de salud pública, especialmente en casos en que el trabajo requiera garantizar la ausencia total de contagio. Tal es el supuesto planteado en el ámbito sanitario y de los servicios sociales, en particular, en lo que se refiere a la atención de personas mayores y colectivos con enfermedades relacionadas con el sistema inmunitario, que son especialmente vulnerables a la enfermedad provocada por el virus Covid-19, a quienes podría generarse un resultado mortal. En estos supuestos, como decimos, podría considerarse una medida

34. Pérez Domínguez 2020.

35. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional Español, vienen aplicando este test de proporcionalidad para analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida que pueda limitar un derecho fundamental reconocido en cualquiera de las normas fundamentales de ambos ordenamientos; es decir, si la medida o medidas adoptadas que lesionan derechos fundamentales están justificadas por una finalidad legítima y si son adecuadas y proporcionales, observando en particular que la finalidad legítima perseguida por el empleador no podía alcanzarse con medidas menos intrusivas para los derechos afectados. Vid. por ejemplo, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda) y Sentencia del Tribunal Constitucional Español 186/2000.

necesaria para evitar contraer la enfermedad; sin embargo, tal y como se ha venido demostrando y advirtiendo por las autoridades sanitarias, no lo es tanto para evitar el contagio. Es decir, que una persona vacunada contra la enfermedad podría contagiar igualmente, aunque no sufriera los efectos tan graves de la misma.

Desde este punto de vista, la medida superaría el juicio de necesidad, pero no el de idoneidad, que implica buscar la medida más adecuada al fin que se pretende conseguir; pues resultaría más adecuado, y respetuoso con la protección de los derechos fundamentales en juego, realizar controles sanitarios, pruebas PCR, toma de temperatura, etc..., que permitan conocer si la persona padece la enfermedad³⁶.

Finalmente, la medida tampoco superaría el juicio de proporcionalidad propiamente dicho, pues resulta claramente desproporcionada por afectar, como hemos dicho, a otros derechos o bienes jurídicos, como la intimidad y la protección de datos personales³⁷.

En esta línea de argumentación, otra cuestión a considerar es la obligatoriedad o no de someterse a reconocimientos médicos o pruebas dirigidas a detectar la enfermedad, porque, también en estos casos, existen importantes limitaciones cuyo objetivo es precisamente evitar los actos discriminatorios.

Es interesante considerar la jurisprudencia sobre la obligatoriedad de someterse a un control o vigilancia de la salud antes del acceso al empleo. Esta obligación aparece recogida en muchos convenios colectivos, de modo que nuestros Tribunales han venido aceptando esta obligatoriedad de someterse a reconocimientos médicos con ciertas limitaciones:

En primer lugar, es el Reglamento de Servicios de Prevención³⁸ el que establece, en desarrollo del deber de vigilancia de la salud recogido en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales³⁹, la obligación del empresario de vigilancia de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo. No tratándose, por tanto, de una obligación previa al proceso de selección sino a la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo⁴⁰. Interpretación que es corroborada por el propio Tribunal Constitucional que considera que “el reconocimiento médico en la relación laboral no es una facultad que se reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar”⁴¹.

36. Pérez Domínguez 2020, *ibidem*.

37. *Idem*.

38. Aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, Boletín Oficial del Estado nº 27 de 31 de enero.

39. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, Boletín Oficial del Estado nº 269, de 10 de noviembre.

40. Igartua Miro (2011), p. 169.

41. Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre, Boletín Oficial del Estado nº 306, de 21 de diciembre de 2004.

Se configura, así, la obligación legal del empresario de vigilar la salud de los trabajadores, para quienes someterse o no a los reconocimientos médicos constituye un derecho, que requiere su consentimiento libre, voluntario e informado⁴².

Tan sólo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece como excepciones a esa voluntariedad los supuestos en los que “la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evitar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”.

De ese modo, salvo que nos encontremos ante alguna de estas tres excepciones, es decir, ante la posibilidad de que un trabajador presente síntomas compatibles con la enfermedad o hubiese estado en situación de riesgo de contagio, los reconocimientos médicos y pruebas dirigidas a la comprobación del estado de salud de los trabajadores, serán, como regla general, voluntarios. Ahora bien, estas reglas son compatibles con lo preceptuado en el artículo 243 de la Ley General de la Seguridad Social para aquellas empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales; las cuales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos, sin que puedan contratar a aquellos trabajadores que no hayan sido considerados aptos en el mismo⁴³.

Por tanto, dependiendo de la actividad y el puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador, nos encontraremos ante un supuesto u otro. Habremos de distinguir cuándo un determinado puesto de trabajo exige un control periódico de la salud del trabajador por la exposición permanente al virus –por ejemplo, el personal sanitario de un hospital– y qué medidas de control son las adecuadas para respetar las garantías recogidas en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴⁴. Estas garantías son la obligación de optar por los reconocimientos o pruebas que causen menores molestias al trabajador, que sean proporcionales al riesgo, respetuosas con el derecho a la intimidad y la dignidad del trabajador; y la obligación de que se realicen por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada, respetando siempre la confidencialidad de toda la información relacionada con el es-

42. De nuevo Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004.

43. Debemos considerar que la Directiva (UE) 2020/739 de 3 de junio, de la Comisión Europea, incluye este virus SARS-Cov-2 como agente biológico a efectos de su consideración en el mundo del trabajo; y el Gobierno de España desarrolló a Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre por la que se modificó el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

44. También será preciso seguir el procedimiento de actuación establecido por el Ministerio de Trabajo para los Servicios de Prevención frente a la exposición al SARS-Cov-2, y publicado el 15 de febrero de 2021.

tado de salud del trabajador. En consecuencia, la empresa sí podría obligar, entendemos, a los trabajadores a someterse a una prueba de diagnóstico como es la PCR, ya que es la única manera de poder preservar la salud del colectivo de trabajadores y evitar contagios; y es respetuosa con la protección de la intimidad y la dignidad del trabajador, ya que sólo detecta si se padece o no la enfermedad en un determinado momento.

