

EL DESPIDO EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD  
TEMPORAL ¿INDICIO SUFICIENTE DE DISCRIMINACIÓN  
POR RAZÓN DE ENFERMEDAD?

IS DISMISSAL IN SITUATION OF TEMPORARY DISABILITY SUFFICIENT  
INDICATION OF DISCRIMINATION DUE TO ILLNESS?

Raquel Aguilera Izquierdo  
Catedrática de Universidad  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid  
ORCID: 0000-0003-0383-293X  
aguilera@ucm.es

**RESUMEN:** La inclusión de la enfermedad como causa de discriminación en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha reabierto el debate sobre la calificación del despido en los supuestos de incapacidad temporal. Se trata de determinar, por un lado, si la enfermedad, sin ningún tipo de calificativo, puede considerarse como causa de discriminación, es decir, si nos encontramos realmente ante una diferenciación que ha colocado históricamente a un sector de la población en una situación contraria a la dignidad de la persona. Y, por otro lado, se plantea la duda de si, al no encontrarnos ante un supuesto de nulidad objetiva, el despido en situación de incapacidad temporal constituye indicio suficiente de discriminación.

**PALABRAS CLAVE:** enfermedad, despido, incapacidad temporal, nulidad, discriminación, indicios de discriminación.

**ABSTRACT:** The inclusion of illness as a cause of discrimination in Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination, has reopened the debate on the qualification of dismissal in cases of temporary disability. It is

Recibido: 4/07/2024; Aceptado: 18/07/2024; Versión definitiva: 19/07/2024.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

*Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 8 (2024) 51-70  
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2024.i8.02>

about determining, on the one hand, if the disease, without any type of qualification, can be considered a cause of discrimination, that is, if we are really faced with a differentiation that has historically placed a sector of the population in an opposite situation. to the dignity of the person. And, on the other hand, the question arises as to whether, since we are not faced with a case of objective nullity, dismissal in a situation of temporary disability constitutes sufficient evidence of discrimination.

KEYWORDS: illness, dismissal, temporary disability, nullity, discrimination, signs of discrimination.

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN. 2. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN. 3. INDICIOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ENFERMEDAD. 4. POSTURA DE LA DOCTRINA JUDICIAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2022. 6. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, tiene como objetivo, según se deduce del art. 1 de la Ley y de su exposición de motivos, garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato, así como prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas de tales discriminaciones que se produzcan en cualquier ámbito público y privado. Se trata de una ley transversal que pretende establecer un marco general de tutela frente a toda clase de discriminaciones, ya sea en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos, ya sea en las relaciones entre particulares. Es una ley de garantías que, como señala su Exposición de Motivos “no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el art. 14 CE incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto”.

La Ley también se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación. Por lo que respecta al ámbito subjetivo, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo: “cualquier otra condición o circunstancia personal y social”.

Por lo que se refiere a la materia laboral, del contenido de la norma resulta claro que la misma se proyecta sobre el empleo por cuenta ajena, público o privado, y por cuenta propia.

En particular, en el empleo por cuenta ajena, la norma se proyecta sobre el acceso al empleo, la formación para el empleo, la promoción profesional, la retribución, la jornada y demás condiciones de trabajo, la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo (art. 9.1 Ley 15/2022).

En términos generales puede decirse que la Ley no incorpora elementos muy innovadores en el ámbito de las relaciones laborales. Con todo, el aspecto de la norma que sí parece tener una clara incidencia en el ámbito de las relaciones laborales y que ha dado origen a una gran discusión doctrinal, es la incorporación expresamente como causa de discriminación de los siguientes motivos asociados a la salud: la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos.

La problemática sobre las causas no tipificadas de discriminación ha sido particularmente relevante en nuestro país en relación con la enfermedad, por ello la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022 ha reabierto de nuevo el debate sobre cómo incide esta previsión en la calificación del despido.

En efecto, los argumentos de los partidarios de la nulidad del despido por enfermedad desde que la Ley 11/1994 eliminó la previsión contenida en el art. 55.6 ET, según la cual, “el despido de un trabajador que tenga suspendido su contrato de trabajo se considerará nulo”, han sido variados y han ido evolucionando a lo largo de los años. Así, se ha defendido el carácter discriminatorio de los despidos por enfermedad sobre la base de la cláusula genérica contenida en el art. 14 CE referida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”<sup>1</sup>. Sin embargo, pronto el Tribunal Supremo rechazó esta argumentación (STS de 29 de enero de 2001, rec. núm. 1566/2000). Señala el Tribunal Supremo, que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, por ello afirma que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”. Esta postura fue corroborada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008, de 26 de mayo.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que dio nueva redacción al art. 4.2 c), párrafo 2º ET, incluyendo como causa de discriminación la discapacidad, se ha pretendido equiparar los conceptos de enfermedad y discapacidad y de este modo

---

1. Ver, entre otras, STSJ Cataluña 28 de febrero de 2000, núm. 1891/2000; STSJ Cataluña 2 de abril de 2001, rec. núm. 9436-2000. Sin embargo, esta argumentación fue pronto rechazada por STS de 29 de enero de 2001, rec. núm. 1566-2000.

calificar el despido de un trabajador por motivo de enfermedad como nulo. La cuestión llegó al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea que en Sentencia de 11 de julio de 2008 (Caso Chacón Navas *contras* Eurest Colectividades, SA), señaló que para que pueda hablarse de discapacidad es necesario que la probabilidad de limitación que provoca la enfermedad sea de larga duración. No hay discapacidad “tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”, pero una enfermedad que provoque una limitación en la actividad profesional de larga duración sí puede ser causa de una discapacidad.

