

DAVID MARTÍNEZ PORTILLO. ASESORÍA JURÍDICA SAE LA RIOJA

Enfermedad versus despido: Ley integral para la igualdad

Esta temporada estival del año 2022 vino cargada de novedades y, como muestra la batería de medidas anunciadas tras el último Consejo de Ministros, antes del parón tradicional de agosto, ya desde el 14 de julio de 2022 (Disposición Final Décima de la Ley), está en vigor la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, publicada en el BOE el 13 de julio de 2022, que trae novedades importantes en materia de protección en situaciones de la vida cotidiana, tan habituales como de gran afectación a la ciudadanía.

EL ARTÍCULO 2 de dicha ley reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y a la no discriminación por motivos, entre otros, de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Igualmente, señala que la enfermedad no podrá ser motivo para realizar diferencias de trato distintas a las que derivan del propio proceso. Además, se expresa que tales obligaciones son de carácter público y obligan a todo tipo de personas que se encuentren dentro del territorio español.

La Doctrina "Daouidi", dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, (STJUE, de 1 de diciembre 2016, C-395/15), en interpretación de la Directiva 2000/78, supuso un cambio evidente sobre el despido, como medida más relevante, calificable como discriminatoria, llevada a cabo a los empleados con enfermedades y en procesos de baja médica.

Anteriormente, la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (SSTS 22/01/08, rec. 3995/2006 y 27/01/09 rec 602/2008, entre otras) venía a no considerar discriminatorios los despidos fundamentados, como único móvil, en la enfermedad o bajas médicas producidas por la enfermedad de los empleados, todo ello, a pesar de que se evidenciaba una paulatina sensibilización hacia esta situación, puesto que la STS Nº 366/2016, de 3 de mayo, no declara nulo un despido de una trabajadora por encontrarse de baja médica, no considerándolo equiparable a situación de discapacidad, sí señala que sería nulo si con el despido se intentara estigmatizar a la persona enferma.

Dicha doctrina "Daouidi", en síntesis, viene a declarar la nulidad por discriminación del despido de un trabajador en situación de baja médica, siempre que se prevea duradera, con independencia del momento temporal de la baja médica y, evidentemente, siempre que no haya causa legal para el despido. El Tribunal Europeo consideró esta situación equiparable a la

discapacidad, la cual, sí está expresamente protegida frente a actuaciones discriminatorias.

No obstante, el Tribunal Supremo también dictó sentencia acerca de la nulidad de los despidos cuando existe una presión del empleador frente a su empleado para abandonar un proceso de baja médica (STS 31/01/2011, rec. 1532/2010). El fundamento jurídico de este caso es la vulneración del derecho a la integridad física, derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución Española.

En relación a comportamientos empresariales de presión ante las bajas médicas de sus empleados, como antes se ha indicado, si los despidos son causa segregadora, medida de presión a sus empleados para impedir poder acceder a la situación de baja médica para tratar su enfermedad, también se ha tipificado como una medida vulneradora del citado derecho protegido en el citado artículo 15 CE.

También hay pronunciamientos del Tribunal Supremo que vienen a confirmar sentencias dictadas por Tribunales de Justicia de distintas comunidades autónomas, que dictaban la nulidad del despido, de empleados con procesos de baja médica de larga duración, acogiéndose a la doctrina "Daouidi", tales como STS de 24/06/2020, recurso 2027/2017 y STS 02/02/2020, recurso 1124/2019. En el primer caso, existe incluso un reconocimiento del 48% de discapacidad de la enfermedad que provocó su baja médica. En el segundo caso, se destaca la situación de proceso de baja médica de larga duración con recaídas, además de la falta de contradicción de las sentencias propuestas de contraste por el empleador, para acceder a la casación.

En este año 2022, se ha dictado otra sentencia del Tribunal Supremo, esta vez, en Unificación de Doctrina, STS Nº 188/2022, de 23/02/2022, recurso 3887/2022, que viene a juzgar la relevancia del desconocimiento de la situación de discapacidad del empleado despedido, por parte del empleador. Si ésta es o no sustancial para anular un

despido objetivo, al amparo del derogado artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores, recordemos que dicho precepto, derogado por la Ley 1/2020, de 15 de julio, permitía despedir cuando los empleados tuvieran un porcentaje de ausencias justificadas, como son las bajas médicas, principalmente de corta duración. En síntesis, se trata de un limpiador de hospital, que tiene reconocida una discapacidad del 37%, y su último empleador procede a su despido objetivo, habiendo estado de baja médica durante varios periodos temporales en dos años previos. Es relevante señalar que la enfermedad causante de dichos procesos estaba relacionada con la enfermedad por la que ostenta su condición de discapacitado.

