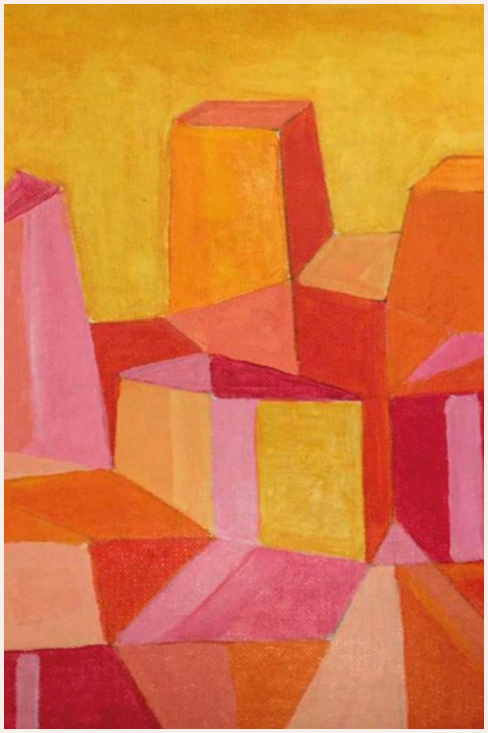
JURISDICCIÓN SOCIAL

Revista de la Comisión Social de Juezas y Jueces para la Democracia

252

Febrero 2024

Juezas y Jueces *para la* Democracia



Editorial

Artículos

Legislación

Negociación colectiva

Jurisprudencia

Organización Internacional del trabajo

Contracultura

JURISDICCIÓN SOCIAL N. 252

Consejo de redacción
Belén Tomas Herruzo
Carlos Hugo Preciado Domènech
Jaime Segalés Fidalgo
Domingo Andrés Sánchez Puerta
Juan Carlos Iturri Garate

Coordinación
Janire Recio Sánchez
Fátima Mateos Hernández

Consejo asesor externo
Antonio Baylos Grau
José Luis Monereo Pérez
Cristóbal Molina Navarrete
Margarita Miñarro Yaninni
Francisco Alemán Páez
Olga Fotino poulou Basurko
Juan Gómez Arbós
Ana Varela
Raúl Maillo

Diseño y maquetación
Emi Ramírez

Portada obra
José Enrique Medina Castillo

ISSN
ISSN 2695-9321
Madrid
Jurisdicción Social

Edita
Juezas y Jueces
para la Democracia

Juezas y Jueces para la Democracia no se hace responsable de las opiniones expresadas por las autoras y autores de los articulos publicados en esta Revista

ÍNDICE

EDITORIAL 3

ARTÍCULOS 5

El art. 7 del Convenio 158 de la OIT: el debate sobre el derecho de audiencia previa al despido disciplinario
Joan Agustí Maragall

A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación
Carlos Villarino Moure

Por un derecho laboral decente
Antonio Seoane García

LEGISLACIÓN 50

Estatal

Unión Europea

Autonómica

NEGOCIACIÓN COLECTIVA 54

Estatal

Autonómica

JURISPRUDENCIA 59

Tribunal Constitucional

Tribunal Supremo

Tribunales Superiores de Justicia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO 79

CONTRACULTURA 80

Editorial

Este año nos está acostumbrando a tener una importante resolución del TJUE en materia laboral y respondiendo cuestiones prejudiciales de órganos jurisdiccionales españoles al mes. Si en el último número os hablábamos de la STJUE de fecha 18 de enero de 2024, de la que era ponente por nuestro compañero Joan Agustí, sobre la finalización del contrato de trabajo de persona que es declarada afecta a un grado de incapacidad permanente total, este mes cierra con la STJUE de 22 de febrero de 2024, que da respuesta a tres cuestiones prejudiciales acumuladas, de las que es ponente nuestro compañero Rafael López Parada. En esta ocasión el tema abordado es la tan debatida y cuestionada figura de los indefinidos no fijos derivada de la abusividad en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas, y del sector público.

“Antes de realizar una valoración apresurada hemos de tener tiempo de desengranarlas y reflexionarlas, para poder sacar conclusiones y evaluar la repercusión que ambas sentencias tendrán.”

Antes de realizar una valoración apresurada hemos de tener tiempo de desengranarlas y reflexionarlas, para poder sacar conclusiones y evaluar la repercusión que ambas sentencias tendrán. La primera, cuyas consecuencias son claras en el ámbito de la relación laboral, deberá examinarse a la luz de la repercusión que podrá tener en la normativa de seguridad social y de la definición de incapacidad permanente; la segunda, requerirá ir delimitando los supuestos que pueden dar lugar a la declaración de fijeza, que exigirá examinar cuando se superan los límites temporales, abordar la existencia o no de cosa juzgada, la cuantificación de daños y fijación de indemnizaciones, la incidencia en los procesos de estabilización vigentes… En definitiva, esto no ha hecho más que volver a empezar, pero ahora con nociones más claras y premisas más definidas.

Estudiar y analizar el derecho laboral es lo que hacemos constantemente en el seno de nuestra comisión, y en esta ocasión le ha tocado al RDLey 6/2023: el día 6 tuvimos oportunidad de asistir a una webinar que nuestra coordinación preparó exitosamente contando con la valiosa colaboración de nuestro compañero Fernando Salinas como ponente.

Y como señala Joan Agustí en el primer artículo que os compartimos sobre el análisis del debate del derecho a la audiencia previa al despido disciplinario, cuando se cumple el año desde el dictado de la pionera STSJ Illes Balears de 13.2.2023 sobre la aplicación del art. 7 del Convenio 158 de la OIT, la primera mirada debe ponerse siempre en la norma internacional y en el Derecho de la Unión Europea. En este artículo nos recuerda la prevalencia y aplicación directa de la norma internacional, el control de convencionalidad y la aplicabilidad directa del Convenio nº 158 OIT. Realiza un recorrido por la evolución de la doctrina del TS en la materia, incide en el criterio de la Comisión de Expertos en

la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y tras confrontar las posiciones existentes en las distintas Salas de los TSJ concluye con la oportunidad de haber abordado esa cuestión por distintos motivos, entre los que está restituir al despido disciplinario su auténtica función y superar la etapa de degradación de la exigencia causal en el despido.

El segundo artículo que incorporamos es de nuestro compañero Carlos Villarino, que se corresponde con una ponencia que impartió en el último Congreso de la Asociación Nacional de Laboralistas (ASNALA) en la que expuso el funcionamiento de la prohibición de discriminación por razón de enfermedad, introducida por la Ley 15/2022, en su aplicación jurisdiccional a las relaciones laborales. En este completísimo artículo estudia el contenido normativo de la prohibición de discriminación por razón de enfermedad y otras circunstancias vinculadas con la salud, y en particular, analiza los contornos de la enfermedad como posible causa de discriminación y el alcance de la carga probatoria en el procedimiento judicial.

Y, por último, nuestro compañero Antonio Seoane inaugura una serie de artículos denominada “Por un derecho laboral decente” en la que plasmará las reflexiones que, desde la atalaya de su reciente jubilación, tiene sobre la actualidad del marco normativo laboral español, a su entender muy lejano de constituir un marco normativo decente y de servir para fundamentar unas relaciones laborarles también decentes.

Y sobre derecho laboral decente queremos destacar el proyecto de ley presentado hace unos días para trasponer la directiva europea de condiciones laborales transparentes y previsibles que, entre otras cuestiones, reconocerá un nuevo derecho de previsibilidad en las condiciones de trabajo, reforzará la obligación de información escrita sobre las condiciones de trabajo incluso para aquellos contratos inferiores a cuatro semanas, y prohibirá la ampliación convencional del periodo máximo de prueba.

“ Sobre derecho laboral decente queremos destacar el proyecto de ley presentado hace unos días para trasponer la directiva europea de condiciones laborales transparentes y previsibles. [...]”

La Sentencia del TSJ que hemos seleccionado en esta ocasión es la de la Sala de Madrid, sec. 1ª, sobre admisión probatoria y protección de datos de carácter personal, en la que se analiza la base jurídica que legitima su tratamiento y que se concreta en el ejercicio del derecho de defensa del interesado y en el de poderes públicos por parte del responsable del tratamiento.

Y como no, para despejarnos de tanta intensidad jurídica, llegamos al Rincón de la conTracultura, con variedad de propuestas y acertadas críticas.

ARTÍCULOS

El art. 7 del Convenio 158 de la OIT:

El debate sobre el derecho de audiencia previa al despido disciplinario

Joan Agustí Maragall

Magistrado especialista del TSJ de les Illes Balears, Sala Social

1. Objeto de estas líneas

Se cumple ahora un año de la sentencia de fecha 13.2.23 dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears que, en aplicación directa del art. 7 del Convenio 158 OIT, declaró la improcedencia de un despido disciplinario por no haber tenido el demandante el derecho a defenderse previamente a ser tomada tal decisión extintiva.

Tal conclusión, claramente contraria a la asumida en los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los años posteriores a la ratificación del Convenio 158 OIT (1987-1990), que entendieron que tal exigencia no era necesaria al estar ya debidamente transpuesta y/o pendiente de transposición, generó un revuelo considerable[1]. Ello no obstante, y por la información que me llega, desde amplios sectores del asesoramiento empresarial se aconseja ya, sin esperar a la posible clarificación normativa o jurisprudencial, generalizar a todos los/las trabajadores/as la audiencia previa al despido disciplinario.

Por el contrario, pasado un año, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial están divididas a favor y en contra de la conclusión de dicha sentencia. En el ámbito judicial, más concretamente, domina una clara renuencia a asumir la tesis de la sentencia balear en base, fundamentalmente, al mismo argumentario utilizado por la antigua doctrina del Tribunal Supremo de finales de los años 80, comprensible en aquel momento, recién

1. La publicación de tal sentencia en el Blog de Ignasi Beltrán tuvo 140.000 visitas en un solo día (frente a las 5000 visitas habituales).

ratificado el Convenio 158 OIT y cuando el marco regulador del despido era manifiestamente más proteccionista que el actual y con una diferencia fundamental, que pondré de manifiesto más adelante y que, en mi opinión, determina -junto a otras consideraciones que expongo a continuación- la obsolescencia de aquella doctrina.

Hace quince años, cuando pedí consejo a un compañero y amigo para la redacción del temario para la prueba de la especialidad, me dijo: "la primera mirada, a la norma internacional y a la del Derecho de la Unión Europea". Creo que tal consejo, más allá de la redacción de los temas de oposición, marcó mi entendimiento de la función judicial a partir de entonces. Constato, ello no obstante, que tal práctica -mirar, en primer lugar a la norma internacional- no está todavía generalizada en nuestra jurisprudencia, cuya primera mirada se dirige, habitualmente, a la norma nacional.

2. Prevalencia y aplicación directa de la norma internacional

Debería resultar una obviedad, de innecesario recordatorio, que en España rige el "sistema monista", que determina la aplicabilidad directa de las normas internacionales, sin necesidad de transposición normativa salvo que la propia norma prevea tal exigencia (a diferencia del modelo "dualista").

El marco constitucional y normativo que fundamenta premisa tan obvia radica en los siguientes preceptos:

- **Art. 96.1 CE:** "*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno*".
- **Art. 1.5 CC:** "*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar del ordenamiento interno mediante su publicación en el BOE*".
- **Art. 1.7 CC:** Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.
- **Ley 25/2014**, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales:

Artículo 28. Eficacia

1. Las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional.
2. Los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor.

Artículo 30. Ejecución

1. Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.

Artículo 31. Prevalencia de los tratados

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

La claridad de tales preceptos exonera de mayor comentario, que no sea recordar que, una vez ratificada y publicada la norma internacional, su aplicación directa solo queda exceptuada en dos situaciones:

- Que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.
- O que no tenga la claridad y concreción necesaria, "*self-executing*", que posibilite dicha aplicación directa.