La incorporación al ordenamiento comunitario, en el año 2008, de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, llevó al TJUE, en sentencia de 11 de abril de 2013 (Caso Ring), a matizar la doctrina de la Sentencia Chacón Navas. En este sentido, el Tribunal concluye que “si una enfermedad, curable o incurable, acarrea una limitación que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede ser incluida en el concepto de discapacidad”.

Por último, también se ha defendido la nulidad del despido por enfermedad al entenderse vulnerado el derecho a la integridad física previsto el art. 15 CE. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que no es posible encontrar una conexión entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que despide aun trabajador con motivo de una situación de incapacidad temporal. De un lado, el despido es una conducta que no tiene repercusión física o material alguna sobre el trabajador, aunque sí puede tenerla de orden moral. Y, por otra parte, desde el punto de vista de las SSTC 220/2005, 62/2007, 160/2007 y 118/2019, en cuanto a la posible conexión entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad física, tampoco puede sostenerse que la medida extintiva empresarial ponga en peligro grave y cierto la continuación del tratamiento sanitario, ni la salud del trabajador afectado<sup>2</sup>. En todo caso, sí que se considera que existe una vulneración del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, cuando estando en incapacidad temporal el trabajador es despedido por su negativa a reincorporarse al trabajo antes de haber obtenido el alta médica<sup>3</sup>.

Pues bien, antes de adentrarnos en el estudio de las consecuencias que tiene, desde el punto de vista del despido, la introducción de la enfermedad como una nueva causa de discriminación por la Ley 15/2022, debemos analizar el concepto de discriminación, es decir, qué se entiende por discriminación. En efecto, como ha señalado la doctrina, la pluralidad de causas de discriminación enumeradas por el art. 2 de la Ley 15/2022 no resultan explícitamente definidas, y mientras que muchas de

---

2. SSTS 22 de septiembre de 2008, rec. núm. 3591/2008; 22 de noviembre de 2008, rec. núm. 3907/2006.

3. STS de 31 de enero de 2011.

las causas de discriminación prohibidas por esta ley tienen tras de sí una normativa y una jurisprudencia internacional y nacional que las interpreta, otras no la tienen, de manera que al no señalar la norma la extensión del área protegida y sus peculiaridades debemos partir del concepto de discriminación para tratar de concretar su contenido<sup>4</sup>.

Por lo que se refiere al concepto de discriminación, el Tribunal Constitucional ha optado por soluciones interpretativas diferentes.

En un principio, la doctrina constitucional entendió que era discriminatoria aquella diferencia de trato no razonable o suficientemente justificada.

Así, por ejemplo, la STC 34/1981, de 10 de noviembre, señala que, “lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”. En la misma línea, las SSTC 26/1984, de 24 de febrero y 49/1983, de 1 de junio, afirman que el “principio de igualdad lo proclama el art. 14 de la CE en una amplia fórmula generalizadora, tras una enumeración concreta de condiciones o circunstancias, pero que, en suma, lo que impide es un tratamiento diferenciado en situaciones iguales”.

Sin embargo, la STC 128/1987, de 16 de julio, constituye un cambio importante en la materia. Esta sentencia abre paso a una interpretación más estricta del término discriminación, al afirmar que, el art. 14 CE “representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la CE”.

Esta doctrina constitucional ha sido recogida posteriormente en otras muchas sentencias.

Pues bien, al contener el art. 14 CE una cláusula abierta que permite la incorporación de nuevas causas de discriminación, el hecho de que se mantenga una u otra interpretación del concepto de discriminación tiene una indudable trascendencia. Así, por ejemplo, ha sido distinta la interpretación del concepto de discriminación en la doctrina constitucional cuando ha incluido como causa de discriminación la discapacidad, la condición de transexual o la identidad de género, que cuando ha incluido la discriminación por razón de edad o por circunstancias familiares.

Así, en relación con la discapacidad, la condición de transexual o la identidad de género, ha entendido el Tribunal Constitucional que estas circunstancias comparten con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser diferencias

---

4. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, Madrid, 2023, pág. 35; ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución”, *Temas Laborales*, núm. 165, 2022.

históricamente arraigadas que han situado a dichos colectivos en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE.

Sin embargo, la doctrina constitucional no se ha mostrado tan clara al considerar como causa de discriminación la edad o las circunstancias familiares.

La consideración de la edad como factor de discriminación del artículo 14 CE, ya fue reconocida en la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2, donde el TC, sin ningún tipo de justificación afirma que el art. 14 CE alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad. Desde entonces la edad se ha considerado como un factor de discriminación. Y lo mismo ha sucedido con la discriminación por circunstancias familiares, causa de discriminación que fue introducida por la STC 26/2011, de 14 de marzo, al considerar el Tribunal que lo que se planteaba en dicho asunto era un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador varón demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral. Por cierto, esta causa de discriminación no ha sido incluida en el listado del art. 2 de la Ley 15/2022.

Ciertamente, la cláusula abierta que contiene el art. 14 CE, al recoger la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, permite que el ordenamiento se adapte mucho mejor a la aparición de nuevas causas de discriminación. Esta es la técnica también adoptada en el ámbito del Derecho Internacional<sup>5</sup>.

La CE no impide, por tanto, reconocer nuevas causas de discriminación, y lo que parece exigir la jurisprudencia constitucional mayoritaria, aunque con algunas excepciones como hemos señalado, es que esas nuevas causas sean “análogas” a las previstas en el art. 14 CE, en el sentido de que las mismas se refieren a “determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han situado a grupos de la población en posiciones contrarias a la dignidad humana”. Por ello, se hace referencia a que el criterio de diferenciación utilizado tenga un carácter estigmatizante o una “naturaleza particularmente odiosa, que lo convierte “en elemento de segregación, cuando no de persecución”.