Recordemos que en materia de protección de la mujer en situación de embarazo hubo criterios dispares, que inicialmente exponían al empleador de la declaración de nulidad del despido si se acreditaba el desconocimiento de su embarazo, hasta ser definitivo y pacífico en términos jurisprudenciales que en esta situación el despido es nulo, independientemente de su conocimiento o no por el empleador.

En este caso, se señala que el desconocimiento del empleador no influye para la declaración de nulidad del despido. El hecho de que la empresa desconocía la situación de discapacidad del trabajador, es decir, una ausencia de ánimo o móvil discriminatorio, no afecta a la nulidad del despido, puesto que la aplicación de una norma (Artículo 52.d ET), aparentemente neutra, ocasiona una desventaja a los empleados discapacitados frente a los que no lo son, existiendo un mayor riesgo de caer y recaer en situación de baja médica.

Se destaca, además, contenido de otra resolución del TJUE, concretamente, la sentencia de 18/01/2018 dicta que el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a que normativa nacional, en el presente caso el art. 52. del ET, que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aún justificadas

pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador.

Se trata de un supuesto de discriminación indirecta, puesto que los efectos de la norma aplicada por la empresa provocan una discriminación, siendo indiferente el conocimiento por su parte, que ocurriría en otro tipo de discriminación, si tal circunstancia hubiera concurrido.

El artículo 4 protege estas situaciones frente a toda discriminación y el artículo 6 realiza una definición de distintos tipos de discriminación: directa o indirecta, por asociación, discriminación por error, discriminación múltiple o interseccional, acoso discriminatorio, inducción, orden o instrucción de discriminar y represalias.

Como se refirió antes en la STS de 23/02/2022, se explica la diferenciación entre la discriminación directa y, sobre todo, la indirecta. La discriminación por asociación o refleja, se da en la persona o grupo que tiene relación con otra persona sobre la que se incurre alguna discriminación por causas previstas en la Ley. Este supuesto ya consta dentro de la doctrina del TJUE, la denominada "doctrina Coleman", que viene aplicándose hace años en los tribunales del territorio nacional.

La discriminación por error, como su propio nombre define, se da cuando se discrimina a una persona, en la creencia incorrecta de encontrarse en una de las situaciones protegidas. La denominada múltiple o interseccional, se da al producirse en una misma persona, varias o sucesivas discriminaciones. El acoso discriminatorio, la inducción u orden de discriminar o las represalias tienen un alto componente volitivo y consciente. El acoso es el reflejo de una conducta constante atentatoria a la dignidad de la persona, mientras que la inducción y orden son conductas activas para perseguir, intimidar y degradar a las personas en situación de especial protección, como son las represalias, como desencadenante externo de la discriminación contra las personas que concurre la

enfermedad, o en otras que colaboren o reclamen en defensa de los derechos o situaciones expuestas.

El artículo 26 expone la declaración de nulidad de cualquier comportamiento o disposición que causen o constituyan discriminación por los motivos señalados.

El artículo 27 reconoce el derecho a la reparación e indemnización más la restitución a la situación previa a la discriminación. Se regula la presunción legal de existencia de daño moral una vez acreditada la discriminación, entendiéndose la existencia de un daño moral como una presunción que no admite prueba en contrario, reforzándose así la protección frente a las discriminaciones. El responsable será la persona que cause discriminación, señalándose en el apartado 2, también a los empleadores o prestadores de servicios. A la hora de graduar la indemnización, dentro de los criterios expuestos, denota la ausencia del criterio de la intencionalidad del infractor, entiende que es reprochable al legislador, y se espera subsanarse con una interpretación integradora del régimen normativo, especialmente para supuestos tales como la discriminación múltiple, el acoso, la inducción y las represalias.

El artículo 29 extiende la legitimidad para la defensa frente a la discriminación, no solo al particular, sino a otras entidades públicas, a partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales, organizaciones de consumidores, o cualquiera que tenga en sus fines, la defensa de los derechos humanos.

Por último, merece destacar, aunque fuera del régimen jurídico del empleo y de la protección frente a la discriminación por enfermedad, que el artículo 15 hace especial mención a la protección frente a la discriminación en la atención sanitaria, pero también protegida por concurrencia de discapacidad, enfermedades de todo ámbito y rango, con énfasis en materia de salud específica de la mujer, entre otras situaciones, como el sinhogarismo, más relacionados con sectores de exclusión social.

A buen seguro, esta nueva norma va a traer nuevos procesos de diversa interpretación junto con la doctrina existente que determinará o condicionará la protección frente a situaciones de enfermedad, en toda su extensión, frente a conductas o decisiones por parte del empleador.