Avanzo ya que ninguna de estas dos excepciones se da respecto de la norma internacional que nos ocupa, el art. 7 del Convenio 158 OIT, cuya claridad y concreción es manifiesta: "*No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad*".

3. El denominado control de convencionalidad

El mecanismo para la aplicación directa de la prevalente norma internacional, si tiene el necesario carácter "*self-executing*", no es otro que el denominado "*control de convencionalidad*" (o "*análisis de convencionalidad*", según la STS 28.3.22), que no supone otra operación que inaplicar, o "*desplazar*", la norma interna en favor de la prevalente norma internacional cuando no se adecua a la misma.

Esta elemental operación intelectual no es nueva: ni la "*crea*" la STC 140/18 ni la Ley 25/14 de Tratados Internacionales, sino que es la lógica y obligada consecuencia que deriva de la integración de la norma internacional, con carácter prevalente, en nuestro sistema de fuentes. Lo único nuevo es la denominación como "*control de convencionalidad*", que surge formalmente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Ello no obstante, sí que es cierto que la referida STC 140/18 supuso un punto de inflexión en el conocimiento y divulgación de este obligado "*análisis y control de convencionalidad*" por la claridad de sus razonamientos como en la contundencia en su exhortación a su aplicación por el parte del "*juez ordinario*":

> *"El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio,*

a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 180), FJ 3; 102/2002, FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el art. 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto." (…).

4. La aplicabilidad directa del Convenio nº 158 de la OIT

La doctrina del Tribunal Supremo no ha asumido hasta fecha muy reciente, clara y explícitamente, la posibilidad de aplicar el control de convencionalidad en favor del Convenio 158 OIT, aunque sí ha invocado sus mandatos como criterio interpretativo[2].

Uno de los primeros pronunciamientos en asumir la aplicación directa de los mandatos del Convenio 158 OIT lo encontramos en la sentencia de 17.7.14 (RCUD 32/14, Luis de Castro Fernández), en la que, aún sin explicitarlo en estos términos, está implícito el control de convencionalidad cuando, con invocación de la doctrina constitucional, afirma que "*los arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT, relativos a la justificación causal del despido, que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [art. 96.1 CE]*".[3]

---

2. Señalaba Miquel Falguera ya hace años, en su interesante trabajo "LA NORMATIVA DE LA OIT Y SU TRANSLACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO" (Lex Social 1/2016), que "*La cita a los Convenios de la OIT, …, es abundante en la doctrina del TS español*", pero añadía, a continuación, que "*Sin embargo, en la inmensa mayoría de casos dicha cita puede ser caracterizada como incidental, en el sentido que la referencia a los mismos no tiene otro objeto que el reforzamiento episódico de la argumentación de la sentencia*", destacando, a continuación, que "*cabe observar, en este sentido, que de los prácticamente quinientos pronunciamientos analizados en este trabajo, en una parte muy significativa de los mismos la cita de los Convenios de la OIT es meramente accesoria, de tal forma que a menudo la invocación de los mismos que hace la parte recurrente queda sin respuesta, limitándose el TS a aplicar la normativa nacional*."

3. FJVº, 2º a).- En efecto, el derecho al trabajo [art. 35] en su dimensión individual se concreta -aparte del derecho de obtención de puesto de trabajo en igualdad de condiciones- en «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedidos sino existe una justa causa» (SSTC 22/1981, de 2/Julio (RTC 1981, 22), FJ 8; 125/1994, de 25/Abril (RTC 1994, 125), FJ 3 ; y 192/2003, de 27/Octubre (RTC 2003, 192), FJ 4), porque «tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma, lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho» (STC 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4). Cita a la que añadir -a ella se refiere obviamente la doctrina constitucional citada- los arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT [relativos a la justificación causal del despido], que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [art. 96.1 CE]; e incluso actúan como elementos interpretativos de los derechos constitucionalmente reconocidos -el derecho al trabajo, en el caso- (SSTC 36/1991, de 14/Febrero (RTC 1991, 36), FJ 5 ; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3 ; 110/2007, de 10/Mayo (RTC 2007, 110), FJ 2; 247/2007, de 12 de diciembre (RTC 2007, 247), F. 20 ; y 62/2010, de 9/Junio (RTC 2010, 62), FJ 1).

En todo caso, y como es pacífico en la doctrina científica y en la jurisprudencia, la aplicación directa de los Convenios de la OIT como "*norma mínima internacional*", es -ahora mismo- incontestable respecto a sus normas self executing, como debería entenderse respecto del Convenio 158 OIT en el que -salvo alguna excepción- sus normas imponen obligaciones concretas y específicas que deben ser respetadas por los Estados, añadiendo la obra referenciada que "*el contenido self executing se viene a reforzar por las resoluciones de los órganos de control que afirman criterios jurídicos concretos que han de ser respetados y aplicados por nuestros jueces y tribunales*".

En efecto, la aplicabilidad directa de tales mandatos del Convenio 158 por "*vía de sentencia judicial*" se establece en su primer artículo en los siguientes términos:

> *Art. 1.- Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional.*

Es claro y explícito, por consiguiente, que las "*sentencias judiciales*" constituyen una vía de aplicación de las disposiciones del Convenio que sean self executing, esto es, respecto de las cuales el propio convenio no se remita a "*la legislación y la práctica nacionales*" (como sí, ocurre, por ejemplo, en el art. 12 del propio Convenio).

De hecho, ello ya ha sido asumido por el Tribunal Supremo como se pone de manifiesto, entre otras, en la STS nº 270/22 de 29.3.22 (Molins García Atance) y en la posterior STS 88/22 de 2.11.22, que presuponen y no cuestiona la aplicación directa del Convenio 158 OIT ni la viabilidad del control de convencionalidad, por más que acabe revocando la sentencia del TSJCAT núm. 2339/2021 de 28 abril al disentir del pronunciamiento de fondo (la inadecuación del art. 52 d) ET regulador de la extinción objetiva por absentismo, entonces todavía no derogado, respecto a la prohibición de despido por enfermedad ex art. 6.1 del Convenio 158, al entender que la STC 118/2014 había descartado tal inadecuación y ello vinculaba al Tribunal Supremo[4].

También el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sus conocidas sentencias de 23 de abril 2021, rec. 5233/2020; 20 de mayo 2021, rec. 5234/2020 y 14 de julio 2021, rec. 1811/2021, han asumido con toda claridad la posibilidad de aplicar el control de convencionalidad, desplazando la norma nacional en favor de la aplicación del Convenio 158 de la OIT, más en concreto, en la relación al mandato de "*indemnización adecuada*" ante el despido injusto, mandato -por cierto- manifiestamente menos concreto que el contenido en el art. 7 relativo a la audiencia previa al despido disciplinario.

4. Miguel Ángel Garrido Palacios, en su reciente artículo "La aplicabilidad directa del art. 7 del Convenio 158 de la OIT por motivos relacionados con la conducta o rendimiento de la persona trabajadora" (Revista de Derecho Social nº 104, Bomarzo), efectúa un razonamiento critico respecto a esta sentencia, al considerar que se queda en el control estricto de constitucionalidad y no acaba entrando en el de convencionalidad.

5. La exigencia de audiencia previa al despido (art. 7 Convenio del 158 OIT)

En efecto, el art. 7 del Convenio 158 dispone, con una claridad y concreción manifiesta, que "*no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad*".

El Informe de la Comisión de Expertos la OIT de 1995 (CEACR, 82ª reunión) efectuó, entre otras, las siguientes precisiones respecto de tal exigencia, muy relevantes para entender la finalidad de la garantía y las condiciones para su cumplimiento:

> *"145. El texto del artículo 7 está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa. Cuando una persona se ve expuesta a una sanción tan grave como la terminación que puede comprometer su carrera e incluso su futuro es fundamental que pueda defenderse. Este artículo se refiere no sólo a los motivos relacionados con la conducta del trabajador sino también a los relacionados con su trabajo (rendimiento), como por ejemplo, el desempeño insatisfactorio. En cambio, no hace referencia al motivo de terminación basado en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, respecto del cual se prevén procedimientos colectivos en los artículos 13 y 14 del Convenio.*
>
> *146. El artículo 7 establece el principio de que el trabajador, antes de que se dé por terminada su relación de trabajo, debe tener la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, lo que implica que dichos cargos deberían expresarse y ponerse en su conocimiento antes de la terminación. El Convenio no indica explícitamente la forma que debería adoptar esta defensa ni la forma en que deberían presentarse los cargos. Lo importante es que los cargos se formulen y se comuniquen al trabajador sin ambigüedad y que se ofrezca a éste una posibilidad de defenderse real[5].*
>
> *148. Aparte de los términos del artículo 7 y de su significado, que es permitir que el trabajador pueda exponer su caso al empleador, el objetivo de este artículo es asegurar que la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes.*
>
> *149. El artículo 7 dispone que debería ofrecerse al trabajador la posibilidad de defenderse, "a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad". El Convenio no precisa cuáles podrían ser esos motivos ni qué podría considerarse razonable. La excepción está formulada en términos flexibles: no se exige que la defensa sea imposible sino tan sólo que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esa posibilidad.*
>
> *150. Conviene señalar que el trabajador debe poder defenderse antes de que termine la relación de trabajo. Incluso si el trabajador tiene derecho a entablar un pro-*

5. A la luz de esta precisión, queda patente que no cumpliría la finalidad de la garantía el solo hecho de pedir "*explicaciones*" al trabajador/a justo antes de la entrega de la carta de despido, cuando la decisión ya está tomada (a diferencia de lo apreciado por la SJS 1 Socia nº 200/23 de 11.7.23.

cedimiento después de la terminación, e incluso si la terminación no se considera definitiva hasta que se hayan agotado todas las vías de recurso, es necesario en virtud del artículo 7 que el trabajador tenga la posibilidad de defenderse antes de darse por terminada la relación de trabajo".[6]

157. Según el párrafo 9 de la Recomendación, *"todo trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Convenio... se defienda de cargos acerca de su conducta o su trabajo que puedan llevar a la terminación de su relación de trabajo; este derecho puede ser regulado por los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1 de la presente Recomendación".*

6. La doctrina del Tribunal Supremo respecto del art. 7 del Convenio 158 OIT

La única doctrina dictada hasta la fecha por el Tribunal Supremo sobre la exigencia de audiencia previa establecida en el art. 7 del Convenio se contiene en las STS 4., 5 y 24 de noviembre de 1987 (José Lorca), STS 8.3.88 (Aurelio Desdentado) y STS 20.3.89 y 31.1.90 (Álvarez de Miranda), cuyos razonamientos esenciales se reproducen en pie de página[7].

En síntesis, estas sentencias entendieron que el art. 7 del Convenio 158 no era directamente aplicable, interpretando que el art. 1 del propio Convenio exigía una norma interna de desarrollo y, por otra parte, que el sistema normativo interno de protección frente al despido superaba la garantía exigida mediante la comunicación escrita de los motivos del despido, el trámite de conciliación administrativa posterior al despido y el propio procedimiento judicial que posibilita la defensa del trabajador y la calificación de despido como improcedente.

---

6. Esta precisión CIT, 77:, 79.' y 81.' reuniones (1990, 1992 y 1994), Informe Iii (Parte 4A): Convenio núm. 158, observación relativa a España. Por la fecha de emisión del Informe, 1995, parece evidente que la observación desautoriza la doctrina del Tribunal Supremo que se analiza a continuación.