Esta es la interpretación que considero debe prevalecer de las causas de discriminación, a pesar de que, este carácter restringido del concepto de discriminación y su vinculación a colectivos que arrastran históricamente situaciones de opresión no parece insalvable cuando el propio TC, en determinadas ocasiones, ha mostrado una mayor flexibilidad a la hora de extender el contenido de la cláusula abierta del art. 14 CE. La propia exposición de motivos de la Ley 15/2022 alude a este carácter estigmatizador o excluyente de las causas de discriminación, al señalar que “los actos discriminatorios

---

5. Una solución distinta ha adoptado el ordenamiento jurídico inglés, que ha optado por un sistema de lista cerrada en relación con las causas de discriminación. En este sentido, ver, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J.: “Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014.

se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos”.

## 2. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN

La duda que plantea la inclusión de la enfermedad sin ningún tipo de calificativo como causa de discriminación es si nos encontramos realmente ante una diferenciación que ha colocado históricamente a un sector de la población en una situación contraria a la dignidad de la persona.

La enfermedad no era una situación expresamente contemplada como causa de discriminación en art. 14 CE ni en el art. 17 ET ni en el art. 2.2 de la Directiva 2000/78. Sin embargo, sí era reconocida como causa de discriminación por la jurisprudencia, cuando la enfermedad actúa como un elemento de segregación o exclusión social. El Tribunal Constitucional se pronunció precisamente sobre esta causa de discriminación en un supuesto de despido. Así, para el Tribunal Constitucional, Sentencia 62/2008, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, la enfermedad podrá ser causa de discriminación cuando sea tomada en consideración como un elemento de segregación basado en su mera existencia, pero no cuando la enfermedad se pone en relación con la aptitud del trabajador para desarrollar su trabajo. En concreto, señala el Tribunal Constitucional, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar el trabajo.

La Ley 15/2022 no contiene ninguna definición de lo que se entiende por discriminación por razón de enfermedad. Hay que tener en cuenta que el derecho de igualdad es un derecho de contenido dinámico y no meramente estático, de modo que las normas hasta el momento aprobadas en materia de igualdad han adoptado siempre un enfoque particularista, persiguiendo la discriminación ocasionada por determinados motivos y en unos concretos ámbitos. Esto es lo que, a mi juicio, hace que no se contenga en la ley una definición de lo que se entiende por discriminación por enfermedad, como tampoco se contiene con el resto de causas, de manera que debemos determinar cuál es la interpretación del concepto de discriminación por enfermedad desde el punto de vista laboral.

Esta falta de definición de lo que se entiende por discriminación por enfermedad nos lleva a tomar como referente la doctrina del Tribunal Constitucional que acabamos de señalar. No hay duda, por tanto, de que la enfermedad es discriminatoria cuando la enfermedad es elemento de segregación. Cuando el trabajador ha sido despedido por su enfermedad y no por la limitación en su capacidad de trabajo que la enfermedad provoca, estamos ante un despido discriminatorio por enfermedad. Lo estábamos antes de la Ley 15/2022 y lo seguimos estando ahora.

Así, por ejemplo, en el caso del COVID 19 podemos encontrar algunos pronunciamientos en los que los trabajadores despedidos alegan discriminación por razón de enfermedad al entender que su despido es consecuencia del COVID-19, lo que constituye, a su entender, un elemento de segregación.

Podemos citar, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Murcia de 10 de diciembre de 2020, confirmada por STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2021, que declara nulo el despido de una trabajadora en situación de incapacidad temporal por COVID. Esta sentencia es un buen ejemplo de lo que se entiende por discriminación por enfermedad.

Señala la sentencia que, “no se ha despedido a la trabajadora por el mero hecho de encontrarse en situación de IT, ni por la mayor o menor duración del periodo de cuarentena o por la baja rentabilidad que pueda suponer para la empresa. El verdadero motivo del despido es el hecho de que la trabajadora, que prestaba servicios de atención al público, era sospechosa de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa. Y esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir, enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo. Hay que tener en cuenta el momento en que se produce el despido (20 de abril de 2020). En dicha fecha solo había pasado un mes de la declaración del estado de alarma y había una situación sin precedentes de temor generalizado a contagios masivos (que a día de hoy todavía perdura). Es indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no. Lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás, al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio”.

En todo caso, conviene recordar que la prohibición de discriminación no exige un contraste con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado. Por ello, cuando el art. 2.3 de la Ley 15/2022, reproduciendo el art. 6.3 de la Ley 33/2022, General de Salud Pública, afirma que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”, está haciendo referencia a la enfermedad desde el punto de vista del principio de igualdad, pero no como causa de discriminación. Puede, así, haber diferencias de trato relacionadas con la enfermedad que no son discriminatorias, porque no tienen un efecto estigmatizante o de marginación, pero que pueden ser contrarias al principio de igualdad.

### 3. INDICIOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ENFERMEDAD

Una vez expuesto el concepto de discriminación y el de discriminación por enfermedad según la doctrina del Tribunal Constitucional, hay que analizar seguidamente el

problema que plantea la alegación de esta causa de discriminación en los supuestos de extinción del contrato de trabajo. El principal problema radica en el hecho de que la mera invocación del factor protegido no constituye un indicio suficiente del que se permita deducir la posibilidad de la lesión.

La enfermedad es una causa de discriminación expresamente recogida en la ley. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina constitucional, no basta con que el trabajador despedido demuestre tal dato objetivo, es decir, no basta que invoque simplemente el factor protegido, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. No basta la mera alegación sino la muestra de un panorama indiciario.

