

ENFERMEDAD Y DISCAPACIDAD: DOS POSIBLES CAUSAS DISCRIMINATORIAS QUE PROTEGE LA NUEVA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho. UPV/EHU
Donostia-San Sebastián

El marco jurídico establecido por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, pone blanco sobre negro ante el polémico y largo tratamiento de la discapacidad “social” en España por parte de algunos de nuestros tribunales de lo social, que se han mostrado reticentes a la hora de incluir en la causa discriminatoria relativa a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” recogida por el art. 14 CE, ciertas enfermedades muy próximas a la discapacidad. Sin anular la transcripción de esas otras condiciones o circunstancias personales o sociales que podrán ser identificadas como causas discriminatorias en un futuro, el art. 2.1 de la nueva Ley establece que “Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación no recogió la enfermedad del trabajador –incluso tampoco la crónica- como una de las posibles causas de discriminación en el empleo. Aun cuando su art. 1 preveía la “discapacidad” como causa de discriminación, la Directiva no proporcionó su significado. Esta norma tuvo como objetivo la creación de un mercado de trabajo que favoreciera la integración social de los enfermos, para lo cual señaló la necesidad de luchar contra la discriminación por razón de la discapacidad. No obstante, en ningún momento se refirió la norma comunitaria a las enfermedades “en general”, a pesar de que éstas también pueden dar lugar a la exclusión social, por disponer, algunas de ellas por lo menos, de un carácter estigmatizante. Al no encuadrarse esas enfermedades portadoras de un estigma, ni otras, de manera expresa en la Directiva, se originó cierta situación de indefensión respecto de los trabajadores que padecen trastornos y/o dolencias varios con motivo de la evolución, incluso del transcurso del tiempo, de ciertas enfermedades.

Esta realidad la “laguna” relativa a ciertas enfermedades “discapacitantes” se colmó en 2013, al publicarse una sentencia del TJUE que identificó a una persona

enferma con ciertas características, con la discapacidad incluida en la Directiva 2000/78/CR, por lo que se ampliaba el espectro de personas que no podrían ser discriminadas a causa de esa condición. El fallo de la sentencia del TJUE de 11 de abril 2013 asunto (C-335/11), conocida como Danmark, recogió que el concepto de discapacidad “debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, 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”. La doctrina científica llamó entonces la atención sobre la utilización del término “limitación” por parte del TJUE como elemento definitorio de la discapacidad, pues tal limitación, también está presente, en muchas ocasiones, en la enfermedad; o, expresado en otros términos, muchas enfermedades transitan, con el tiempo, hacia la limitación de la persona. Incluso el TJUE, en sentencia de 18 diciembre 2014 (Asunto C-354/13, Karsten Kaltoft), asumiendo también la doctrina de la S. Danmark (apdo. 53), añadió que “Dicho concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que no sólo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta”.

Esta doctrina del Tribunal de Justicia encontró sustento en la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35), que ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE 2 agosto 2011). En efecto, yendo ahora al texto de la Convención ONU, resulta que su art. 1 expresa que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Por otra parte, el propio artículo 27 de esa Convención titulado “Trabajo y empleo” expone los deberes que comporta la incorporación de este Tratado internacional, que el Reino de España ratificó, también su Protocolo Facultativo (BOE 21 abril 2008). La temprana STC 62/2008, de 26 mayo comenzó el giro en la concepción de la enfermedad persistente, aproximándola a la discapacidad, aunque el fallo concluyera que la empresa no había despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacitaba para desarrollar su trabajo; hasta el punto de que, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación, la empresa no habría procedido a efectuarla (repárese en el voto particular que albergó la sentencia, donde el magistrado se anticipaba a esta ley que ahora se comenta).

Como se conoce ya, y se cita en la Exposición de Motivos de esta Ley 15/2022, también existe en España una norma jurídica, el Real Decreto Legislativo (1/2013, de 29 de noviembre) que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, que contiene una definición de discapacidad que ha ampliado los supuestos de los trabajadores en esta situación. Y así, el art. 2 del RD Legislativo de 2013 (en adelante, LGDPD) define la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Asimismo el apdo. 1 del art. 4 LGDPD relativo a los Titulares de los derechos apela a

que son “personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

La doctrina científica expresó prontamente que la LGDPD introdujo un concepto de discapacidad amplio o social -al contrario de la legislación predecesora-, acorde con el concepto social de discapacidad que propugna la Convención de la ONU.