7. La sentencia de 24 de noviembre de 1987, ponente José Moreno Moreno, se razona que la exigencia está cubierta "*en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores relativa a que el empresario deberá entregarle carta de despido en la que figuren los hechos que motivan el despido y la fecha en la que tendrá efecto; de cuyos cargos puede defenderse en el acto de conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, en el acto de conciliación previo al proceso y en el proceso jurisdiccional*", a lo que siempre será de añadir la tutela de las Magistraturas de Trabajo y el posible acceso de aquél al Tribunal Central de Trabajo o en su caso a este Supremo Tribunal, como en este supuesto, siendo todo ello garantías que no pueden identificarse con el despido por iniciativa del empleado sin posibilidades de defensa para quien le presta sus servicios y es objeto de despido. Se desestima así el recurso en concordancia con el dictamen del Ministerio Fiscal.

   La posterior sentencia de 13 de septiembre de 1988, ponente José Lorca García, entendió que la exigencia no era aplicable por cuanto "*aun siendo el Convenio una norma en nuestro derecho positivo, rige tan sólo con carácter indirecto y a la espera de su introducción en nuestro sistema de despido por otra disposición legislativa, o en virtud de un Convenio Colectivo o incluso en un contrato de trabajo*", añadiendo que "*como reiteradamente tiene expuesto la doctrina jurisprudencial de la Sala la carta de despido delimita los cargos que la empresa le atribuye al trabajador y con los únicos que pueden ser discutidos en el proceso por despido, constituyen garantía suficiente para el trabajador al poder defender de ellos en conciliación ante el IMAC y ante el Magistrado de Trabajo y en el proceso por despido*". Las posteriores sentencias reiteraron tales argumentos.

La obsolescencia de esta doctrina es, ahora mismo y a mi entender, manifiesta:

En cuanto a la necesidad de una normativa de desarrollo, me remito a lo expuesto en los apartados anteriores. En España rige el sistema monista, con recepción automática de las normas del derecho internacional, sin necesidad de acto normativo posterior (salvo previsión expresa en sentido contrario), por lo que el Convenio 158 OIT, como norma internacional, una vez ratificado y publicado, se integra como norma prevalente en nuestro ordenamiento jurídico, siendo sus preceptos directamente aplicables, mediante el control de convencionalidad si es preciso, siempre que tengan el necesario carácter self executing como, clara e incuestionablemente, tiene la exigencia de audiencia previa del art. 7.

Y respecto a la afirmación de que el sistema normativo interno de protección frente al despido superaba la garantía exigida por el artículo 7 del Convenio 158, es manifiesto que ello no es así: la comunicación escrita de los motivos del despido, el trámite de conciliación administrativa posterior y el propio procedimiento judicial en impugnación del despido dan cumplimiento, ciertamente, a otros mandatos del Convenio 158 OIT (la exigencia causal y la impugnabilidad del despido), pero no al derecho a defenderse previamente a ser despedido.

7. El criterio de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)

En todo caso y como explica detalladamente Miguel Ángel Garrido en su obra "Control de Convencionalidad y Derecho del Trabajo"[8], ha sido la propia Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) quien, reiteradamente, ha advertido a España, a demanda de los sindicatos CCOO y UGT, del incumplimiento del marco normativo interno de tal garantía en los informes de las sucesivas conferencias, en concreto las de 1990 (77ª reunión), 1994 (81ª reunión) y 2015(106ª reunión).

Según refiere dicho autor, en 1994, el representante gubernamental aducía que la referencia del artículo de "*no deberá darse por terminada la relación de trabajo*" podía interpretarse en el sentido de que, debido a la impugnación judicial, la decisión del despido no era firme y, por consiguiente, el trabajador/a podía ejercer su derecho de defensa antes de que el despido, por resolución judicial, adquiriera firmeza.

En el actual marco regulador del despido disciplinario (mucho menos garantista que el analizado en aquel informe), el representante gubernamental ya no podría sostener tal tesis: el despido disciplinario en la actualidad produce efectos, de facto, desde su comunicación en razón de lo dispuesto en el art. 56.1 ET (accediendo a la prestación por desempleo en forma inmediata), cuando en aquel momento, 1994, en caso de impugnación judicial, la extinción de la relación laboral tenía efectos en la fecha en que -declarada en sede judicial la improcedencia del despido- se ejercía la opción por la extinción, una vez abonados los salarios de tramitación. Y ello me parece un dato muy relevante que puede coadyuvar en la, para mí, obligada evolución de la antigua doctrina del Tribunal Supremo.

8. Ed. Tirant lo Blanch, 2022.

Tal argumentación, en todo caso y como no podía ser de otro modo, fue clara y explícitamente rechazado por la CEACR en el apartado 150 del Informe de la Comisión de Expertos la OIT de 1995 (CEACR, 82ª reunión), al señalar "*que el trabajador debe poder defenderse antes de que termine la relación de trabajo. Incluso si el trabajador tiene derecho a entablar un procedimiento después de la terminación, e incluso si la terminación no se considera definitiva hasta que se hayan agotado todas las vías de recurso, es necesario en virtud del artículo 7 que el trabajador tenga la posibilidad de defenderse antes de darse por terminada la relación de trabajo*".

La claridad de esta precisión exonera de mayor comentario: la posibilidad de impugnar el despido en absoluto exonera de la obligación empresarial de escuchar al trabajador/a antes de despedirle.

8. El actual debate en suplicación, a la espera de la unificación doctrinal

El debate actual en suplicación se concreta en las siguientes resoluciones:

- **Sentencia del TSJ Illes Balears nº 68/23 de 13.2.23:** Esta sentencia, como ya he explicado, es la que abre el debate actual. Asumiendo la aplicación directa del art. 7 COIT 158, por su prevalencia frente a norma interna, en aplicación del control de convencionalidad, inaplica el art. 55.ET.1 ET, en cuanto restringe subjetivamente la garantía de audiencia previa a los representantes laborales y sindicales sin extenderla al conjunto de los trabajadores/as, y califica el despido impugnado como improcedente en aplicación del art. 55.4 ET, razonando que "*el incumplimiento de esta garantía establecida en el art. 7 del Convenio nº 58 de la OIT, de carácter prevalente respecto a la norma jurídica interna (art. 55.1 ET, que no la contempla) y de aplicación directa (en razón del control de convencionalidad) ha de determinar, indefectiblemente, que ya sólo por este motivo, .., debamos declarar la improcedencia del despido impugnado*".

- **STSJ Extremadura nº. 468/2023 de 5 septiembre y nº 582/23 de 15.9.23:** Ambas sentencias asumen el argumentario de la anterior respecto a la exigibilidad de la audiencia previa, si bien en el primer caso se considera cumplida la misma, declarando la procedencia del despido, y, en el segundo, la declaración de improcedencia por su incumplimiento se refuerza con la previsión convencional al respecto.

- **STSJ Madrid nº 425/23 de 28.4.23:** Razona, extensa y fundadamente, la aplicación directa del art. 7 COIT 158, por las mismas razones que la STJIB de 13.2.23, pero sin asumir la calificación de improcedencia ex art. 55.4 ET, aduciendo la falta de previsión normativa interna en tal sentido, aunque sí la posibilidad de una sanción administrativa por infracción grave ex art. 7.10 LISOS y de reclamar una indemnización por por daños y perjuicios en base al art. 1101 CC, por importe equivalente a los salarios tramitación, pero sólo en el caso que el despido se califique de improcedente (analizo esta sentencia, en cuanto a la calificación del despido, en pie de página[9]).

- **STSJ Catalunya nº 4257/23 de 4.7.23:** Concluye que el art. 7 del Convenio no es de aplicación directa por haber sido objeto de desarrollo normativo interno que limita

la garantía de audiencia previa a los representantes legales o sindicales o a los afiliados a un sindicato (se analiza con detalle esta sentencia en el siguiente epígrafe).

- **STSJ CyL\Burgos 28 9.2023 (rec. 576/2023):** aplica explícitamente la doctrina del Tribunal Supremo ya referenciada, entendiendo que la garantía se cubre con la exigencia carta de despido y la posibilidad de conciliación administrativa.

- **STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2023 (rec 1984/2023)**, que reproduce los argumentos de la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2023, ya referida.

- **STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2023 (rec 2927/2023).** Aplica el criterio de la misma STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2023 anteriormente referida, pero añade, como argumento "*adicional*", que, estando el actor afiliado al sindicato UGT, "*se le dio audiencia al sindicato con carácter previo al despido y pudo, a través del mismo, realizar las oportunas alegaciones frente a las imputaciones contenidas en la carta de despido*" (se analiza este razonamiento en pie de página[10]).

---

9. La lectura de la sentencia, referida al despido disciplinario del gerente del Colegio de Graduados Sociales de Madrid, sugiere la discrepancia entre su redactor, el ponente, y "*la mayoría de la Sala*" en la calificación del despido: "*Podría quizá admitirse una interpretación de la norma legal de los artículos 55.2 ET y 108.1 LRJS que supere la mera literalidad, .., pese a no estar incluida en la remisión que hace el artículo 55.2 ET, es causa de improcedencia (en ese sentido, sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Baleares de 13 de febrero de 2023 (recurso 454/2022)... Por otra parte se podría interpretar que si del artículo 7 del convenio 158 de la OIT se deriva una obligación de audiencia previa, en cumplimiento del mismo la refundición introducida por el artículo 55.1 ET no debiera haber obviado la prevalencia de dicho convenio y una correcta refundición hubiera introducido en dicho precepto la exigencia del convenio 158 de la OIT, de manera que la regulación del artículo 55.2 sería ultra vires, al limitar la audiencia previa a los representantes legales y sindicales de los trabajadores y a los supuestos previstos en convenio colectivo*"... "*Sin embargo no es ese el criterio mayoritario de esta Sala, que ya en sentencias anteriores ha considerado que la omisión de la audiencia previa prescrita por el artículo 7 del convenio 158 de la OIT no es causa de improcedencia conforme al artículo 55.2 ET por no estar incluida en su número primero... Por tanto la tesis que seguimos por mayoría es que la omisión del trámite de defensa del trabajador en el procedimiento previo de despido, en aplicación del artículo 7 del convenio 158 de la OIT no es un requisito a cuyo incumplimiento la Ley española anude la declaración de improcedencia del despido, salvo cuando se trate de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical, o cuando se trate de una exigencia formal impuesta por convenio colectivo. Por tanto, el incumplimiento de dicho precepto producido en el caso de autos no determina la calificación del despido como improcedente, como pretende la parte recurrente. (…) La omisión de la audiencia previa por el empresario, …, constituye el incumplimiento de una obligación y por tanto es de aplicación el artículo 1101 del Código Civil ("quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas"), por lo que el trabajador tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el incumplimiento. Específicamente de ello resulta que si el despido posteriormente es posteriormente declarado improcedente en sentencia judicial por motivos que el trabajador alegó en el momento del juicio y podría haber alegado antes de producirse el mismo en el trámite de audiencia previa, de manera que el despido se podría haber evitado si se hubiera escuchado al trabajador a tiempo y considerado sus razones, aparece un daño indemnizable. …, que incluso pudiera consistir en los salarios dejados de percibir hasta el momento en que se celebró la vista del juicio en la que el trabajador tuvo la ocasión de explicar los motivos, ya que dicha audiencia debía haberse celebrado antes del despido"*.

   En mi opinión, resulta contradictorio y de difícil comprensión que, después de reconocer la aplicación directa del Art. 7 del Convenio y la exigencia de audiencia previa al despido disciplinario para todo trabajador/a (cuando ello no está previsto en el art. 55.1 ET), no se llegue a la conclusión de la calificación de improcedencia cuando sí está prevista tal calificación en el art. 55.4 ET por incumplimiento de tal exigencia para aquellos supuestos en los que sí el art. 55.1 ET dispone el expediente contradictorio o la audiencia previa. Por otra parte, la solución alternativa alcanzada, una indemnización por el incumplimiento de la garantía solamente "*si el despido posteriormente es posteriormente declarado improcedente en sentencia judicial por motivos que el trabajador alegó en el momento del juicio y podría haber alegado antes de producirse el mismo en el trámite de audiencia previa*", desvirtúa manifiestamente la finalidad de audiencia previa que, precisamente, es la de "poder defenderse antes del despido".