Cuando el trabajador despedido alegue como causa de discriminación la enfermedad, la situación será diferente dependiendo de si en el momento del despido se encuentra o no en incapacidad temporal. En este sentido, debemos tener en cuenta que la cuestión del despido del trabajador en el contexto de una enfermedad tiene una casuística más amplia que la del supuesto prototípico del trabajador que está en situación de incapacidad temporal en el momento de la extinción.

Como es sabido, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022, la jurisprudencia consideraba el despido discriminatorio por enfermedad en tres supuestos: a) Cuando la enfermedad sea tomada como un elemento de segregación; b) cuando se trate de una enfermedad que se puede considerar de larga duración y, por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, asimilable a una discapacidad; y, c) cuando se acredite que existen presiones por parte del empresario para reincorporarse al trabajo estando de baja.

Si el trabajador es despedido estando en situación de incapacidad temporal y sostiene que la causa alegada por el empresario es ficticia y que la verdadera razón de su despido es la enfermedad, la duda que se plantea es si el mero despido de un trabajador enfermo es indicio suficiente para entender que estamos ante un despido discriminatorio por enfermedad. ¿Actúa en estos casos la enfermedad como un elemento de exclusión o de segregación social?

En la doctrina laboralista y, también en la doctrina judicial, han existido dos posturas diferentes sobre esta cuestión.

La primera postura, que es la mantenida por el TC y por el Tribunal Supremo, entiende, como venimos señalando, que el despido por enfermedad es discriminatorio cuando la enfermedad es elemento de segregación y no cuando es mero factor que hace inconveniente la relación laboral para la empresa. En definitiva, cuando es el hecho de la enfermedad en sí y del estado de salud del trabajador el motivo central de la decisión extintiva, sin relación alguna con otras valoraciones relacionadas con la aptitud, la cualificación, la competencia y el trabajo del trabajador enfermo. Se despide al trabajador por estar enfermo y no por considerar que dicha enfermedad le

incapacita para desarrollar el trabajo. Por eso, el mero hecho de despedir a un trabajador estando en incapacidad temporal no constituye para esta primera postura indicio suficiente de discriminación. El trabajador tendrá que aportar indicios de los que derive que la enfermedad tiene un efecto estigmatizante o que la enfermedad acarrea una limitación de larga duración que puede ser incluida en el concepto de discapacidad. Si no se aportan esos indicios, el despido podrá ser, en su caso, improcedente si no queda acreditado el incumplimiento alegado por el empresario. Pero no será declarado nulo.

Por su parte, la segunda postura doctrinal existente considera que el despedir a un trabajador en situación de baja laboral, constituye un indicio suficiente de discriminación. “Precisamente, este comportamiento discriminatorio – despedir por enfermedad bajo una aparente falta de aptitud sin apoyo probatorio alguno – se convierte en el mejor indicio que el trabajador eventualmente discriminado puede presentar”<sup>6</sup>. Considera parte de la doctrina laboralista que cuando se eligen a determinados trabajadores, justamente por su enfermedad, “para aplicarles medidas perjudiciales en relación con otros trabajadores de la empresa, o se les valora negativamente como trabajadores prescindibles, poco útiles y escasamente productivos, de los que es necesario desprenderse por ser trabajadores enfermos”, el estado de salud está actuando como un factor discriminador prohibido<sup>7</sup>.

Bastará, por tanto, que el trabajador alegue que ha sido despedido en situación de incapacidad temporal para que se invierta la carga de la prueba.

El elemento de segregación parece sostenerse, para los partidarios de la interpretación señalada, en el hecho de encontrarse el trabajador de baja por enfermedad y ser despedido. Cualquier despido en situación de incapacidad temporal se considera así nulo por ser discriminatorio por razón de enfermedad, salvo que el empresario consiga demostrar que existe una causa que justifica el despido, por ejemplo, un despido disciplinario porque el trabajador durante la situación de incapacidad temporal está realizando actividades incompatibles con la enfermedad que padece.

La inclusión de la enfermedad como causa de discriminación en la Ley 15/2022 no supone, a mi juicio, ningún cambio con respecto a la situación descrita, ni que el legislador se haya inclinado por una de estas dos posturas doctrinales. Ciertamente, el que se incluya la enfermedad como causa de discriminación demuestra la preocupación del legislador por esta materia, pero al no definirse qué se entiende por discriminación por enfermedad, las dudas interpretativas que existían anteriormente siguen persistiendo. Como ha señalado la doctrina, “el legislador ordinario no

---

6. FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B.: “La salud del trabajador como causa de discriminación”, REDT, núm. 162, 2014.

7. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Extinción del contrato de trabajo y estado de salud del trabajador”, en *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015, pág. 607.

puede modificar el concepto constitucional de discriminación”<sup>8</sup>. Por lo tanto, si se incluye expresamente la enfermedad como causa de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022, “debe entenderse que se hace en el marco de la doctrina del TC sobre el art. 14 CE”<sup>9</sup>.

#### 4. POSTURA DE LA DOCTRINA JUDICIAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2022

La doctrina judicial sobre esta materia tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 empieza a ser muy abundante. La gran mayoría de sentencias consideran que el despido en situación de incapacidad temporal constituye un indicio suficiente de discriminación por enfermedad y declaran el despido nulo si el empresario no acredita una justificación objetiva y razonable.