El empresario sólo conocerá si del resultado del reconocimiento o prueba se deduce el carácter de apto o no del trabajador; que, en caso de que se detectase que padece la enfermedad COVID-19, constituirá una razón para impedir su incorporación inmediata al puesto de trabajo, pero no su contratación. Aunque también esta situación de la incorporación o no, depende de los protocolos de actuación que las autoridades sanitarias puedan determinar en cada momento⁴⁵.

Cuestión distinta es la que tiene que ver con los denominados “test de anticuerpos” o pruebas que van dirigidas a detectar la existencia de anticuerpos de la COVID-19, es decir, a detectar si la persona ha estado infectada. En este caso, la Agencia Española de Protección de Datos sostiene, de acuerdo con nuestra legislación, que “solicitar información sobre el estado de inmunidad frente a la COVID 19 iría más allá de las obligaciones y derechos específicos que impone a la empresa la legislación del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en particular, del deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”⁴⁶. No obstante, como hemos visto antes, sí considera la Agencia que la empresa puede tratar los datos de contagio, fundamentado tanto en el interés público como en el interés vital del interesado y otra persona⁴⁷; y ello sobre la base del deber genérico de protección que el empresario tiene sobre sus trabajadores, recogido en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴⁸.

Por último, hemos de considerar que la exigencia de la realización de pruebas diagnósticas del padecimiento de la enfermedad, por cuenta de la persona que accede al proceso de selección, también podría generar una causa de discriminación de carácter económico, dado el conocido precio al que ascienden estas pruebas. Además de contravenir las normas de vigilancia de la salud que, para los trabajadores, recoge el artículo 22 de la LPRL, conforme al cual es una obligación del empresario y no debería generar coste alguno al trabajador.

45. Estos protocolos son aprobados por la Comisión de Salud Pública en función de la evolución de la pandemia.

46. Comunicado de la Agencia Española de Protección de Datos sobre la información acerca de tener anticuerpos de la COVID-19 para la oferta y búsqueda de empleo, de 18 de junio de 2020: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-AEPD-covid-19-oferta-busqueda-empleo>

47. Marín Moral (2021), 15.

48. Informe de la AEPD 0017/2020: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>. Visitado el 15 de marzo de 2022.

Una última cuestión, que supone una diferencia cualitativa respecto de lo visto hasta el momento, es la de la posibilidad o no de exigir la vacunación a los empleados o quienes acceden a un puesto de trabajo en la misma, y, consecuentemente, si se pueden adoptar medidas disciplinarias contra quien no cumpla esta exigencia.

También a este supuesto hemos de responder de forma negativa, por varias razones.

En primer lugar, porque la obligación de vacunación no se encuentra amparada por nuestra normativa interna, hasta el momento. Así, por un lado, por lo que se refiere a la normativa de prevención de riesgos laborales, con carácter general, el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, establece que “cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación”. Por tanto, el deber de protección del empresario se limita a “poner a disposición” de los trabajadores las vacunas, “informándoles” sobre las ventajas de las mismas, sin que se refiera nuestra normativa a la obligación de vacunar u obligar a recibir la vacuna a los trabajadores.

Además, desde el ámbito particular de la normativa sanitaria, debemos considerar la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que se refiere a la competencia de las autoridades sanitarias para adoptar “medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control”, “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta”. Sin que, hasta el momento, se haya regulado la obligatoriedad de la vacunación en ningún caso⁴⁹.

Por último, deberemos considerar también la necesidad de proteger otros derechos fundamentales, como el de la integridad física, recogido en el artículo 15 de la Constitución, desde el que esta medida de obligatoriedad de la vacunación, en nuestra opinión, no superaría el test o juicio de proporcionalidad.

3. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CAUSAS RELATIVAS A LA COVID-19

Un aspecto que debemos considerar cuando analizamos las causas de discriminación relacionadas con la COVID-19 afecta a la extinción de la relación laboral, que tiene su causa en el padecimiento de la enfermedad o guarda relación con ella.

49. La Audiencia Nacional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la obligatoriedad de la vacunación, indicando, en su Sentencia de 29 de septiembre de 2010 (RJCA 2010/787), que “la vacunación obligatoria se dirige a personas sujetas a relación especial (sanitarias o militares), de forma que si se trata de ciudadanos en general, puede exigirse para determinados viajes al extranjero, o como condición para entrar en España. Fuera de estos casos, sólo cabría justificarla en una situación extraordinaria, amparada en la LO 3/1986”.

Poco a poco nuestros tribunales van conociendo supuestos de despido en los que la causa del mismo está relacionada con la enfermedad, sus secuelas, la falta de asistencia al trabajo por miedo al contagio o la negativa de los trabajadores a realizarse ciertas pruebas diagnósticas o, incluso a vacunarse. Y, en todos ellos, hemos detectado que falta uniformidad a la hora de declarar la improcedencia, por falta de causa justificada en el despido, o la nulidad, por tener por móvil cualquiera de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley.