- **STSJ de Castilla La Mancha de 19 de octubre de 2023 (Rec 634/2023):** Se remite a su anterior sentencia de 20/03/2012, rec. 212/2012, en donde -en congruencia con el criterio asumido por la STJCAT ya referida- se señalaba que la regulación derivada del artículo 7 del Convenio 158 OIT "no puede entenderse fuera del marco de la regulación nacional, que reserva la audiencia previa al despido para cierto tipo de trabajadores que por su representación legal o sindical son acreedores de especial protección, sin perjuicio de lo que se disponga en la negociación colectiva para sectores o empresas particulares.

9. La sentencia del TSJ de Catalunya nº 4257/23 de 4.7.23

Esta sentencia parece ser, ahora mismo, la referente para las salas de suplicación que se han posicionado en contra de la aplicación directa de la garantía establecida en el art. 7 del Convenio 158 OIT y, por ello, merece especial atención.

En su tercer fundamento jurídico, al abordar la censura jurídica que nos interesa, refiere que "*El órgano judicial de instancia recuerda al actor que el citado artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, si bien plantea la necesidad de que cualquier trabajador despedido pueda conocer los cargos que se le imputan antes de ser despedido, acto seguido recoge una excepción por la que libera a su empleador de esta exigencia cuando se trate de despidos disciplinarios en el sentido estricto del término (incumplimientos laborales)*".

Este recordatorio, que hemos de entender que la sentencia analizada valida en tanto que no lo cuestiona, no se corresponde con el tenor literal de la norma, que extiende el derecho de audiencia a todo despido disciplinario, "*por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento*" y la única excepción la contrae a "*que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad*", y no a "*cuando se trate de despidos disciplinarios en el sentido estricto del término (incumplimientos laborales)*", exclusión que -por otra parte- resultaría, además de absurda, totalmente antagónica a la finalidad del art. 7 del Convenio 158.

A continuación, fundamenta la sentencia la inaplicación de la garantía cuestionada en el art. 1 del Convenio 158, entendiendo que "*es claro al señalar que lo allí regulado deberá aplicarse por medio de la legislación nacional… El art. 7 no es de aplicación directa si hay posterior desarrollo normativo interno, y en nuestro caso, ese desarrollo viene en el art. 55.1 y 2 del TRLET, así como por la jurisprudencia de aplicación, a pesar de que solo se extienda a determinados colectivos de trabajadores (representantes legales o sindicales*

10. Esta "*audiencia previa" al sindicato, que no al interesado, tampoco puede entenderse que se produjera "en desarrollo normativo*" del mandato del art. 7 del Convenio 158, ya que se introdujo mediante el art. 10.3.3º LOLS 11/85, como "*derecho*" del Delegado Sindical, y, en todo caso, no da cumplimiento a tal mandato, por cuanto es el propio trabajador/a a quien se pretende despedir el titular del derecho a defenderse con carácter previo, sin perjuicio de que pueda auxiliarse del Delegado Sindical para dicha defensa. En todo caso, este "*argumento adicional*", aún sí se entendiera, como valida el TSJCAT, que da cumplimiento al mandato de audiencia previa ex art. 158 OIT, suscitaría una duda -sino convicción plena- de limitar tal derecho de audiencia a los afiliados/as sindicales, lo cual podría supondría -sino supone ya- una clara discriminación en razón de la "*afiliación o no a un sindicato*", de difícil justificación, a mi entender, en un tema tan esencial y sensible como es el derecho de audiencia previa antes del despido.

o afiliados a un sindicato) pero para los que no se tiene en cuenta la naturaleza de los incumplimientos que se les imputan".

También este razonamiento, en mi opinión, se fundamenta en una premisa errónea como es que la garantía de audiencia previa a los representantes legales o sindicales responde al posterior desarrollo normativo interno del mandato del art. 7 del Convenio 158, cuando es de sobra conocido que tal garantía ya constaba recogida en nuestro ordenamiento interno previamente a la ratificación en 1985 de dicho Convenio como "*garantía*" en el art. 68 a) del ET de 1980 para los representantes laborales, extendida a los representantes sindicales por la Ley 11/85 LOLS (art. 10.3).

Por consiguiente, la restricción de la garantía de audiencia previa (que no expediente contradictorio), establecida en el art. 7 del Convenio 158 para todo trabajador/a, sin exclusión, no responde a un "*posterior desarrollo normativo interno*" de la norma internacional con la que, además y en todo caso, colisionaría frontalmente al restringir el ámbito subjetivo de la garantía, "*que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [art. 96.1 CE)*" (STS 14.7.14 17.7.14 (RCUD 32/14).

Es obvio, a mi entender, que el legislador nacional, al transponer la norma internacional, no puede restringir el ámbito subjetivo de la garantía. Y me parece también claro que la falta de extensión de la garantía a toda persona trabajadora responde a la omisión incomprensible de los sucesivos legisladores, inducidos con la inicial doctrina del Tribunal Supremo, ya analizada, que entendió -creo que erróneamente- que nuestro "*standard tutelar*" compensaba la ausencia de la garantía analizada.

En todo caso, la conclusión de la sentencia resulta sorprendente atendiendo a que la sala catalana se ha significado explícitamente en favor de la aplicación directa, vía control de convencionalidad, de otros preceptos del Convenio 158, en concreto del art. 10, que establece el derecho a la "*indemnización adecuada*" ante el despido injusto (entre otras, (SSTSJ Cataluña 23 de abril 2021, rec. 5233/2020; 20 de mayo 2021, rec. 5234/2020; y 14 de julio 2021, rec. 1811/2021), cuando dicho mandato -como es manifiesto- es mucho más genérico y menos self executing, y sí consta desarrollado en la normativa interna (a diferencia del derecho a audiencia previa al despido para todos/as los trabajadores).

10. A modo de conclusión: ¿hacía falta abrir este melón?

La pregunta no es mía, sino que la formuló un apreciado compañero en las pasadas jornadas laboralistas de Lanzarote (según me han contado, ya que no pude asistir).

Mi respuesta a tal pregunta, no creo que sorprenda a nadie, es rotundamente afirmativa:

- Desde un punto de vista estrictamente jurídico, por cuanto la aplicabilidad directa de la exigencia de que toda persona trabajadora deba ser escuchada antes de ser despedida disciplinariamente me parece indiscutible por las razones ya expuestas: nuestro sistema jurídico es monista, al disponer la aplicación directa de la norma internacional "*self executing*" una vez publicada en el BOE tras su ratificación, salvo

que la misma prevé expresamente la necesidad de transposición normativa (cosa que no se prevé en el mandato del art. 7 del COIT 158 a diferencia, como hemos visto, de su art. 12).

- La inadecuación de la norma nacional, el art. 55.1 ET, al limitar el ámbito subjetivo de la garantía a los/las representantes laborales y sindicales (mediante el expediente contradictorio) y a los trabajadores/as afiliados/as a un sindicato (mediante la audiencia previa), es manifiesta y, por consiguiente, debe ser "*desplazada*" en favor del claro y concreto mandato de la norma internacional.

- La renuencia a dicha aplicación directa responde, como he apuntado antes, a una cierta resistencia desde la función judicial a atender, en primer lugar, a la norma internacional, y, en segundo lugar, a aceptar la obsolescencia de una doctrina, la del Tribunal Supremo de hace más de 30 años, fijada desde unas premisa -la exigencia de traslación normativa y la consideración de que nuestro estándar tutelar era superior- que, ahora mismo, ya no son sostenibles.

- Pero también pudiera obedecer a que, a la postre, la exigencia de tal garantía (un derecho tal elemental como ser oído/a antes de ser despedido/a) cuestiona nuestro modelo de "*despido disciplinario*" tal como se ha venido entendiendo en los dos últimas décadas, especialmente desde la instauración del "*despido improcedente exprés*", mediante la ley 45/2002, que comportó la degradación de la exigencia causal a un mero requisito formal[11].

- Creo, por consiguiente, que la generalización de tal garantía, en aplicación de un mandato tan claro como el del art. 7 del Convenio 158 OIT, puede contribuir a restituir al despido disciplinario su auténtica función en nuestro ordenamiento jurídico laboral, superando definitivamente la etapa de degradación o banalización de la exigencia causal en el despido, iniciada en 2002, y de la que, supuestamente, debimos haber salido en 2012.

11. La expulsión de nuestro ordenamiento de tan anómala figura extintiva -incompatible con los mandatos del Convenio 158 de la OIT de causa disciplnaria cierta, grave, impugnable y revisable- explicitada en el preámbulo de la Ley 3/2012 de Reforma laboral, precisamente por limitar el derecho a la tutela judicial de las personas despedidas, parece no haber sido asumida por un sector del luslaboralismo.

ARTÍCULOS

A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022:

Sobre la causa y la posible justificación[1]

Carlos Villarino Moure

Magistrado especialista del TSJ de Galicia, Sala de lo Social

Resumen

El presente artículo trata de mostrar el funcionamiento de la prohibición de discriminación por razón de enfermedad, introducida por la Ley 15/2022, en su aplicación jurisdiccional a las relaciones laborales. A tal fin, se estudia el contenido normativo de la prohibición de discriminación por razón de enfermedad, y por otras circunstancias vinculadas con la salud. En particular, se analizan los contornos de la enfermedad como posible causa de discriminación, y el alcance de la carga probatoria en el procedimiento judicial.

1. Introducción

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha supuesto la ampliación de la tutela antidiscriminatoria vinculada con la enfermedad, y, más en general, con la salud de la persona trabajadora.

---

1. El presente artículo fue elaborado para la participación, el 27 de octubre de 2023, en la mesa redonda «Tutela Antidiscriminatoria ante los nuevos cambios normativos (RDL 5/2023, Ley 15/2022, Ley Trans…)» del XXIII Congreso nacional de ASNALA (Asociación Nacional de Laboralistas), celebrado en Santiago de Compostela. Una mesa redonda agradablemente compartida con D. Martín Godino Reyes (Presidente de Honor de ASNALA y Socio Director en Sagardoy Abogados) y Dª. Yolanda Maneiro Vázquez (Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Santiago de Compostela), y moderada por D. Benito Couceiro Naveira (Director de Relaciones Laborales de ABANCA).

Hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022, con carácter general, una enfermedad sólo venía siendo considerada como causa de discriminación en dos supuestos[2].

En primer lugar (*supuesto de segregación o estigma*), cuando la enfermedad comporta un «elemento de segregación» o de «estigmatización como persona enferma de quien la padece» (STS 29-1-01, rec.: 1566/2000 - ECLI:ES:TS:2001:502; STC 62/2008 - ECLI:ES:TC:2008:62). Supuesto que, dicho sea de paso, ha tenido escasa aplicación en las decisiones jurisdiccionales.

En segundo lugar (*supuesto de enfermedad asimilable a discapacidad*), en los casos en que la enfermedad o dolencia conlleva limitaciones, «de larga duración», que impiden «la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores» (STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 - ECLI:EU:C:2013:222, en un caso de lumbalgia; STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA-Kaltoft, C-354/13 - ECLI:EU:C:2014:2463, en un caso de obesidad). Para determinar la concurrencia de una enfermedad asimilable a discapacidad, la jurisprudencia estableció algunos criterios. Por un lado, que «en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio […] no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo»; y, por otro lado, que «pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona» (STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15 - ECLI:EU:C:2016:917). Como en el supuesto anterior, la recepción de esta posibilidad de discriminación por enfermedad ha sido muy restrictiva en la práctica jurisdiccional[3].