Sin ánimo exhaustivo, podemos citar, como muestra de la doctrina judicial sobre la materia, las siguientes sentencias:

- La STSJ, Sala de lo Social, de Galicia 10 de enero de 2024, núm. 42/2024, considera que la trabajadora demandante ha aportado indicios suficientes de que la conducta de la empresa resulta sin duda indiciaria de discriminación, pudiendo apreciar que la verdadera causa que mueve a la empresa para poner fin a la relación laboral, es la situación de enfermedad, que la trabajadora venía padeciendo desde hacía más de diecisiete meses (casi un año y medio), y al recaer de nuevo en situación de IT tras su reincorporación inmediatamente es despedida, sin que la empresa justifique la causa del cese. Entiende que las circunstancias que concurren en este concreto caso, evidencian que la conducta de la empresa de extinguir la relación laboral, tiene una evidente relación con la enfermedad de la trabajadora, pues no se aprecia otro motivo de cese, que no sea su situación de incapacidad temporal, pues el despido sin causa en situación de incapacidad temporal, considera que puede ser constitutivo de la lesión del derecho fundamental a la integridad física. Para el Tribunal Superior de Justicia “la actuación de la demandada, cesando a la trabajadora sin concurrencia de ninguna causa justificativa del cese que no sea exclusivamente su situación de incapacidad temporal, comportó indiscutiblemente una actuación negativa y perjudicial, reactiva al ejercicio de derechos constitucionales tan básicos como el de la salud”.

---

8. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución”, *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, pág. 108.

9. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución”, op.cit., pág. 108.

- En el mismo sentido, la STSJ, Sala de lo Social, de Galicia de 29 de enero de 2024, num. 516/2024, afirma que “la citada Ley 15/2022 incorpora la enfermedad como una situación de discriminación, lo cual supone un cambio sustancial en la protección de los trabajadores afectos de una baja por IT, de modo que cabría deducir que toda conducta empresarial que implique una discriminación por razón de la enfermedad determinaría su nulidad, siempre que se aporten indicios suficientes del trato discriminatorio”. No obstante lo anterior, y en relación con los despidos, realiza las siguientes consideraciones. “Respecto a la posible nulidad del despido, hay que tener en cuenta que no se ha modificado el Estatuto de los Trabajadores por lo que entendemos que el despido de un trabajador en situación de baja médica no constituye una causa de nulidad objetiva o automática del art. 55.5 ET, y el trabajador deberá acreditar la posible conexión entre la extinción del contrato y su enfermedad, o por lo menos proporcionar algún indicio de ello. Por tanto, no cabría aplicar la automaticidad de la nulidad tal como se sucede en el despido de la trabajadora embarazada. A estos efectos, debe entrar en juego la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba cuando se alegue vulneración de derechos fundamentales”. De este modo, señala la Sala, “corresponde al trabajador aportar un indicio probatorio de que el empresario le ha discriminado por razón de su enfermedad, es decir que el despido se fundamenta esencialmente en la situación de baja médica; y acreditado el indicio, corresponde a la empresa probar que la verdadera causa del despido es ajena a la vulneración de derechos fundamentales”. Como en este caso se aprecia la conexión entre la enfermedad sufrida por el demandante, pues tras ella no llegó a incorporarse a su puesto de trabajo, y el despido acordado por la empresa, se declara la nulidad del despido.
- Por su parte, la STSJ, Sala de lo Social, de Galicia de 26 de enero de 2024, núm. 495/2024, en contra del criterio mantenido por la sentencia de instancia, insiste en afirmar que “la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en su artículo segundo, amplía las causas de no discriminación, incorporando, en su artículo 2.1, la enfermedad o condición de salud, el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, e incide, en su artículo 2.3, en que una enfermedad no pueda provocar diferencias de trato distintas de las que se deriven de su propio proceso de tratamiento, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública. Por lo que, desde la entrada en vigor de aquella Ley, la enfermedad como causa de discriminación operaría de manera autónoma y dejaría de derivar del solapamiento o equiparación con otras causas de discriminación. Y a partir del reconocimiento expreso de la enfermedad

como causa de discriminación en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación la doctrina parece inclinarse de una manera bastante generalizada por la solución casi automática de nulidad del despido durante la incapacidad temporal”. En concreto, en el supuesto resuelto por esta sentencia considera la Sala que el hecho de que en el momento en que la empresa adopta la decisión extintiva el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal, constituye un claro indicio de presunta conducta discriminatoria. En consecuencia, al existir un factor de discriminación por enfermedad en el despido del recurrente y no aportar la empresa ninguna justificación el mismo, el despido se califica de nulo.

- La STSJ, Sala de lo Social, de Galicia de 24 de enero de 2024, núm. 410/2024, afirma que “con la Ley 15/2022 se amplían los supuestos en que una enfermedad puede constituir la base de un comportamiento discriminatorio de modo que la nulidad no requiere de una existente o previsible discapacidad, ni que la segregación o estigmatización se evidencie por la propia etiología o clínica de la enfermedad padecida sino que también queda protegido el trabajador ante actuaciones discriminatorias motivadas por la mera constatación de la situación de enfermedad, es decir, que no tienen causa en otra justificación objetiva, razonable y suficientemente probada. Vale decir que la segregación se materializa en la desprotección de su salud (o con en la pérdida del empleo, en casos como el de autos), con la consiguiente repercusión en relación con la situación de los demás trabajadores que pudieran verse implicados en similares circunstancias. Siendo así, resulta indiferente qué enfermedad afecta al trabajador o su gravedad o duración previsible o que por sí misma constituya una dolencia estigmatizante a los efectos de integrarla entre los motivos de discriminación”. Así, sostiene que constituye indicio suficiente de discriminación el que la situación de enfermedad tenga lugar en el entorno temporal de la medida adoptada.
- La STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, de 30 de junio de 2023, núm. 664/2023, considera indicio suficiente de discriminación que tras la baja y el aumento en la duración previsible de la enfermedad y consiguiente baja por IT, tiene lugar el despido. “La duración de la incapacidad no se tiene en cuenta como elemento caracterizador de enfermedad (ya hemos visto que es propio de la discapacidad), sin embargo, si puede suponer un indicio suficiente en tanto que es la prolongación de la baja más allá de lo previsto inicialmente lo que desata la decisión de la empresa. Al no haberse fijado ni un solo hecho que permita poder valorar que la conducta de la empresa como razonable y proporcionada debe estimarse que se ha vulnerado el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de enfermedad” y, en consecuencia, se declara la nulidad del despido.