Hasta ahora, teníamos claro que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo los dictados del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, distinguía el despido por “enfermedad en cuanto tal” del despido por discapacidad⁵⁰; siendo este último nulo, al estar protegido por la Directiva 2000/78⁵¹. Sin embargo, en una interpretación extensiva del concepto de “discapacidad”, incluido como causa de discriminación directa o indirecta incluido en la Directiva, el TJUE ha considerado que la ésta “se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, incluso cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de este trabajador”⁵². Pues el concepto de discapacidad que contiene la Directiva debe entenderse referido 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”⁵³; siendo por tanto indiferente al efecto de aplicar la Directiva, la declaración o no en el ámbito nacional de la discapacidad⁵⁴.

De este modo, el propio Tribunal ha ido acercando los conceptos de enfermedad y discapacidad, hasta el punto en que, en ocasiones, resulta difícil distinguir cuándo estamos ante supuestos de discriminación o no, si el despido se basa en la enfermedad⁵⁵. Debemos tener en cuenta que la lógica del TJUE es, como han señalado algunos autores, la de superar el modelo médico-asistencial de discapacidad,

50. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2008 (asunto C-13/05, *Chacón Navas*) y de 11 de abril de 2013 (asuntos C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark*).

51. Sobre esta materia vid en extenso el Post-blog de Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, “Extinción del contrato durante enfermedad o dolencia de larga duración: Doctrinas Chacón Navas, Danmark, Daouid y Ruiz Conejero y su recepción interna”, <https://ignasibeltran.com/2018/03/19/extincion-del-contrato-durante-enfermedad-o-dolencia-de-larga-duracion-doctrinas-chacon-navas-danmark-daouidi-y-ruiz-conejero-y-su-recepcion-interna/>

52. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*).

53. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 (asunto 395/15) *Daouid*) y de 9 de marzo 2017 (asunto C-406/15, *Milkova*).

54. De nuevo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*).

55. Vid. en este sentido García Perrote y Mercader Uguina (2017), 1.

sustituyéndolo por el modelo social⁵⁶. Por tanto, corresponde al juez nacional determinar cuándo estamos ante la situación de enfermedad de larga duración asimilable al concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 y cuándo el despido obedece, como única causa, a enfermedad del trabajador; así como si ésta reúne una serie de características, como “estigmatizante” o “de larga duración” relacionada con este concepto ampliado de discapacidad⁵⁷.

Sin embargo, considerando esta interpretación del TJUE, cuando el despido tiene lugar con causa única y exclusiva en la baja del trabajador por causa de enfermedad que da lugar a una incapacidad temporal, el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, viene manteniendo que se trata de un despido improcedente y no nulo; pues la situación de incapacidad temporal en la que se encuentre un trabajador al ser despedido “no permite identificarla con la noción de discapacidad”, distinguiendo este concepto del de “enfermedad en cuanto tal”⁵⁸.

Aún así, en el caso de la enfermedad COVID-19, podemos encontrar algún pronunciamiento judicial declarando nulo el despido basado en la enfermedad; es decir, el despido que se produce por el único motivo de que la baja médica del trabajador se prolonga en el tiempo y es costosa para la empresa⁵⁹; o bien porque se padece una enfermedad contagiosa, que la justicia considera “enfermedad estigmatizante”⁶⁰ y, por tanto, justificativa de la nulidad. Pues, como nos recuerda el TS, es claro que la enfermedad por sí misma no puede considerarse causa de nulidad, en cuanto motivo discriminatorio prohibido por la Directiva 2000/78; pero sí podrán considerarse como tales las causas de despido basadas en las limitaciones provocadas por la enfermedad que sufra el trabajador si éstas son “duraderas e impiden, al interactuar con diversas barreras, la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de con-

56. Monereo Pérez y Ortega Lozano (2018), 12/22.

57. Es importante aclarar que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017) ha aclarado que “no cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente”. Pues, para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad; es decir, “cuando esta enfermedad 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”. Reiterando este argumento en su STS de 15 de septiembre de 2020 (rcud. 3387/2017).

58. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación en unificación de doctrina a 2766/2016).

59. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de marzo de 2019 (recurso 2467/2018), la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2020 (AS/2020/983) y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, de 1 de febrero de 2021.

60. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, de 1 de febrero de 2021 (AS 2021/6) y SJS de Murcia de 10 de diciembre de 2020 (AS 2021/2).

diciones que los demás trabajadores”⁶¹. Pues la protección frente a la discriminación exige que la causa del despido constituya un trato diferencial que ponga en peligro la dignidad humana⁶². Desde este punto de vista, el despido basado en el padecimiento de una enfermedad, que puede considerarse estigmatizante, como el COVID en sus inicios, podría considerarse, entendemos, discriminatorio⁶³.