Llegados a este punto, la Ley 15/2022[4] viene a recoger entre otras causas de discriminación, en su art. 2.1, la «enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos». La razón para ello, si atendemos al apartado segundo de su Preámbulo, viene a ser «dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir». Para ello «incorpora expresamente», entre otros «motivos de discriminación», los antes citados «por su especial relevancia social», como señala el citado Preámbulo en el apartado tercero. Por tanto, en sentido estricto la Ley 15/2022 *no crea* nuevas causas de discriminación al recoger, en su art. 2.1, la enfermedad y otras circunstancias vinculadas con la salud, sino que más bien constata una realidad social ya existente[5].

En este sentido, la tipificación de causas de discriminación no es una creación *ex nihilo* del legislador, sino que se produce porque existen determinados prejuicios socialmente arraigados[6]. Esto es, valoraciones desfavorables basadas en estereotipos vinculados con personas que reúnen una determinada «condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE). Una de tales circunstancias es la enfermedad.

---

2. Para la evolución histórica del papel de la enfermedad como causa de discriminación, *vid*.: Agustí Maragall, Joan, «La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: El fin de la anomalía», *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 235, julio 2022, pp. 5-20, en especial, pp. 10-18.

3. STS 22-5-20 (rec.: 2684/2017- ECLI:ES:TS:2020:1736); STS 15-9-20 (rec.: 3387/2017 - ECLI:ES:TS:2020:3165); STS 31-5-22 (rec.: 109/2020 - ECLI:ES:TS:2022:2358).

4. Cuando no se señale otra cosa, las menciones de artículos estarán referidas a la Ley 15/2022.

5. Una realidad social, todo hay que decirlo, que a los juzgados y tribunales españoles les venía costando apreciar.

A este respecto, y como la mejor doctrina jurídica ha señalado, respecto de la enfermedad entran en juego «prejuicios como asociar la enfermedad con la supuesta vagancia de la persona trabajadora, con su baja o escasa productividad, con su falta de implicación en la empresa o incluso con el fraude en la incapacidad temporal»[7]. Tales prejuicios se exteriorizan en determinados patrones de conducta (por ejemplo, los despidos reactivos frente a una persona trabajadora en incapacidad temporal). Pero también asoman en el lenguaje ordinario, en expresiones como «cogerse la baja» o «ponerse de baja», con la connotación de que el inicio de un período de incapacidad temporal vendría a ser una mera decisión unilateral, más o menor arbitraria, de la persona trabajadora.

Ante la lógica productivista que impregna el mundo del trabajo, es resaltable el acierto del legislador al detectar causas de discriminación que operan en nuestra sociedad, al tiempo que se pone la vida y la salud de las personas trabajadoras en el centro. Todo ello teniendo en cuenta que la Ley 15/2022, entre otros ámbitos, prevé expresamente la aplicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena, en la negociación colectiva, y en el trabajo por cuenta propia; así como, entre otras, en las organizaciones sindicales y empresariales, y en las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (arts. 9 a 12).

No obstante ello, la Ley 15/2022 ha abierto algunos interrogantes en su aplicación práctica respecto de la enfermedad como causa de discriminación, que me parece interesante intentar clarificar: ¿Qué queda fuera de las nuevas causas de discriminación vinculadas con la salud? ¿Qué relevancia tiene, si es el caso, la mayor o menor gravedad de la enfermedad en la tutela antidiscriminatoria? ¿Qué tipos de justificación puede esgrimir el empresario para "derrotar" los indicios de discriminación por enfermedad? ¿Qué condiciones deben darse para que un despido, u otra decisión empresarial, pueda ser declarada nula (art. 26 Ley 15/2022) por constituir una discriminación por razón de enfermedad?

Para intentar dar respuesta a tales preguntas, me centraré en dos elementos (la causa y la posible justificación) que pueden entrar en juego en la tutela antidiscriminatoria. Con carácter previo, en el apartado segundo expondré un sucinto análisis del contenido prescriptivo de la prohibición de discriminación que establece la Ley 15/2022. Ello me dará pie a abordar, en el apartado tercero, la especial rugosidad que plantea la enfermedad como causa de discriminación. En el apartado cuarto, trataré las distintas clases de justificación que se recogen en la Ley 15/2022 en relación con la discriminación por enfermedad. Para finalizar, expondré unas breves conclusiones.

---

6. Para una detallada explicación del papel que juegan los estereotipos y prejuicios en las discriminaciones, *vid*.: Lousada Arochena, José Fernando, «Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la Ley 15/2022», ponencia impartida el 28-9-23 en las *XXXIII Jornadas Catalanes de Dret Social* de 2023 [facilitada por el autor], ap. 1.

7. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», 2023, pendiente de publicación en la *Revista de Derecho Laboral*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (Uruguay) [facilitada por el coautor], ap. 2.1. Quiero agradecer a Fernando Lousada, compañero en la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, haberme facilitado el citado artículo antes de su publicación y una copia de la ponencia citada en la nota anterior, así como, muy en especial, las largas conversaciones mantenidas -telefónicas y en persona- sobre la Ley 15/2022.

2. El núcleo normativo de la prohibición de discriminación

La Ley 15/2022 formula, en diversos artículos, la norma que prohíbe discriminar. Así, por ejemplo, en el art. 2.1: «Nadie podrá ser discriminado por razón de…»; o en el art. 4.1: «El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de…». Además, se vincula la actuación discriminatoria con la «diferencia de trato» (arts. 1.1, 2.2, 4.2, etc), estableciendo una delimitación muy amplia de lo que cabe entender por «trato» («disposición, conducta, acto, criterio o práctica», art. 4.1). Por otro lado, la prohibición de discriminación, esto es, de una diferencia de trato, se conecta («por razón de») con determinadas condiciones o circunstancias que han de operar como causas (art. 2.1). Y, por último, la entrada en juego y el alcance de esa prohibición de discriminación se supedita a la ausencia de una justificación (arts. 2.2, 2.3 y 4.2).

A la vista de todo ello, la norma[8] que prohíbe la discriminación en la Ley 15/2022, podría sintetizarse como una prohibición[9] bajo la siguiente forma y núcleo normativo[10]:

Prohibida una diferencia de trato (disposición, conducta, acto, criterio o práctica) **SI**:

1. Concurre una condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022;
2. La condición o circunstancia del art. 2.1 está conectada con la diferencia de trato («por razón de»), y es, por tanto, su causa; y
3. No se ofrece una justificación.

---

8. Distingo aquí entre norma (el contenido semántico y prescriptivo) y formulación de la norma («signo o símbolo (las palabras) usadas al enunciar (formular) la norma») en los términos en que lo hace von Wright, *vid*.: von Wright, Henrik G., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 109-110. En todo caso, para una delimitación detallada de los contornos del concepto jurídico de discriminación, que «puede ser inintencional, indirecto o no comparativo, poniendo el foco en el efecto de la víctima», *vid*.: Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel, «Los contornos de la discriminación», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº 5, 2022, pp. 19-27, en especial, p. 20.

9. Como toda prohibición, en todo caso, interdefinible como obligación. Así el contenido prescriptivo de una norma que establezca «prohibido fumar», es equivalente a aquella que dispusiera «obligatorio no fumar». En el mismo sentido, la prohibición de una diferencia de trato por alguna de las condiciones y circunstancias que establece el art. 2.1 Ley 15/2022, es equivalente a la obligación de omitir una diferencia de trato por razón de tales condiciones y circunstancias. Claro está que aquí el problema, que no vamos a abordar en el presente trabajo, pasaría por determinar cuándo se produce una diferencia de trato o un trato igual. Respecto del carácter interdefinible de las normas que establecen una prohibición y una obligación, *vid*.: von Wright, Henrik G., *Norma y acción*, *op. cit*., pp. 87-88, 99-100; y Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008, pp. 67-69.

10. El concepto de «núcleo normativo» de una norma como formado por el carácter (prohibición, obligación o permiso), el contenido (la descripción de actuación), y las condiciones aplicación («aquella condición que tiene que darse para que exista oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma dada») está tomado de: von Wright, Henrik G., *Norma y acción*, *op. cit*., pp. 87-91. En este sentido, lo más interesante es entender que las tres condiciones de aplicación de la norma que prohíbe discriminar, de acuerdo con la Ley 15/2022, son las condiciones que tienen que darse para que pueda existir una discriminación (es decir, una diferencia de trato prohibida). Tales condiciones son, primero, que concurra una circunstancia del art. 2.1; segundo, que esa circunstancia aparezca, al menos indiciariamente, como causa de la diferencia de trato; y, tercero, que no se ofrezca una justificación. Si falta cualquiera de estas condiciones, podrá haber, en su caso, una diferencia de trato, pero no una discriminación. En línea con von Wright puede verse el análisis de las proposiciones normativas que realiza: Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, *op. cit*., pp. 65-76.

No voy a entrar aquí en el tipo de conductas que caen bajo la «diferencia de trato» como actuación prohibida[11]. Lo relevante ahora es apreciar que la prohibición de esa diferencia de trato exige el cumplimiento de las tres condiciones indicadas (1), (2) y (3)[12]. Esas condiciones de aplicación de la prohibición de trato desigual pueden todas ellas ser problemáticas y controvertidas en la práctica jurisdiccional[13].

En cuanto a (1), en nuestro ordenamiento jurídico la prohibición de la diferencia de trato no se predica con carácter absoluto, sino únicamente cuando concurre alguna especial condición o circunstancia. En este sentido, sin perjuicio de que la lista de posibles causas

---

11. A este respecto «diferencia de trato» es la descripción de la actuación prohibida que emplea la Ley 15/2022 en distintos lugares (arts. 2.2, 2.3, 4.2, etc). En todo caso, lo más relevante me parece comprender que esa diferencia de trato:

1) No incluye como un requisito adicional el que sea desfavorable. Pues tal exigencia sería redundante, en tanto que toda diferencia de trato, por razón de alguna de las causas de discriminación del art. 2.1, es ya, en principio, desfavorable por atentar contra la dignidad humana, como expresión de la «igual dignidad de las personas» (art. 1.1). No obstante ello, de forma que me parece redundante, la Ley 15/2022 adjetiva en ocasiones la diferencia de trato como «menos favorable» (art. 6.1 a). Que el carácter desfavorable de la diferencia de trato no es una exigencia adicional, sino presenté en toda desigualdad de trato por alguna de las causas del art. 2.1, puede verse con claridad con un ejemplo: Si una ordenanza municipal dispusiera la preferencia de todas las mujeres para ocupar los asientos libres en los autobuses, el trato -en sí mismo considerado o en su contenido- no sería desfavorable; y, sin embargo, cabría entenderlo, sin duda, como discriminatorio, en tanto que -sin ofrecer justificación alguna- estaría estableciéndose una diferencia, sustentada en un prejuicio (la mayor debilidad física de las mujeres, etc), que atenta contra la igual dignidad de las personas por razón de sexo.

2) La desigualdad de trato, constitutiva de discriminación, puede incluir distintos supuestos: Así, por ejemplo, cuando se trata de modo distinto a personas iguales por tener igual dignidad (por ejemplo, si sólo se contrata a varones y no a mujeres). Pero también cuando se trata "igual" lo que es diferente, conculcando con ello el igual valor de las diferencias (por ejemplo, si no se acometen ajustes razonables respecto de una persona con discapacidad; o si se interpreta una norma jurídica sin perspectiva de género). O, incluso, si no se admite o se rechaza de plano la expresión de una diferencia (por ejemplo, en el caso de las acciones de intolerancia, que recoge el art. 4.1 Ley 15/2022), etc. Por ello, uno de los principales aciertos de la Ley 15/2022 ha sido recoger una amplia lista de modos o tipos de discriminación en el art. 4.1, algunos de los cuales se definen en el art. 6.