- La STSJ, Sala de lo Social, de Asturias de 23 de mayo de 2023, núm. 788/2023, insiste en que, cuando existen indicios suficientes “que apuntan a la incapacidad temporal por enfermedad como verdadera razón de la extinción de la relación laboral constitutiva de despido” procede la inversión de la carga probatoria, correspondiendo entonces al empleador acreditar la existencia de una justificación objetiva y razonable de su decisión, ajena a todo móvil discriminatorio.
- Para la STSJ, Sala de lo Social, de Castilla y León de 20 de julio de 2023, núm. 589/2023, “el sólo hecho de cesar a la demandante por estar en situación de incapacidad temporal, es vulnerar derechos tan elementales como son el de la protección de la salud y el acceso a las prestaciones (económica y sanitaria) de seguridad social, que son manifestación del derecho fundamental a la integridad física, y dicha decisión comportó indiscutiblemente una actuación negativa y perjudicial, reactiva al ejercicio de derechos constitucionales tan básicos como el de la salud (art. 43 CE) y el del acceso a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 41 CE), lesiva del derecho fundamental a la integridad física consagrado en el art. 15 CE”. Por todo ello, “producida la discriminación por causa de enfermedad o condición de la salud, al haber causado baja médica, y con la segregación que le ha supuesto el despido efectuado, y ante la ausencia total de justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad por la empresa, que no recoge causa ni dato alguno al respecto en la carta de despido, procede la declaración de nulidad”.
- Por su parte, existen algunas sentencias que parecen mantener una postura algo diferente, si bien hay que tener en cuenta que en ellas el despido no tiene lugar estando el trabajador de baja por incapacidad temporal, sino tras la reincorporación después de dicho proceso. En este sentido podemos citar la STSJ Sala de lo Social, de Castilla y León de 22 de marzo de 2024, núm. 578/2024, según la cual “no cabe considerar que la mera situación de baja laboral, aún inmediata al despido, constituya indicio consistente de discriminación que justifique el desplazamiento de la carga probatoria a la empresa. Los indicios de discriminación que permitirían en su caso entrar a decidir sobre la nulidad del despido no solo faltan, pues carecemos de hechos acreditados en este sentido, sino que los que encontramos son precisamente contrarios a dicha apreciación”.  
En la misma línea, la STSJ de Asturias de 6 de febrero de 2024, núm. 157/2024, recuerda que ni antes ni después de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, que prohíbe la discriminación por enfermedad, una situación de incapacidad temporal en el momento del despido puede conllevar, sin más y de forma automática, que el despido deba calificarse como nulo. Por

- el contrario, la trabajadora debe aportar un principio de prueba razonable y suficiente, más allá de meras sospechas o conjeturas, de que la empresa ha vulnerado un derecho fundamental. En el supuesto resuelto por esta Sentencia la empresa sólo tenía conocimiento de consultas del actor con reumatología, pero desconocía la enfermedad que presentaba y la entidad de la misma, con un proceso de incapacidad temporal finalizado hace casi seis meses, pues el alta médica se emitió a finales de diciembre y el despido se produce el día 14 de junio. “Alega el recurrente, sin cuestionar que la empresa desconocía el diagnóstico del proceso de incapacidad temporal, así como nada sabía de la tramitación del expediente de incapacidad permanente, que el hecho de que conociera esa previa situación de incapacidad temporal, unida al dato conocido de que el INSS era el único que podía autorizar una nueva baja médica o proceso de IT por la misma dolencia en los 180 días siguientes al alta médica, junto con el hecho de que la empresa ante la UMAC reconociera la improcedencia del despido, configura un suficiente panorama indiciario que debería dar lugar a invertir la carga de la prueba, pues la causa del despido fue la consideración empresarial de que la enfermedad del trabajador iba a causar o motivar nuevos procesos de incapacidad temporal de larga o media duración, siendo claro que en su decisión pesó dicha perspectiva de futuro que implicaba que iniciase un nuevo proceso de IT transcurrido dicho periodo de 180 días; argumentos que nos sitúan en el plano de las conjeturas o hipótesis de futuro, al presumir el recurrente que necesariamente su enfermedad iba a dar lugar a nuevas bajas médicas, cuando de ello no tenemos noticia alguna. Supone ignorar asimismo que la sentencia de instancia da cuenta de que desde que se incorporó a finales de febrero de 2.022 la empresa no tuvo conocimiento de que el demandante se encontrase enfermo, continuando prestando servicios tres meses y medio, por lo que existe tal desconexión temporal con el proceso de incapacidad temporal previo que impide estimar que haya sido aquella enfermedad que dio lugar al proceso de baja médica, de la que se suponía que se había recuperado pues se había expedido el alta médica y se había confirmado la misma, la que haya motivado el despido que hoy se enjuicia”. Por lo tanto, no existiendo indicios de que la baja médica ha sido la causa del despido del trabajador, no puede producirse la inversión de la carga de la prueba y el despido no puede calificarse de nulo.
- Por último, algunas sentencias, aunque con carácter minoritario, consideran que la enfermedad sólo es discriminatoria cuando actúa como elemento de segregación. En este sentido, podemos citar la STSJ Cataluña de 12 de julio de 2023, núm. 4546/2023, según la cual, “la enfermedad o la situación de incapacidad temporal por sí misma no es indicio discriminatorio, y el despido motivado por ellas sería en todo caso improcedente, pero nunca nulo, ya que

es necesario para apreciar la existencia de discriminación que se tome la enfermedad como un elemento de segregación, o la estigmatización como persona enferma, o que se relacione con la limitación o discapacidad que le pudiera ocasionar la enfermedad; y en este caso estas circunstancias no concurren”.