También es posible considerar supuestos en los que, a pesar de lo poco que se conoce de la enfermedad COVID-19, la duración de las secuelas es mayor que otros, denominándose estos casos como “Covid persistente”, cuando la enfermedad no llega a desaparecer y genera importantes secuelas físicas incapacitantes a la persona que la padece. Lo que podría acercarnos a la definición de discapacidad de la Directiva, en cuanto a carácter “duradero” que impide la incorporación del trabajador a corto plazo; pues, en el caso en que el despido se base simplemente en ese pronóstico duradero de la incapacidad o enfermedad del trabajador, habrían de prevalecer sus derechos fundamentales a la salud y al trabajo, debiéndose declarar la nulidad del despido ilegítimo, por discriminación⁶⁴. O aquellos supuestos de despidos, reconocidos también con la calificación de nulos por nuestros tribunales, en los que los trabajadores que se encuentran en situación de IT se ven obligados a solicitar voluntariamente el alta, bajo la amenaza de la empresa de proceder a su despido⁶⁵.

Otra causa de despido que llama nuestra atención, atendiendo a lo que hemos expuesto en el epígrafe anterior en relación con las garantías legales para la realización de pruebas diagnósticas y reconocimientos médicos, es la de la negativa a la realización de pruebas diagnósticas de la enfermedad. Nuestros jueces han tenido ocasión de pronunciarse sobre la nulidad del despido que tiene lugar como consecuencia de la negativa de un trabajador a realizarse una prueba PCR durante sus vacaciones y en el tiempo entre contratos⁶⁶. Atendiendo a los hechos, interesa la reflexión del Magistrado que afirma que “el trabajador manifestó a la empresa su disconformidad a realizar el Test PCR antes de firmar el nuevo contrato, dado que no solo se le pretendía realizar en período destinado al disfrute de sus vacaciones, sino que, al estar dado de alta por cuenta de la empresa, caso de arrojar resultado positivo, se vería privado

61. STS de 21 de septiembre de 2017 (rec. 782/2016).

62. De nuevo, García-Perrote y Mercader Uguina, 2017, 8.

63. Vid. también Monereo Pérez y Pompeyo Lozano, 2018, 14/22, para quienes, al hilo de la citada jurisprudencia del TJUE y el TS, “a lo mejor sería oportuno sin más declarar nulos los despidos sin causa de un trabajador en IT. Y esto no sería irrazonable porque la situación es suspensiva y no hay un pronóstico sobre la evolución del trabajador; además, la salud es un derecho fundamental y tendría a su favor la seguridad jurídica para ambas partes”. Vid. también Monereo Pérez, 2017.

64. De nuevo Monereo Pérez y Ortega Lozano (2018), 13/22.

65. STSJ País Vasco de 27 de junio de 2003 (rec. 1000/203), STSJ Asturias de 12 de marzo de 2010 (rec. 188/2010) y STSJ Madrid, de 8 de marzo de 2021 (rec. 103/2021).

66. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Móstoles de 29 de diciembre de 2020 (recurso 1/2020).

de la prestación económica de incapacidad temporal por dicha circunstancia y además temía no ser contratado de nuevo”. El Magistrado recuerda la jurisprudencia de nuestros Tribunales en relación a que los reconocimientos médicos, pese a su voluntariedad, “no deben suponer una carga, coste o consecuencia negativa y perjudicial para el trabajador, por lo que generalmente deben realizarse dentro de la jornada laboral y, cuando se realicen fuera de ella, su tiempo invertido deberá ser tenido en cuenta como tiempo efectivo de trabajo”⁶⁷.

Podría plantearnos alguna duda, por otro lado, la calificación como nulos de los supuestos en los que el despido tiene causa en el conocimiento, de forma ilegítima, por parte del empresario de la existencia o no de anticuerpos, o de una posible inmunidad frente a la enfermedad, del trabajador o el aspirante a un empleo; ya que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre el carácter de improcedencia, y no de nulidad, del acto de despido que tiene lugar sobre la base de una prueba obtenida vulnerando los derechos de intimidad y dignidad del trabajador. Es decir, sobre si la declaración de la nulidad de la prueba, obtenida por vulneración de derechos fundamentales del trabajador, se extiende a la decisión de despido misma, o, por el contrario, no determina su calificación.

El Tribunal Constitucional considera que, en estos casos, no puede confundirse el despido con violación de derechos fundamentales, con el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el proceso de obtención de la prueba. Por lo que la calificación como despido improcedente de aquel que basa su decisión en la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales “no es arbitraria ni irrazonable”⁶⁸. Sin embargo, coincidimos con quienes, como Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, ponen de manifiesto el carácter cuestionable de esta sentencia, pues “no se trata de interpretar el artículo 55 ET, sino de decidir qué consecuencias se derivan, para la calificación del despido, de la violación de derechos fundamentales sustantivos del trabajador”⁶⁹. Desde este punto de vista, consideramos que la obtención de forma ilícita de una información que sirve de base a la decisión del despido supone una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador y, por ello, debe ser considerada la decisión nula.

Para finalizar nuestra exposición, también ha sido considerado por nuestros jueces nacionales el supuesto de la negativa del trabajador a acudir al centro de trabajo “por miedo al contagio”. Algún pronunciamiento judicial ha habido ya en relación a la improcedencia del despido cuando, ante la falta de incorporación del trabajador “por miedo cervical” declarado y acreditado, el empresario considera que se trata de

67. Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2020 (rec. 279/2019) y STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2019 (recurso 3241/2019)

68. Sentencia del Tribunal Constitucional de 61/2021, de 15 de marzo.

69. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2021), 13.

una dimisión⁷⁰. En este caso, el Magistrado considera que “si se obvian las circunstancias, esto es, si se pasa por alto el dramatismo de lo vivido en los primeros momentos de la pandemia del coronavirus, no cabe duda de que se podrían poner en tela de juicio los motivos esgrimidos por la actora”, destacando que los hechos enjuiciados acontecieron a los pocos días de declararse el Estado de Alarma. El juzgador reprocha a la empresa que, en lugar de reprender a la trabajadora, sancionarla o acudir al despido disciplinario o a la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida, opta por la solución que le produce el menor quebranto económico, la baja voluntaria; constituyendo un acto de mala fe que genera un perjuicio en la trabajadora. En este caso, sin embargo, no es factible acudir a la nulidad, debiendo declararse el despido improcedente.