3) En todo caso, como recuerda Álvarez del Cubillo, «la prohibición de discriminación no necesariamente implica dicha comparación [un término de comparación], aunque esta pueda ser utilizada como evidencia». Precisando el citado autor, por lo demás, que «por supuesto, en muchos casos la inexistencia de un término de comparación hará difícil o imposible acreditar la discriminación o imputar la desigualdad a un sujeto responsable». Álvarez del Cubillo, Antonio, «La Ley integral para la igualdad: Un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 165, 2022, p. 94. A este respecto, como recuerda el autor citado, el Tribunal Constitucional ha señalado, reiteradamente, que «la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de éste para ser apreciadas» (STC 104/2014 - ECLI:ES:TC:2014:104; STC 171/2012 - ECLI:ES:TC:2012:171).

4) En cuanto al concepto de «trato», el mismo puede incluir conductas muy variadas, así el art. 4.1 se refiere a «disposición, conducta, acto, criterio o práctica». A este respecto, dentro del elemento objetivo del «trato discriminatorio» se han entendido incluidos tanto la acción, como la omisión propia e impropia (comisión por omisión), y también los actos de habla (*speech acts*). A este respecto, *vid*.: Lousada Arochena, José Fernando (Coord.), Cabeza Pereiro, Jaime y Núñez-Cortes Contreras, Pilar, *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 75-76; y Lousada Arochena, José Fernando, «Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la Ley 15/2022», *op. cit*., ap. 5.1.

12. En buena medida, las tres condiciones señaladas se corresponden con el triple test para apreciar la discriminación por enfermedad que recoge la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (rec.: 118/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:4970): «a) Comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido; b) Determinar si existe un panorama indiciario de que el móvil del despido ha sido la enfermedad; c) En caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria».

de discriminación no sea cerrada -ni en el art. 2.1 Ley 15/2022, ni tampoco en el art. 14 CE, los cuales se refieren a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»-, ello no permite que se incluya como tal cualquier circunstancia. Dicho en otros términos, nadie puede ser discriminado por ver películas de Tarantino o por desayunar cereales, a no ser que se pudiera establecer -lo que no parece el caso- alguna correlación entre tales circunstancias personales y alguna causa de discriminación del art. 2.1 Ley 15/2022.

Y esto es así porque, más allá de la "tipificación" normativa de las causas de discriminación, las mismas responden, como más arriba señalamos, a estereotipos y prejuicios sociales que, en definitiva, ocultan un «elemento de segregación» o de estigmatización (STC 62/2008, citada), o que, con otras palabras, dan lugar a «condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista» (STS 29-1-01, citada). De modo que no cualquier circunstancia o condición personal o social puede ser tomada como causa de discriminación, al amparo de la cláusula final del art. 2.1 Ley 15/2022 o del art. 14 CE, porque no cualquier condición o circunstancia personal o social lleva anudado un prejuicio que deba ser erradicado.

Es el legislador, y en su caso los juzgados y tribunales al amparo de la cláusula final del art. 2.1 Ley 15/2022 y del art. 14 CE, quienes han de determinar, en cada momento histórico, qué condiciones o circunstancias constituyen una posible causa de discriminación. Y, con la Ley 15/2022, el legislador ha considerado que la enfermedad, y otros supuestos vinculados con la salud, son circunstancias que merecen tal consideración.

Pero además, a la vista de la condición (2) más arriba referida, la condición o circunstancia del art. 2.1 (nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, etc) no sólo debe concurrir, sino que, además, ha de aparecer conectada con la diferencia de trato que se pretende combatir. La Ley 15/2022 emplea, para reflejar tal conexión, en unas ocasiones la expresión «por razón de» (arts. 2.1, 4.1, 9.1, etc), y en otras directamente el término «causa» (arts. 3.2, 4.1, 4.2, 6.1 a) y b), 6.2, etc). Expresiones lo suficientemente amplias para incluir distintos tipos de conexión entre la diferencia de trato y alguna de las condiciones o circunstancias del art. 2.1. Conexión que puede obedecer a los motivos o finalidades de determinadas actuaciones[14], tanto dolosas como culposas; pero asimismo a disposi-

13. Lo que ha de resultar de la prueba en un procedimiento judicial, en aras de determinar la estimación o no de la tutela antidiscriminatoria interesada, es justamente la concurrencia de los elementos que conforman el núcleo normativo de la prohibición de discriminación (una diferencia de trato, que no requerirá necesariamente un término de comparación (*vid*.: nota 11); una circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 -en nuestro caso, la enfermedad-; que tal circunstancia aparezca indiciariamente como causa de la diferencia de trato; y la ausencia de una justificación). En este sentido, puede verse, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (rec.: 118/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:4970). En ese procedimiento judicial, en el que se pretendía que se tuviera por discriminatorio un despido, acreditada la diferencia de trato (una extinción del contrato de trabajo) y la enfermedad de la persona trabajadora, la tutela antidiscriminatoria se deniega por cuanto no se aportó un «panorama indiciario» que permitiese conectar, a título de causa, la enfermedad con la extinción del contrato de trabajo. Y ello en tanto el contrato temporal se extinguió al llegar la fecha predeterminada, sin que concurriesen «elementos fácticos de cierta relevancia que permitan asentar, como hipótesis probable, que el empresario iba a adoptar otra decisión (la prórroga del contrato o su conversión en indefinido) y no lo hizo porque apareció una circunstancia [la enfermedad del trabajador] que cambió su criterio». A mayor abundamiento, en el supuesto de la sentencia de suplicación citada, existía una justificación para la diferencia de trato (esto es, para la extinción del contrato de trabajo) como era el carácter temporal de la relación laboral y el haberse alcanzado la fecha prevista para la finalización del contrato de trabajo.

14. Con el art. 4.1 «disposición, conducta, acto, criterio o práctica».

ciones, criterios o prácticas que ocasionan una correlación de hechos discriminatoria sin necesidad de un elemento intencional (por ejemplo, en la discriminación indirecta definida en el art. 6.1 b). En todo caso, lo relevante es que la condición o circunstancia de discriminación -por ejemplo, la enfermedad- aparezca como *causa* de la diferencia de trato.

En tercer lugar, como refleja la condición (3), más arriba indicada, la prohibición de la diferencia de trato es, además, una prohibición excepcionable, o al menos derrotable (*defeasible concept*[15]), atendiendo a determinadas justificaciones que pueden concurrir en cada caso concreto[16]. Esas posibles justificaciones se plantean de distinta forma, en cuanto a su alcance y supuestos, en los arts. 2.2, 2.3 y 4.2 Ley 15/2022. Más abajo volveremos sobre las mismas.

Esclarecida la prohibición de trato desigual, como una norma sujeta al cumplimiento de una triple condición -(1) que concurra una condición o circunstancia del art. 2.1, como puede ser la enfermedad; (2) que esa circunstancia esté conectada con la diferencia de trato, apareciendo al menos indiciariamente como su causa; y (3) que no se ofrezca una justificación válida-, debe además concretarse a quién corresponde la prueba de cada uno de los elementos que configuran la norma, y la forma en que ha de cumplirse con la carga de la prueba.

El art. 30.1 Ley 15/2022 viene a establecer unas reglas relativas a la carga de la prueba que, en su esencia, coinciden con las ya establecidas en el procedimiento laboral en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS: «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 le impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Como es sabido, tal regla de carga probatoria viene a reflejar los criterios que la jurisprudencia ha señalado en supuestos de tutela antidiscriminatoria y de derechos fundamentales. Quien pretende la tutela antidiscriminatoria ha de aportar «indicios fundados» sobre la existencia de discriminación, lo cual no se cumple con las meras alegaciones sobre la concurrencia de una discriminación, sino que ha de facilitar indicios razonables que permitan «deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido» (STC 171/2005 - ECLI:ES:TC:2005:171; STS, 25-2-08, rec. 3000/2006 - ECLI:ES:TS:2008:2522). En otros términos, la parte demandante -normalmente la persona trabajadora- ha de aportar un «indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse» (STC 17/2007 - ECLI:ES:TC:2007:17).

---

15. Hart, H.L.A., «The Adscription of Responsability and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, Issue 1, 1 June 1949, pp. 172-183.

16. Lo que es justificable, en sentido estricto, es la diferencia de trato, y no la discriminación. Según lo visto en el apartado segundo de este artículo, cabe afirmar que si hay justificación de la diferencia de trato, no hay discriminación, pues no se cumpliría la condición (3) señalada. Que lo justificado es la diferencia de trato, y no la discriminación, cabe concluirlo, además, a partir del art. 2.2 y 2.3 Ley 15/2022, que regula cuándo se pueden establecer o amparar «diferencias de trato»; y, más claramente si cabe, en el art. 4.2, en tanto viene a señalar que: «No se considera discriminación la diferencia de trato» cuando concurre una justificación en los términos que tal artículo establece.

Y, por su parte, a quien combate la discriminación alegada, una vez aportados tales indicios por la contraparte, le corresponde ofrecer una justificación en los términos del citado art. 30.1 Ley 15/2022. Lo cual se corresponde con la reiterada exigencia jurisprudencial de acreditación de hechos que demuestren «la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada», de modo que se alcance la convicción de que las causas acreditadas por la demandada «han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales» (STC 171/2005, citada). Con otras palabras, a la parte demandada le corresponde la «carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada» (STC 17/2007, citada; en sentido similar, STC 125/2008 - ECLI:ES:TC:2008:125, entre otras muchas). En definitiva, la parte demandada ha de acreditar que su decisión o actuación no traía causa de una de las circunstancias del art. 2.1 Ley 15/2022, como puede ser la enfermedad de la persona trabajadora.

A partir de tales reglas de carga de la prueba, y partiendo del esquema de la prohibición de discriminación más arriba expuesto, cabe señalar que a la parte demandante la corresponde probar, en su caso indiciariamente, las condiciones (1) y (2). Y a la parte demandada, en su caso, le corresponderá probar la concurrencia de una justificación suficiente que determine que no se cumpla la condición (3).

Esto es, a la parte actora le corresponde la carga de acreditar:

1. Que concurre una condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022. Normalmente la mera concurrencia de tal circunstancia -por ejemplo, la enfermedad de la persona trabajadora- no suele ser objeto de la prueba de indicios del art. 30.1, sino de prueba plena por la parte demandante[17]. Cuestión distinta, como a continuación veremos, es que sí sea objeto de prueba mediante indicios la conexión causal -«por razón de»- entre esa circunstancia o condición -en nuestro caso, la enfermedad- y la diferencia de trato.

2. Que la condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022, además de concurrir, está conectada («por razón de») con una diferencia de trato respecto de la cual se insta la tutela antidiscriminatoria. Esto es, la parte actora ha de aportar indicios favorables a la hipótesis de que la condición o circunstancia de discriminación -en nuestro caso, la enfermedad- *es la causa* de la diferencia de trato[18]. Esto exigirá, al

17. La concurrencia de la circunstancia de enfermedad del art. 2.1 Ley 15/2022 en una persona trabajadora, en principio y como luego veremos, no ha de ser problemática, en tanto habrá dado lugar a un proceso de incapacidad temporal conocido por la empresa. Aunque, al amparo del art. 30.1 Ley 15/2022, parece que nada obstaría para que también la mera concurrencia de la causa discriminatoria de la diferencia de trato fuera acreditada mediante indicios. En especial, en aquellos supuestos en que la causa es una mera apariencia que da lugar a una «apreciación incorrecta», como en la discriminación por error, de los arts. 4.1 y 6.2 b) Ley 15/2022.