## 5. NECESIDAD DE UNA FUTURA REFORMA DE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO Y LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La problemática doctrinal descrita hace que nos planteemos la necesidad de reformar de un lado la regulación del despido y de otro la regulación de la incapacidad temporal.

Sin duda, el despido en situación de incapacidad temporal es un acto antijurídico, cuya antijuridicidad se repara con la declaración de improcedencia del despido. Cuestión distinta es que la protección que se dispensa por la vía del despido improcedente pueda no considerarse adecuada o insuficiente en estos casos.

Como ha señalado la doctrina, “dentro de un sistema ordenado por la prohibición del despido libre, el despido improcedente con opción de indemnización opera en ciertos casos como una especie de desistimiento indemnizado”. Precisamente el límite a esta especie de desistimiento indemnizado está constituido por los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales, “lo que lleva a intentar encajar, con mayor o menor fortuna, las motivaciones ilícitas de determinados despidos en la infracción de un derecho constitucional, saltando de la Ley a la Constitución. Los despidos por bajas médicas son una buena muestra”<sup>10</sup>.

Por lo tanto, si lo que se quiere es declarar nulo el despido por bajas médicas lo que tendría que hacer el legislador es incluir esta previsión expresamente en el ET, como anteriormente estaba incluida. Hay que recordar que hasta el año 1994, en concreto hasta la Ley 11/1994, el despido del trabajador estando suspendido su contrato de trabajo era considerado nulo. Pero tratar de llegar a esa misma solución declarando discriminatorio el despido resulta excesivamente forzado y contrario al concepto de discriminación. Esta opción, es decir, declarar la readmisión del trabajador, no requiere necesariamente que se califiquen de discriminatorios los despidos, pues la ley podría prever la readmisión del trabajador como garantía reforzada de la estabilidad en el empleo para los trabajadores en situación de incapacidad temporal.

Y, de otro lado, la otra institución que sería necesario revisar sería la regulación de la incapacidad temporal, acompañada del recurrente tema del fraude y de la idoneidad de los sistemas de control de la misma, hasta el punto de que los despidos se utilizan como radical medida defensiva.

---

10. CÁMARA BOTÍA, A.: “De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2007.

Es aquí, en relación con los costes que para el empresario implica la incapacidad temporal de un trabajador, donde a mi juicio, se encuentra el verdadero problema de los despidos vinculados a la enfermedad del trabajador. Es evidente que la repetición y duración de las faltas al trabajo por enfermedades es una situación que incomoda a los intereses empresariales. Cuando la enfermedad no genera una incapacidad permanente sino una pura incapacidad temporal, el empresario no tiene más opción que mantener al trabajador con los costes que esta situación acarrea.

Los altos costes que la incapacidad temporal suponen para el empresario han llevado al abuso de los despidos en incapacidad temporal. Esta actuación abusiva del empresario se trata de penalizar con la calificación del despido como nulo por discriminatorio, de manera que el coste económico de la enfermedad del trabajador se desplaza al empresario. La insuficiencia protectora del Estado social y democrático de derecho en este caso se trata de remediar a expensas del empresario, de manera que, ante la imposibilidad de controlar el fraude que en muchos casos acompaña a la incapacidad temporal, se ha cargado el coste de la prestación en el empresario.

La solución, como se ve, no es sencilla, y adoptar, como medida disuasoria, la nulidad del despido, al considerarlo discriminatorio por razón de enfermedad, constituye una solución técnica discutible.

La enfermedad, como ha dicho el Tribunal Supremo, es una “contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas”, faltando por tanto en ella los móviles específicos de la conducta discriminatoria. El derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, por lo que la enfermedad “en sentido genérico”, “desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo”, no puede ser considerada en principio como un motivo o “factor discriminatorio” en el ámbito del contrato de trabajo (STS de 29 de enero de 2001).

Si esta ha sido la doctrina constitucional y del Tribunal Supremo hasta la fecha, no parece fácil encontrar razones de las que derivar que el hecho de que la enfermedad haya sido incluida como causa de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022 supone un cambio con respecto a dicha postura jurisprudencial. La enfermedad ya era considerada causa de discriminación pero en los términos señalados.

La enfermedad en sentido genérico no es causa de discriminación sino que lo serán determinados tipos de enfermedades que actúan como elemento de segregación social. Y estos son precisamente los casos en los que hasta ahora se ha declarado discriminatorio un despido por enfermedad. Ha sido la concreta enfermedad padecida, por ejemplo, el SIDA, el COVID, lo que ha llevado a los órganos judiciales a entender que estábamos ante un supuesto de discriminación por enfermedad, no la enfermedad con carácter genérico. Ahora bien, esto implica, por tanto, conocer la enfermedad padecida por el trabajador. Sin embargo, la naturaleza de la enfermedad y su alcance es una información que afecta a la esfera íntima del trabajador y que no figura, en

consecuencia, en los partes de baja médicos ni en los informes de los servicios de prevención.

Si el trabajador está en incapacidad temporal el empresario sabe que está enfermo aunque no conozca la enfermedad que padece salvo que éste la haya comunicado voluntariamente.

Pero, ¿cuál es la situación cuando el trabajador despedido no se encuentra en situación de incapacidad temporal y considera que ha sido discriminado por razón de enfermedad? En este caso, deberá aportar indicios de los que deriven la discriminación alegada, y lo mismo sucederá cuando el trabajador despedido alegue discriminación por razón de condición de salud, estado serológico o predisposición genética a sufrir patologías o trastornos, teniendo en cuenta, además, que el empresario tiene prohibido indagar en la salud de los trabajadores.