Ahora bien, es preciso que se reúnan ciertas circunstancias que permitan justificar esa ausencia o el ejercicio del derecho a abandonar el puesto de trabajo en caso de riesgo grave e inminente, como indica el artículo 21.2 LPRL, porque, de lo contrario el despido será procedente; por ejemplo, si se demuestra que la empresa adoptó todas las medidas recomendadas y necesarias para evitar el contagio (uso de mascarillas, distancia social, geles, desinfección y limpieza de los lugares de trabajo, supresión de visitas presenciales de los clientes, teletrabajo, etc...)⁷¹.

Estos son los supuestos que, por el momento, han sido resueltos por la jurisprudencia española; de lo que estamos seguros es de que no serán los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales.

4. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES FRENTE A LAS DECISIONES

DISCRIMINATORIAS CONTRA LOS TRABAJADORES POR RAZONES SANITARIAS

A la garantía que supone la declaración de nulidad de los actos, disposiciones, pactos o decisiones empresariales, que vulneren derechos fundamentales de los trabajadores o puedan ser calificados como discriminatorios según nuestro ordenamiento, se unen otras garantías dignas de consideración en nuestro estudio, como la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos judiciales en defensa de la igualdad o los derechos fundamentales de los trabajadores, o la garantía de indemnidad del trabajador frente a las actuaciones empresariales que se consideran represalias por las reivindicaciones o demandas de éste en relación con el cumplimiento de las medidas de seguridad frente a la Covid-19.

70. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cáceres de 5 de octubre de 2020 (recurso 191/2020).

71. En este sentido STSJ de Madrid e 30 de junio de 2021 (rec. 409/2021), STSJ Galicia de 5 de julio de 2021 (rec. 2132/2021) y STSJ Asturias de 27 de julio de 2021 (rec. 1390/2021).

4.1. La inversión de la carga de la prueba

Una de las cuestiones más importantes a la hora de tratar el aspecto procesal de la protección del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo es la determinación de la persona sobre la que recaerá la carga de la prueba.

En este aspecto, es clara la Directiva 2000/78, cuando afirma en su trigésimo primer considerando que “las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual”. Y así lo suscribe el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 19 de abril de 2012⁷².

Además, el artículo 10 de la citada Directiva incluye un mandato dirigido a los Estados Miembros para que adopten, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. De este modo, nos recuerda el Tribunal que incumbe a la persona perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta; de modo que, cuando la persona ha podido acreditar tales hechos, corresponderá, en un segundo momento, a la parte demandada, probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación⁷³. Así, la apreciación de los hechos de los que pueda resultar dicha presunción, corresponde a los órganos judiciales nacionales con arreglo al Derecho nacional.

En esta línea, el artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁷⁴ (LRJS, en adelante) establece que “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”; obligación que se repite, en relación con la regulación de la prueba, en el artículo 96.1 de la misma norma. Así, una vez que la víctima de la discriminación ha aportado indicios suficientes sobre la misma, a través de sus alegaciones, se produce una

72. STJUE de 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10.

73. STJUE de 19 de abril de 2021, Asunto 415/10, *Caso Meister*, recordando la doctrina emanada del Tribunal desde la Sentencia de 21 de julio de 2011, Asunto C-104/10, *Caso Kelly*.

74. Ley 36/2011, de 10 de octubre, Boletín Oficial del Estado nº 245 de 11 de octubre.

inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario titular del proceso de selección a ofrecer una explicación razonable y objetiva que pueda constituir prueba suficiente de que su conducta no es discriminatoria; es decir, que responde a los criterios de proporcionalidad exigidos constitucionalmente.

Ahora bien, el acceso a la información que pueda permitir a la persona agraviada presentar elementos suficientes que acrediten la discriminación, no es tan claramente un derecho reconocido por la Directiva. Así, el TJUE en su Sentencia de 2 de julio de 2011 (asunto *Kelly*), ya citada, concluyó, que la Directiva entonces vigente, 97/80, no preveía, a favor de la persona que se considerase perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato, un derecho específico a acceder a información para que le fuera posible acreditar los hechos referidos, que, a su vez, permitiesen activar la presunción de existencia de discriminación directa o indirecta; aunque reconocía el propio Tribunal, que la negativa de la empresa a facilitar dicha información “puede frustrar la realización del objetivo pretendido por la Directiva y privar así a dicha disposición de su efecto útil, en particular”. Por ello, el Tribunal, en su Sentencia de 19 de abril de 2012 (Asunto 415/10), vino a aclarar que “en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta, es preciso garantizar que una denegación de información por la parte demandada no pueda frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54”.

Así, en el caso concreto de los derechos de quien pretende acceder a un empleo, donde es más difícil obtener información sobre el proceso selectivo, conforme a la doctrina del TJUE, no existe un derecho del candidato que participa en un proceso de selección y no es seleccionado, a acceder a la información que indica si al término del proceso de selección, el empresario ha contratado a otro candidato; pero es preciso considerar que “una denegación total de información por parte de la empresa puede constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta”⁷⁵.