El problema que presenta el LGDPD reside en que el apdo. 2 del art. 4 permite otras definiciones de la “discapacidad” que se han venido recogiendo en todos los textos legislativos relativos a los derechos de las personas con discapacidad, de modo que para acceder a determinadas prestaciones, la persona deberá acreditar un determinado grado de discapacidad, incluso en relación con las medidas de preferencia en el empleo.

Con tener un marco jurídico tan claro -la LGDPD, y la Directiva europea de 2000, cuyo texto ha sido interpretado por la jurisprudencia de la UE-, aparte de contar con un Tratado internacional ratificado por España, cuyo Derecho prevalece sobre la legislación estatal-, sin embargo, en España, la jurisprudencia de lo social -por ejemplo la STS dictada en unificación de doctrina de 3 mayo 2016, o la más reciente STS 22 de mayo 2020-, declararon el despido improcedente y no nulo, por ser imposible, en suma, acreditar el móvil discriminatorio en el acto del despido. Las sentencias de los tribunales menores, con excepciones, hacían lo propio, con el agravante de que en muchas ocasiones los tribunales o no invocaban la LGDPD o si la invocaban, lo hacían porque esa norma era alegada en la demanda o en el recurso “ad hoc”; por lo menos, hasta la aparición de la Sentencia del TJUE de 18 enero de 2018 (Ruiz Conejero), que precipitó la modificación del art. 52 ET.

Con la Ley 15/2022, sin embargo, el marco doctrinal anterior queda mucho más acotado. Como se decía más arriba, el ámbito subjetivo de esta nueva norma jurídica toma como base 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, entre otros, los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos b (art. 2.1); de modo que el art. 2.3 dispone 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". No obstante, el art. 4.2 permite ciertas diferencias que puedan ser justificadas, ya que la diferencia en sí no es discriminatoria, es decir, no toda diferencia de trato basada en las causas enumeradas será tenida por discriminatoria, siempre que sea posible la justificación de la diferencia, en concreto cuando ésta “pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”.

Aunque no hiciera falta que esta Ley 15/2022 lo recordara, no está de más que su art. 7 contemple la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la legislación internacional, que ha de ser aplicada, y con cuya interpretación deben contar nuestros órganos judiciales. El precepto citado refuerza ese principio jurídico declarando que cuando se presenten

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

Además, el art. 9 (bajo la rúbrica "Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena"), entre otras cuestiones establece en el ap. 1 que la prohibición de discriminación se extiende al "acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo".

Por otra parte, conforme al art. 5, la intimidad y protección sobre el dato de la condición de enferma o sana de la persona trabajadora se refuerza en materia de acceso al empleo desde el momento en que "El empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto".

Pero tan importante como lo anterior, al menos formalmente, son los efectos jurídicos contemplados ante el incumplimiento de lo previsto en la ley: En primer lugar la declaración de nulidad de pleno derecho (art. 26) de "las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley" . En segundo lugar, la obligación de reparación del daño causado (art. 27) "proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible". La existencia de daño moral se presume una vez que se acredite la discriminación. Y, por último, se recoge la inversión de la carga de la prueba, pues, "cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad" (art. 30).

Como conclusión, nuestra doctrina jurisprudencial deberá adaptarse a esta nueva ley, acomodación que deberá empezar por la empresa. La nulidad del despido, pero también las otras dos consecuencias jurídicas derivadas de la discriminación, no serían necesarias en el texto de esta nueva ley, aunque su presencia refuerza las garantías de las formas de discriminación que la ley repudia: el art. 55 ET relativo a la nulidad del despido exige ese mismo efecto jurídico cuando se constate que el móvil del despido fue discriminatorio, y las reglas sobre inversión de la carga de la prueba de los arts. 103 ss LRJS, y la indemnización ya prevista en la normativa jurídica, que repare al máximo posible el daño infligido a la persona, estaban ya en nuestro ordenamiento jurídico. Con todo, que en este momento se contemplen en una ley integral es, sin duda, una buena noticia.

Concretada la causa basada en la discapacidad por parte de la Ley 15/2022, y contemplada "ex novo" la causa discriminatoria relativa a la enfermedad –incluso al "estado de salud", que deberán definir los tribunales-, que van más allá de la "enfermedad discapacitante" de la jurisprudencia citada del TJUE-, el mandato del art. 55 ET que decreta la nulidad del despido disciplinario discriminatorio, y nulo, entraría en pleno juego. Sospecho que en ese juego, los intentos por encontrar una justificación objetiva, razonable y proporcionada que valide y convierta en procedente -subsidiariamente

improcedente-, el despido es cuestión que nos entretendrá a partir de ahora; así como la posible adopción de medidas razonables por parte de la empresa para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo, que sigue contemplando el art. 40 LGPD.