Luego, la duda es ¿cómo puede el trabajador mostrar indicios de discriminación en relación con un estado de salud latente y que no conoce el empresario?

Por ello, la siguiente cuestión que se viene planteando es si es necesario que el empresario tenga conocimiento de dichas situaciones para entender que el despido es discriminatorio. Es decir, si estamos ante un supuesto de nulidad objetiva.

Si entendemos que no es necesario el conocimiento empresarial, al trabajador le bastará con acreditar que está enfermo o que padece una determinada condición de salud, estado serológico o predisposición genética a sufrir patologías en el momento del despido para entender que estamos ante un despido discriminatorio. Por el contrario, si entendemos que es necesario el conocimiento empresarial, el trabajador deberá aportar indicios de los que se derive la discriminación alegada.

A mi juicio, no es posible trasladar aquí la doctrina de la nulidad objetiva en caso de embarazo, aunque algunas de las interpretaciones que se están haciendo de la Ley 15/2022 mantienen una postura contraria. Algún autor considera, por ejemplo, que el hecho de que la ley haya reconocido la discriminación por error avala la conclusión de que el desconocimiento del empresario de la situación de enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética no es obstáculo para que el despido se declare nulo.

La discriminación por error, según el art. 6 de la Ley 15/2022, es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas. El error, evidentemente, en muchos casos es fruto del desconocimiento, pero el error, basado en apreciación incorrecta, no puede hacerse equivar a desconocimiento. Si el empresario no conoce la situación, no puede alegarse error o apreciación incorrecta de una característica que desconoce, e incluso puede desconocer el propio trabajador.

Una interpretación acorde con la garantía y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación que pretende la Ley 15/2022 conduce a ponderar el efecto perverso que la nulidad objetiva en caso de enfermedad, condición de

salud, estado serológico y/o predisposición genética podría tener. En efecto, en la interpretación del contenido de esta Ley, de acuerdo con su art. 7, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias, lo que exige, a mi juicio, la ponderación del impacto que tal interpretación normativa puede provocar sobre la real consecución de la igualdad material.

Un exceso de protección de los trabajadores enfermos o con condiciones de salud que pueden derivar en una enfermedad, puede tener un efecto boomerang. La protección que debe otorgarse a estos trabajadores debe tratar de protegerlos no sólo para que no sean expulsados del mercado de trabajo sino para evitar que sean excluidos de la contratación. Y, sin duda, el hecho de que al trabajador le baste con alegar que está enfermo o que tiene una determinada condición de salud, estado serológico o predisposición genética para que el despido pueda ser declarado nulo, sin que el empresario tenga conocimiento de esta circunstancia, puede provocar un efecto contrario al pretendido y retraer con carácter general la contratación.

No exigir el conocimiento empresarial de esas situaciones y deslegitimar una conducta empresarial cuando el empresario desconoce la situación que se pretende proteger por la norma, es, a mi juicio, gravar en exceso al empresario. Además, se trata de causas discriminación que toda persona podemos padecer en cualquier momento, de manera que bastaría con alegar dichas circunstancias para que el despido fuera declarado nulo.

Por lo tanto, a mi juicio, el empresario deberá tener conocimiento de las situaciones señaladas en el momento del despido, lo que, soy consciente, dificulta la alegación de estas causas de discriminación cuando el trabajador es despedido no estando en situación de incapacidad temporal.

Cuando se encuentra en situación de incapacidad temporal, el empresario conoce que el trabajador está enfermo, aunque desconoce la enfermedad padecida. En este caso, como ya he señalado, la duda será determinar si el despido es indicio suficiente de discriminación, es decir, si es elemento de exclusión o segregación. Y aquí, como he señalado, la postura de la doctrina judicial dominante es la de entender que el despido del trabajador enfermo es una causa de estigmatización. La postura de la doctrina judicial mayoritaria en estos momentos puede resumirse con claridad del modo siguiente: si hay justificación de las ausencias y está en peligro el estado de salud “el despido por esta causa segrega, disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado solo en la existencia misma de la enfermedad<sup>11</sup>”.

Sin embargo, a mi juicio, como señaló el Tribunal Supremo, la enfermedad es una “contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o

---

11. Voto particular formulado por los magistrados D. Fernando Valdés Dal-Ré y don Cándido Conde-Pumpido a la STC 118/2019, de 16 de octubre.

colectivo de personas”, faltando por tanto en ella los móviles específicos de la conducta discriminatoria. El derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, por lo que la enfermedad “en sentido genérico”, “desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo”, no puede ser considerada en principio como un motivo o “factor discriminatorio” en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29 de enero de 2001).

Se está tratando de forzar el concepto de discriminación para incluir en él el despido de los trabajadores en situación de incapacidad temporal y declarar de este modo su nulidad. Por ello, si la intención del legislador es declarar la nulidad del despido en estos casos, lo correcto sería modificar el ET y la LRJS y establecer una regulación semejante a la existente hasta el año 1994, que preveía la nulidad del despido de un trabajador que tuviera suspendido su contrato de trabajo.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Izquierdo, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, Madrid, 2023, pág. 35.
- Álvarez del Cuívillo, A.: “La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución”, *Temas Laborales*, núm. 165, 2022.
- Cámara Botía, A.: “De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2007.
- Fernández Docampo, M.B.: “La salud del trabajador como causa de discriminación”, *REDT*, núm. 162, 2014.
- Gómez-Millán Herencia, M.J.: “Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014.
- González Ortega, S.: “Extinción del contrato de trabajo y estado de salud del trabajador”, en *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.