Así, correspondería al tribunal nacional considerar si existen indicios suficientes para considerar acreditados los hechos, pero también para determinar si la ausencia total de información sobre el proceso de selección o la negativa de la empresa a facilitar dicha información, es un factor que lleva a frustrar los objetivos de la directiva cuando se refiere a la acreditación de los hechos constitutivos de trato discriminatorio.

Tal doctrina podría servir de base para exigir a las empresas, finalizado un proceso de selección de personal, información sobre los criterios utilizados. Algunos autores han abogado por que sea la legislación interna la que determine el derecho de

75. STJUE de 19 de abril de 2012 (asunto 415/10), *Meister*, apartado 47.

acceso a dicha información, por ejemplo, de los representantes de los trabajadores; lo que sucede en el caso de los reconocimientos médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Derecho que podría regularse también en la negociación colectiva.

4.2. La vulneración de la indemnidad del trabajador tras realizar reclamaciones con motivo de las medidas de protección adoptadas por la empresa frente a la Covid-19

Otro aspecto a considerar en la protección del trabajador, frente a las decisiones sancionadoras del empresario, es el relacionado con las reclamaciones que éste puede llevar a cabo para solicitar una adecuada protección frente a la COVID-19, exigiendo, por tanto, el cumplimiento de las normas impuestas por las autoridades sanitarias y la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales, o incluso el Gobierno, a través de Reales Decretos Leyes, como sucedió al inicio de la pandemia. Se trata de la denominada “indemnidad” del trabajador.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, “la garantía de indemnidad consiste en que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”, toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no se satisface sólo “mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad” (STC 14/1993, de 18 de enero)⁷⁶. Y es especialmente relevante en esta doctrina la inclusión de esos actos preparatorios o previos, que normalmente se manifiestan, entre otros casos, en reclamaciones que el trabajador dirige al empresario, exigiendo el cumplimiento de la normativa o el respeto de ciertos derechos.

Dos son, por tanto, los aspectos a considerar en esa garantía de indemnidad del trabajador, como nos recuerda el TS; por un lado, la declaración de nulidad, y no de improcedencia, del despido que se lleve a cabo vulnerando la garantía de indemnidad del trabajador; y, por otro, que para que pueda producirse el desplazamiento de la carga de la prueba, el trabajador ha de acreditar un indicio o principio de prueba “que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido”⁷⁷.

Pues bien, si aplicamos esta doctrina a los supuestos en los que es el trabajador el que resulta despedido, tras haber realizados reclamaciones en relación con la exigencia de adopción, por parte del empresario, de medidas de protección frente a la Covid-19, podremos encontrar algún pronunciamiento ya de nuestros tribunales en esta línea. Se declara, así, nulo el despido de una trabajadora que, tras poner de

76. Así lo recuerda la STC 14/1993, de 18 de enero.

77. Vid. STS de 24 de junio de 2020 (rcud. 347/2017).

manifiesto su condición de paciente de especial riesgo frente a este virus, exige una evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo y anuncia su intención de solicitar su baja médica a la Mutua. Así, la declaración de nulidad se produce al comprobar el juzgador que existe un nexo cronológico entre el despido y las reclamaciones, “pues la decisión extintiva acontece cuando estas últimas se intensificaron, y como presunta reacción ante unas ausencias que, como la empresa perfectamente conocía, obedecían a la legítima finalidad de la demandante de preservar su salud”⁷⁸.

4.3. Las competencias del orden jurisdiccional social cuando la discriminación tiene lugar en un proceso de selección

En cuanto a la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las cuestiones litigiosas relacionadas con los procedimientos de selección e intermediación laboral, el artículo 2 p) de la LRJS, se refiere expresamente a ellos, tanto cuando son llevados a cabo por entidades públicas como privadas, si bien con una expresión literal que puede generar bastantes dudas en relación a la posibilidad de incluir en el ámbito de aplicación a las empresas o a las plataformas que ponen en conexión a los demandantes de empleo con las empresas oferentes. El precepto de la Ley procesal indica que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de los litigios “en materia de intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquéllos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente”. Dada la literalidad de la norma hay quien ha manifestado la dificultad de incluir en el concepto de “entidades colaboradoras” a las empresas o a las plataformas de búsqueda de empleo⁷⁹, lo que haría difícil el encaje de los litigios suscitados entre la empresa y el candidato a un puesto de trabajo en este precepto.

Coincidimos en mantener las dudas sobre la competencia del orden jurisdiccional social en estos casos en que se vulneran derechos fundamentales en el proceso de selección o simplemente en las entrevistas personales de los candidatos a dichos procesos. Sin embargo, sí resulta incluido en el ámbito de aplicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, por tanto, serán competentes los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan “en impugnación de resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral” (artículo 2 n). De este modo, si, como consecuencia de una actuación discriminatoria por parte de la empresa durante un proceso de selección de personas trabajadoras, la Inspección de Trabajo interviniera y

78. Vid. SJS de Barcelona, de 14 de diciembre de 2020 (AS/2021/404).

79. Olarte Encabo, Sofía, “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, nº 119, 2020, p.95.

extendiera Acta de Infracción, la resolución administrativa que pone fin a la vía administrativa en este proceso sancionador sí sería impugnabile ante la jurisdicción social, entrando a conocer el juzgador del orden social la cuestión sobre la protección del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo⁸⁰.

5. LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Es interesante considerar la doctrina, no siempre pacífica, de nuestros tribunales del orden jurisdiccional social, encabezados por el Tribunal Supremo, en relación con la determinación de una indemnización por la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, que acompaña a la sentencia que declara la nulidad del despido o del acto, norma o decisión que los vulnera⁸¹.

Aunque, como nos recuerda el propio Tribunal, no toda vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores lleva aparejado un daño moral o perjuicio⁸², es posible que ello suceda si el demandante alega y prueba el citado daño consecuencia de la conducta lesiva. Ya que, como ha afirmado el Tribunal, no podemos entender que, en caso de que exista ese daño, no podría entenderse compensado sólo por las consecuencias económicas que genera la declaración de la nulidad del despido o

80. Podemos ver por ejemplo la STSJ de Canarias de 7 de abril de 2014 (rec. 923/2012), o la Sentencia del Juzgado de los Social de Murcia, de 7 de mayo de 2018 (procedimiento 13/2018) en los que se consideran supuestos de discriminación en procesos de selección de trabajadores.

81. Sobre el tema Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi (2011) y López Terrada (2021).

82. Si bien podemos encontrar sentencias del TS donde sí se reconocía esa presunción de existencia de daño indemnizable, lo cierto es que desde la STS de 22 de julio de 1996 (rec. 3780/1995), tiene lugar un cambio de doctrina, a partir del cual el TS considera que el demandante debe alegar y razonar en su demanda los fundamentos de la pretensión indemnizatoria. Pronunciamiento que encontramos reiterado en sentencias posteriores como la STS 28 de febrero de 2000 (rec. 2346/1999) y 17 de enero de 2003 (rec. 3650/2001); conforme a las cuales, el hecho de que la norma exija que “la sentencia que declare la existencia de la vulneración de este derecho, ha de disponer “la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”, no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”.

la consideración de una infracción administrativa, conforme a lo preceptuado en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social⁸³.

Lo cierto es que la simple alegación del daño o perjuicio causado por la conducta discriminatoria, acompañado de una aportación de indicios o puntos de apoyo suficientes que permitan entender su existencia, es suficiente para que nuestros tribunales hayan reconocido la indemnización correspondiente. Ahora bien, la regla para la determinación de la cuantía es lo que constituye en cierto modo una novedad. Aunque no podemos decir que haya existido un criterio uniforme para la determinación de la misma, ya que, conforme a la jurisprudencia del TS, ha de ser el órgano jurisdiccional, atendiendo a las peculiaridades del caso, quien determine el importe de la indemnización “de manera discrecional, sin que su decisión pueda ser revisada en el recurso, salvo que resulte irrazonable o desproporcionada”⁸⁴.

Así, hemos de considerar, en primer lugar, que el artículo 183 de la LRJS establece que la determinación de la cuantía de la indemnización que corresponda por haber sufrido discriminación u otra lesión de los derechos fundamentales del demandante, se hará “en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”. Y, añade el precepto que, “el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Por tanto, con esta doble finalidad, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de cuantificar el daño tomando como referencia la sanción administrativa que correspondiera, conforme a la infracción recogida en la LISOS que coincida con la conducta ilícita⁸⁵, criterio que ha sido ampliamente secundado por nuestros Tribunales Superiores de Justicia y que podría resultar aplicable a los supuestos de discriminación por razones sanitarias, como las relacionadas con la Covid-19.

No obstante, dado que la determinación de las sanciones en la LISOS aplica una técnica que se mueve en una franja determinada por la propia norma, en función de los criterios aplicables por el órgano sancionador, dividiendo a éstas en grados mínimo, medio y máximo; no resulta objetivo el criterio teniendo en cuenta la amplitud de dichas franjas económicas de determinación de la sanción administrativa. Es por

83. Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi 2011, 2 (versión digital).

84. STS 24 de junio de 2009 (rcud. 622/2008), recuperando la doctrina emanada de las STS de 6 de marzo de 1998 (rec. 1884/1997) y de 12 de diciembre de 2005 (rec. 59/2005). Algunos ejemplos de la cuantificación y cálculo de estas indemnizaciones por nuestros tribunales pueden verse en Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi 2011, 4 y 5 (versión digital).

85. STC 247/2006 y STS de 29 de noviembre de 2017 (rec. 7/2017), de 5 de febrero de 2013 (rec. 89/2012) y de 15 de febrero de 2012 (rec. 67/2011).

ello que siempre corresponderá al órganos jurisdiccional determinar si la cuantía solicitada resulta acorde a la gravedad de la conducta vulneradora del derecho fundamental y a esa doble finalidad reparadora del daño y preventiva de la conducta ilícita⁸⁶.

Cuestión distinta, aunque importante en este punto de nuestro estudio, es la competencia del orden jurisdiccional social y la posible interferencia con el enjuiciamiento del caso en la vía penal. En este caso, el Tribunal Supremo ha venido considerando, con lógica, que “lo que no se manifiesta como razonable es admitir el ejercicio de una misma acción resarcitoria de los perjuicios sufridos, con origen en los mismos hechos, en dos procedimientos distintos ante órdenes jurisdiccionales diferentes, cuando en ambos supuestos se trata de alcanzar el mismo fin”⁸⁷. De este modo, para evitar compensar doblemente el daño o perjuicio, una vez hayamos ejercitado la acción civil para el resarcimiento de daños y perjuicios en vía penal, “hasta que ésta concluya, no puede reiterarse ante el orden social”, si bien, con la finalidad de salvaguardar el ejercicio de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), considera el alto Tribunal, que “el trámite de la causa criminal interrumpe el plazo de prescripción de la acción en vía laboral”⁸⁸.