18. De hecho, la Ley 15/2022 es precisa en este sentido, pues, si en el art. 2.1 no emplea el término «causa» cuando enumera las condiciones o circunstancias que pueden dar lugar a discriminación, a continuación, en distintos preceptos, sí emplea el término «causa» (arts. 3.2, 4.1, 4.2, etc). Un hecho es la mera concurrencia de una circunstancia del art. 2.1, y otro que esa circunstancia aparezca, al menos indiciariamente, como causa de la diferencia de trato.

menos en la discriminación directa, aportar indicios de que la parte demandada -la empresa normalmente en la jurisdicción social- conocía la concurrencia de la condición o circunstancia de discriminación[19], además de otros elementos que permitan sostener razonablemente que la circunstancia de discriminación -por ejemplo, la enfermedad- es la causa de la decisión empresarial que se impugna.

Y, a la parte demandada, además de poder rebatir la concurrencia de la circunstancia de discriminación y su conexión con la diferencia de trato controvertida -aportando en su caso contraindicios-, le corresponde la carga de probar una justificación suficiente que venga a desvirtuar el panorama discriminatorio aportado por la parte demandante[20].

Expuesto esto, en la tutela antidiscriminatoria vinculada con la enfermedad los principales problemas prácticos derivan, por un lado, de la delimitación de la enfermedad como circunstancia de discriminación, y del juego que, en su caso, han de tener algunas de sus características (mayor o menor gravedad, duración, incidencia, etc). Y, por otro lado, de los posibles tipos de justificación que puede aducir y acreditar la parte demandada, en los supuestos en que se pretenda la tutela antidiscriminatoria por enfermedad. Tales cuestiones las abordaré en los dos siguientes apartados.

3. La circunstancia de enfermedad como causa de discriminación

En los dos subapartados que siguen, voy a tratar los límites de la salud como posible causa de discriminación, a la vista de la Ley 15/2022; y, por otro lado, la incidencia que, si es el caso, tienen las características de la enfermedad (mayor o menor gravedad, duración, incidencia, etc), en la tutela antidiscriminatoria.

3.1. Más allá de la enfermedad: La discriminación por razón de (mala) salud

Como hemos visto, para que se active la tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, lo primero que ha de acreditarse es la concurrencia de tal circunstancia de enfermedad.

La Ley 15/2022 facilita, en buena medida, la acreditación de tal requisito, pues no recoge, como posible causa de discriminación, un concepto restrictivo de enfermedad. A este respecto, en su art. 2.1 no sólo recoge la enfermedad como causa autónoma de discriminación, sino que además lo hace sin adjetivaciones. Esto es, para que la

19. A diferencia de lo que ocurre en la tutela objetiva del despido en los supuestos contemplados en las letras a) a c) de los arts. 53.4 y 55.5 ET (al que remiten los arts. 108.2 y 122.2 LRJS), donde no es necesario que la empresa tenga conocimiento de las circunstancias que en tales preceptos se señalan (en especial, del embarazo). Otra cuestión es que, en la tutela antidiscriminatoria regulada en la Ley 15/2022, ese conocimiento por la empresa pueda ser erróneo, es decir, una «apreciación incorrecta», dando lugar, en tal caso, a una discriminación por error (arts. 4.1 y 6.2. b).

20. Una detallada explicación de las cargas probatorias de la parte actora y demandada en la tutela antidiscriminatoria puede verse en: Lousada Arochena, José Fernando (Coord.), Cabeza Pereiro, Jaime y Núñez-Cortes Contreras, Pilar, Igualdad y diversidad en las relaciones laborales, *op. cit*., pp. 349-354; Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit*., ap. 2.2; Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 243, abril 2023, pp. 32-34.

enfermedad sea una circunstancia que pueda activar la tutela antidiscriminatoria no es preciso que la misma tenga especial gravedad o incidencia, ni que comporte una previsible larga duración[21].

Ahora bien, ello no es óbice para que, concurriendo la circunstancia de enfermedad, la mayor o menor gravedad, duración o incidencia de la misma, pueda jugar como indicio -o contraindicio, en su caso- a la hora de determinar que la enfermedad es la causa de la diferencia de trato impugnada.

Con otras palabras, y volviendo al esquema expuesto en el apartado segundo de este artículo, por un lado, la mera circunstancia de enfermedad conlleva el cumplimiento de la condición (1) (concurre la circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022), sin necesidad de que tal enfermedad revista especial gravedad, duración o incidencia. Pero, por otro lado, la mayor o menor gravedad, duración o incidencia de la enfermedad, sí puede tener relevancia, en su caso, a la hora de establecer -o desvirtuar- la conexión entre la misma y la diferencia de trato, esto es, la condición (2) indicada más arriba. Esto es, las características de la enfermedad pueden tener relevancia para determinar, en el juego de indicios y contraindicios, si la misma aparece, de forma plausible, como la causa de la diferencia de trato o de la actuación empresarial controvertida. Sobre este extremo volveré en el siguiente subapartado, pero ahora quiero precisar algo más, siquiera sea sucintamente, la delimitación de la enfermedad como causa de discriminación.

En principio podría parecer problemática la determinación de qué es una enfermedad, pues ello, en cierta medida al menos, depende del conocimiento científico y de las tecnologías desarrolladas, del momento histórico de que se trate, y también de las convenciones establecidas en la comunidad médica[22]. Pero al efecto que aquí interesa, que es la acreditación de la concurrencia de la circunstancia de enfermedad en el procedimiento laboral, la situación se muestra poco problemática por cuatro motivos.

En primer lugar, por cuanto usualmente la circunstancia de enfermedad aparecerá anudada a un proceso de incapacidad temporal (art. 169.1 LGSS). A lo que se suma que, además, desde la entrada en vigor el 1 de abril de 2023 del RD 1060/2022, que modificó

---

21. Álvarez del Cuvillo señala que «la inclusión de la enfermedad [en la Ley 15/2022] como causa de discriminación no cambia la situación preexistente, dado que el legislador ordinario no puede modificar el concepto constitucional de discriminación». Al amparo de tal afirmación, manifiesta el citado autor que la mención a la enfermedad en la Ley 15/2022 «debe entenderse que se hace en el marco de la doctrina del TC sobre el art. 14 CE»; y, fruto de ello, parece entender que la enfermedad mencionada en el art. 2.1 Ley 15/2022 sólo sería causa de discriminación cuando sea posible «la adscripción directa o indirecta a un grupo social determinado», respetando la «base grupal» del concepto constitucional de discriminación, en línea con la STC 62/2008, más arriba citada. *Vid*.: Álvarez del Cubillo, Antonio, «La Ley integral para la igualdad: Un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *op. cit*., pp. 106-109.

En todo caso, el problema de la «adscripción» a un determinado grupo social de las personas con enfermedad no parece tal. Y ello dado que tal «adscripción» grupal se produce justamente por el hecho de la existencia de determinados prejuicios asociados con la enfermedad de las personas trabajadoras, según se señaló en el apartado primero de este artículo. Las distintas personas trabajadoras objeto de una diferencia de trato por causa de una enfermedad estarían reunidas en un mismo grupo, configurado o anudado por los prejuicios que serían la causa del estigma (vagancia, escasa productividad, poca implicación en la empresa, fraude, etc) que han de soportar. En este sentido, *vid*.: Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit*., ap. 2.1 y nota al pie nº 12.

22. A este respecto, *vid*.: Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, 2 vols., FCE, México D. F., 2015; Foucault, Michel, *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, Siglo XXI editores, México D. F., 2015.

el RD 625/2014, la comunicación de la situación de incapacidad temporal a la empresa se realiza, por vía telemática, directamente y de manera casi inmediata por el INSS, sin intervención de la persona trabajadora en tal comunicación[23]. Todo ello sin perjuicio de que también -aunque ello exigirá un mayor esfuerzo probatoria de la parte actora- pueda activarse la tutela antidiscriminatoria en el supuesto de una enfermedad que no haya dado lugar a un proceso de incapacidad temporal.

En segundo lugar, dado que el art. 2.1 Ley 15/2022, conjuntamente con la enfermedad como posible causa de discriminación, recoge otras condiciones o circunstancias vinculadas con la salud: la «condición de salud», el «estado serológico» y la «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos». Con ello, el espectro cubierto por la prohibición de discriminación, en relación con la salud, es más amplio que el de la mera enfermedad. A este respecto, se ha considerado que la «condición de salud» sería el concepto más amplio, o el género del cual la enfermedad vendría a ser la especie[24]. En este sentido, partiendo de la definición de la OMS de «salud» como «un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades»[25], cabe concluir que «una condición de salud que impida un completo bienestar físico, mental o social no necesariamente debe ser una afección o enfermedad»[26].

Siendo esto así, cabría incluir, por ejemplo, como condición de salud determinados estados generales de la persona o meros signos o síntomas (labilidad emocional, cansancio o fatiga persistente, etc), tanto físicos como psíquicos, que no hayan determinado un diagnóstico[27]. A todo lo cual se suma, como posibles causas de discriminación, el «estado serológico», el cual incluiría, por ejemplo, la presencia detectable de marcadores (anticuerpos, etc) de VIH o Covid; y, asimismo, la «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos», esto es, la presencia de una carga genética asociada a una mayor probabilidad de padecer determinadas dolencias.

---

23. El art. 7.1 del RD 625/2014 quedó redactado con el siguiente tenor: «[…] El servicio público de salud o, en su caso, la mutua o la empresa colaboradora remitirá los datos contenidos en los partes médicos de baja, confirmación y alta al Instituto Nacional de la Seguridad Social, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición». Y el art. 7.2 RD 625/2014: «El Instituto Nacional de la Seguridad Social, a su vez, comunicará a las empresas los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja, confirmación y alta emitidos por los facultativos del servicio público de salud o de la mutua, referidos a sus personas trabajadoras, como máximo, en el primer día hábil siguiente al de su recepción en dicho Instituto, para su conocimiento […]».

24. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit*., ap. 2.1; Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», *op. cit*., pp. 31-32.

25. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada en Nueva York el 22 de julio de 1946 (BOE 15-5-1973).

26. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit*., ap. 2.1.

27. A este respecto, se ha señalado que «la condición de salud engloba situaciones que no incapacitan para el trabajo y que, de hecho, no tienen la consideración de enfermedad, aunque puedan facilitar la aparición de otras patologías», incluyendo entre tales condiciones de salud la obesidad, las alergias o la pérdida de visión, *vid*.: Gordo González, Luis, «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, 2023, pp. 113.

En tercer lugar, la posibilidad de que la salud entre en juego como circunstancia de discriminación se ve facilitada a la vista de los distintos tipos de discriminación que recoge el art. 4.1, y que, en parte, define el art. 6 Ley 15/2022. Así, por ejemplo, la enfermedad o condición de salud puede concurrir con otras causas de discriminación a través de una discriminación múltiple o de una discriminación interseccional (art. 6.3), como en el caso de que interactúen, como causas de discriminación, la condición de mujer y una enfermedad con especial prevalencia en este colectivo, como la fibromialgia.

A ello se suma, también, la posibilidad de discriminación por asociación. Por ejemplo, si una persona trabajadora es discriminada por una enfermedad, u otra circunstancia del art. 2.1, concurrente, no en ella misma, sino en otra persona con la que tiene relación (art. 6.2 a). Por ejemplo, si un trabajador/a es discriminado por razón del estado serológico de un familiar. Así como, en especial, la posibilidad de discriminación por error, cuando se dé una «apreciación incorrecta» sobre la concurrencia de la circunstancia de enfermedad o de la causa de discriminación de que se trate (art. 6.2 b)[28].

En cuarto lugar, si bien en la Ley 15/2022 la enfermedad se configura como una circunstancia autónoma respecto de la discapacidad, ello no impide que además siga aplicándose la tutela antidiscriminatoria por enfermedad asimilable a discapacidad, en los términos delimitados por la jurisprudencia del TJUE más arriba citada.