6. CONCLUSIONES

La pandemia provocada por la COVID-19 ha golpeado fuertemente nuestras economías y ha tenido un importante impacto en las relaciones laborales generando situaciones hasta ahora desconocidas para empresarios y trabajadores. Los conflictos se han sucedido en el ámbito laboral como consecuencia de la aplicación de las normas, aparentemente neutras, frente a estas soluciones; pero también como consecuencia de decisiones extintivas o limitativas del acceso al empleo de las personas, sobre la base de causas relacionadas con la enfermedad.

Hemos intentado recopilar las principales cuestiones que han ido apareciendo a raíz de los primeros pronunciamientos judiciales sobre la materia, intentando aportar una solución conforme a las normas comunitarias y leyes internas vigentes, así como a la jurisprudencia existente hasta el momento. En ciertas ocasiones, podemos concluir que el debate sigue abierto, al tratarse de pronunciamientos de primera instancia que deberán resolver los tribunales de segunda instancia y, por último, el Tribunal

86. Podemos encontrar supuestos en los que el órgano jurisdiccional ha corregido a la baja la cuantía indemnizatoria solicitada por el demandante, incluso cuando ésta se encontraba dentro de los parámetros fijados por la LISOS; tal es el caso de la SAN de 14 de mayo de 2019 (AS 2019/1888) o la STSJ Galicia de 29 de noviembre de 2018 (rec. 2283/2018). Vid. en extenso sobre el tema López Terrada 2021, 22-24.

87. STS de 5 de junio de 2005 (rcud. 1838/2004).

88. De nuevo, STS de 5 de junio de 2005.

Supremo o el Tribunal Constitucional. Por todo ello, sin perjuicio de haber avanzado lo que consideramos una primera solución del conflicto, deberemos estar atentos a los citados pronunciamientos judiciales o a las soluciones que el legislador pueda aportar ante la nueva situación sanitaria por la que atravesamos.

No nos cabe duda, después de haber analizado cuestiones que afectan a derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad, la salud, el trabajo o la propia igualdad y no discriminación en el trabajo, de que una regulación adecuada a las circunstancias ayudaría a arrojar cierta luz a la práctica del derecho laboral y a evitar actitudes y comportamientos que afecten de forma negativa a los derechos de los trabajadores. La improvisación ante circunstancias como las vividas tras la pandemia de dimensiones mundiales, conduce a un inseguridad que en nada beneficia las relaciones entre empresarios y trabajadores. Es tiempo ya, por tanto, una vez ha pasado la presión inicial de las circunstancias, de reflexionar y elaborar un acervo normativo suficiente que permita establecer las reglas de actuación ante futuras repeticiones de la situación de crisis sanitaria por la que hemos atravesado.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Barrero Ortega, Abraham (2020), “Igualdad, no discriminación y acción positiva (un apunte desde la carta)”, en el Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, entrada de 9 de diciembre de 2020, <http://grupo.us.es/iwpr/2020/12/09/igualdad-no-discriminacion-y-accion-positiva-un-apunte-desde-la-carta/>
- Beltrán De Heredia Ruiz, Ignasi (2018), “Extinción del contrato durante enfermedad o dolencia de larga duración: Doctrinas Chacón Navas, Danmark, Daouid y Ruiz Conjero y su recepción interna”, <https://ignasibeltran.com/2018/03/19/extincion-del-contrato-durante-enfermedad-o-dolencia-de-larga-duracion-doctrinas-chacon-navas-danmark-daouidi-y-ruiz-conejero-y-su-recepcion-interna/>
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús R. (2017), “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, nº12, versión digital.
- Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz (2017), “Igualdad y no discriminación en el acceso al empleo”, en el libro colectivo García Murcia, Joaquín (director), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, pp. 445-478.
- Igartua Miró, María Teresa (2011), *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, Tecnos.
- López Terrada, Eva (2021), “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11 (1), 2-39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>
- Monereo Pérez, José Luis (2017), “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”,

en *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum.

- Monereo Pérez, José Luis y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel (2018), “La cosificación del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral: Estudio jurídico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 C-270/16, Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”, *La Ley Unión Europea*, 57 (LA LEY 2491/2018).
- Olarte Encabo, Sofía (2020), “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, nº 119, pp. 79-98.
- Pérez Domínguez, Fernando (2020), “Pasaporte Covid: ¿pasaporte hacia un empleo?”, Blog Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, entrada de 30 de octubre de 2020, <http://grupo.us.es/iwpr/2020/10/30/pasaporte-covid-los-efectos-negativos-de-un-mero-anuncio-por-que-los-experimentos-conviene-hacerlos-con-gaseosa-en-lugar-de-con-derechos-fundamentales-pasaporte-hacia-un-empleo/>
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2018), “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, nº 113, pp. 31-44.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2021), “Prueba ilícita y nulidad del despido”, *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 3, pp. 1-14.
- Sempere Navarro, Antonio V. y San Martín Mazzucconi, Carolina (2011), *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi.
- Val Tena, Angel Luis de (2020), “La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores, en particular, aquellos datos especialmente sensibles”, *Documentación Laboral*, 119, pp. 99-123.