No obstante ello, la enfermedad y la discapacidad, como causas de discriminación, comportan regímenes jurídicos en parte diferentes[29]. Así la discapacidad tiene una regulación propia en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (LGDPD, Real Decreto Legislativo 1/2013), que se aplica preferentemente a la Ley 15/2022, en tanto establezca un régimen más favorable en garantía de la no discriminación, de acuerdo con los arts. 3.2 y 7 Ley 15/2022. En tal sentido, por ejemplo, la LGDPD no recoge, para la discriminación por razón de discapacidad, excepciones como las contempladas para la enfermedad en el art. 2.3 Ley 15/2022.

En la misma línea, los ajustes razonables aparecen previstos para el supuesto de discapacidad (art. 40 LGDPD, arts. 4.1 y 6.1 a) Ley 15/2022), pero no para la enfermedad, como tampoco para la condición de salud, estado serológico o predisposición genética.

---

28. STSJ de las Islas Baleares de 24 de julio de 2023 (rec.: 104/2023 – ECLI:ES:TSJBAL:2023:1096). En esta sentencia se aprecia la existencia de una discriminación por error, al serle imputado al trabajador «una circunstancia (estar contagiado por COVID), que el negó reiteradamente y la demandada no ha acreditado». Por otro lado, la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021 (rec.: 160/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:975) apreció, con anterioridad a la aprobación de la Ley 15/2022, despido tácito discriminatorio «por apariencia» de discapacidad respecto de un trabajador que, tras sufrir un accidente de trabajo, fue visitado por el empresario en el hospital y dado de baja en la Seguridad Social.

En todo caso, como señala López Hormeño, no hay que confundir el desconocimiento de la enfermedad con el supuesto de discriminación por error del art. 6.2 b) Ley 15/2022. En la discriminación por error existe una «apreciación incorrecta» sobre la persona discriminada, de modo tal que se actúa en la creencia de que en la misma concurre una de las condiciones o circunstancias del art. 2.1 Ley 15/2022. Se trata, por tanto, de un supuesto distinto de aquel en que, por ejemplo, el empresario no conoce que la persona trabajadora está enferma, caso de desconocimiento y no de error, y que por tanto no da lugar a discriminación al menos directa. *Vid*.: López Hormeño, María del Carmen, «Los despidos de los trabajadores en situación de baja médica: ¿nulidad o improcedencia?», *Diario La Ley*, nº 10288, Sección Tribuna, 17 de mayo de 2023.

29. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit*., ap. 2.3; Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», *op. cit*., p. 32.

Todo ello sin perjuicio de que, como ha resaltado la doctrina jurídica[30], puedan existir obligaciones en relación con las personas trabajadoras vinculadas con una determinada condición de salud, como puede ser el caso de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25.1 LPRL). Y sin perjuicio, asimismo, de la obligación de adaptación del puesto de trabajo en el supuesto de personas trabajadoras con una enfermedad asimilable a discapacidad[31].

A ello se añade, por otro lado, la posibilidad de que exista una discriminación por enfermedad en una persona trabajadora que presenta una discapacidad ya reconocida -incapacidad permanente total- al tiempo de ser contratada para desempeñar una profesión distinta[32].

Como vemos, la Ley 15/2022 permite hablar no sólo de la enfermedad como causa de discriminación, sino, más en general y a la vista de lo expuesto, de la consideración de la (mala) salud de la persona trabajadora como posible causa de discriminación. Por así decirlo, dada la amplitud de los distintos supuestos en que puede entrar en juego la tutela antidiscriminatoria, según han sido apuntados, prácticamente cualquier circunstancia vinculada, incluso a título de error, con la salud de la persona trabajadora, o de aquellos que tengan relación con la misma (discriminación por asociación), puede ser una potencial causa de discriminación[33].

3.2. La gravedad, duración e incidencia de la enfermedad como elementos relevantes para la tutela antidiscriminatoria

Según vimos en el apartado segundo, para que entre en juego la tutela antidiscriminatoria es preciso que concurra una condición o circunstancia de las reflejadas en el art. 2.1 Ley 15/2022, en el caso que nos ocupa la enfermedad u otras circunstancias asociadas con la salud también recogidas en ese artículo. Pero eso no es suficiente, además la parte demandante deberá acreditar, siquiera sea indiciariamente (arts. 30.1 Ley 15/2022, arts. 96.1 y 181.2 LRJS), que la enfermedad, o la circunstancia del art. 2.1 de que se trate, se presenta de modo razonable y plausible como la causa o el móvil de la diferencia de trato o de la actuación empresarial controvertida[34].

---

30. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit*., ap. 2.3.

31. STS de 22 de febrero de 2018 (rec.: 160/2016 - ECLI:ES:TS:2018:757) y STSJ de Galicia de 20 de junio de 2022 (rec.: 2228/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:4689). En este sentido, *vid*.: Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit*., ap. 2.3.

32. STSJ de Canarias de 27 de julio de 2023 (rec.: 355/2023 - ECLI:ES:TSJICAN:2023:2290). La citada sentencia aprecia la discriminación por enfermedad de un trabajador que, habiendo sido previamente declarado en incapacidad permanente total para la profesión habitual de albañil, es contratado para otra profesión (vigilante), dando inicio a un proceso de incapacidad temporal y siendo al poco tiempo despedido, a pesar de que el contrato temporal había sido recientemente prorrogado.

33. En la enfermedad o condición de salud del art. 2.1 Ley 15/2022 estaría incluida la obesidad y sobrepeso cuando estén anudadas a la salud o a la discapacidad. Los supuestos que quedarían excluidos serían meramente aquellos casos de "exceso de peso" que no tuviesen repercusión en la salud física ni psíquica, y que tampoco sean constitutivos de discapacidad. Con lo que, en realidad, seguramente quepa incluir en el art. 2.1 los supuestos de obesidad y sobrepeso en buena parte de los casos. En relación a la omisión de una referencia expresa a la obesidad y al sobrepeso en el art. 2.1, *vid*.: García Salas, Ana Isabel, «Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, 2023, pp. 71-72.

El primer aspecto, al menos en la discriminación directa, que ha de probar la parte demandante -siquiera sea de modo indiciario- es el conocimiento por la demandada de alguna de las condiciones o circunstancias del art. 2.1 Ley 15/2022. Si se trata de una enfermedad, como ya expuse más arriba, la prueba del conocimiento por la parte demandada, normalmente la empleadora, no presenta especial dificultad, e incluso podría presumirse en principio a la vista de la comunicación directa a la empresa por parte del INSS, establecida por el RD 1060/2022. Mayor esfuerzo probatorio será exigible en el supuesto de que se trate de una enfermedad que no haya dado lugar a una incapacidad temporal, o de alguno de los restantes supuestos vinculados con la salud recogidos en el citado art. 2.1, como también en el caso de que se pretenda que entre en juego la discriminación por asociación o por error. Todo ello sin que, en cualquier caso, sea exigible que la empresa conozca el diagnóstico concreto, aspecto que tiene amparo en el derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 18.4 CE, STC 292/2000 - ECLI:ES:TC:2000:292); diagnóstico que asimismo está excluido de la comunicación por el INSS a la empresa regulada en el art. 7.2 RD 625/2014, el cual prevé que tal comunicación se refiera, exclusivamente, a «los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja, confirmación y alta».

Una vez queda acreditado que la empleadora conocía la concurrencia, por poner el caso, de la enfermedad de la persona trabajadora, cabe preguntarse si son exigibles pruebas o indicios adicionales para que entre en juego la inversión de la carga de la prueba que recoge el art. 30.1 Ley 15/2022, en el mismo sentido que los arts. 96.1 y 181.2 LRJS. La respuesta, a este respecto, parece que debe ser casuística[35]. Aunque el mero conocimiento por la empresa de la situación de incapacidad temporal, al tiempo de la actuación empresarial impugnada -normalmente un despido-, ha sido también calificado, por parte de la doctrina jurídica, como un indicio de discriminación «claramente débil»[36].

En mi opinión, la parte demandante debería reforzar ese elemento, no ya para activar la inversión de la carga probatoria, sino en especial para que unos indicios débiles no queden desvirtuados por los contraindicios o la justificación que pueda aportar la empresa, según veremos en el apartado siguiente.

En realidad, lo usual será que el conocimiento por la empresa de la situación de incapacidad temporal -y, por tanto, de que en la persona trabajadora concurría la circunstancia de enfermedad o condición de salud del art. 2.1 Ley 15/2022- se presente vinculado con

---

34. Como más arriba se indicó, la concurrencia de una circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 y que tal circunstancia aparezca como causa de la diferencia de trato son, en definitiva, dos exigencias distintas que comportan, para la parte actora, esfuerzos probatorios -incluso mediante la aportación de indicios- diferentes. Por lo demás, en el caso de una discriminación indirecta la consideración como causa, por ejemplo de la enfermedad, exigirá además el despliegue de una actividad probatoria sobre el impacto negativo o, en expresión del art. 6.1 b) Ley 15/2022, la «desventaja particular», y de su conexión con la «disposición, criterio o práctica aparentemente neutros».

35. Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», *op. cit*., p. 33.

36. Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit*., ap. 2.2; Estos autores califican como un indicio «claramente débil» el mero hecho de que la decisión empresarial -normalmente un despido- haya tenido lugar durante una situación de incapacidad temporal que la empresa conocía; por ello señalan que, si bien constituye un indicio, no se puede «considerar como una prueba irrebatible de la existencia de discriminación».

algún indicio de carácter temporal. Bien se trate de la inmediatez o proximidad entre la decisión impugnada y el inicio de la situación de incapacidad temporal, bien de la prolongada o recurrente situación de incapacidad temporal de la persona trabajadora. Dicho en otros términos, el arco de indicios temporales que pueden entrar en juego van, desde un período de incapacidad temporal breve y distante de la decisión empresarial que se combate (*indicio temporal débil*), hasta una situación de incapacidad temporal prolongada y/o recurrente -próxima ya al supuesto de enfermedad asimilable a discapacidad- en la cual se encuentre incursa la persona trabajadora al tiempo de la actuación empresarial impugnada. Entre ambos extremos, pueden articularse, como indicios o contraindicios, la mayor o menor duración del período de incapacidad temporal, así como la mayor o menor proximidad del inicio de la incapacidad temporal con la actuación empresarial controvertida. Lo relevante, en definitiva, es apreciar que el elemento temporal siempre estará presente -como indicio o contraindicio- en un supuesto de tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, pues tal circunstancia, en sí misma considerada, siempre tiene una dimensión temporal.

A este respecto, en la práctica jurisdiccional inaugurada tras la Ley 15/2022 no han faltado pronunciamientos que han valorado, como indicio de discriminación, la proximidad temporal entre el inicio de la situación de incapacidad temporal y la decisión empresarial -un despido-. Así, por ejemplo, la STSJ de Canarias de 27 de julio de 2023 (rec.: 355/2023 – ECLI:ES:TJSICAN:2023:2290) consideró como indicio de discriminación, entre otros, el que el despido -formalmente disciplinario, pero alegando la empresa que la causa era «no ser ya necesario el puesto de trabajo»- se acordase «inmediatamente después de manifestarse la enfermedad del trabajador», habiéndose iniciado el proceso de incapacidad temporal el 20 de junio de 2022, y siendo comunicado el despido el 14 de julio de ese mismo año. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla la Mancha de 6 de julio de 2023 (rec.: 413/2023 – ECLI:ES:TSJCLM:2023:1879), en un supuesto en el cual se tomó como indicio de discriminación el que la trabajadora había celebrado un contrato temporal el 1 de junio de 2022, iniciando un proceso de incapacidad temporal el 13 de junio, y siendo despedida el 28 de junio. Ambos supuestos vendrían a ser, en definitiva, indicios de un despido reactivo al inicio de la incapacidad temporal, y, por tanto, discriminatorio.

También se ha tomado por un indicio de discriminación, en la STSJ de Asturias de 23 de mayo de 2023 (rec.: 598/2023 – ECLI:ES:TSJAS:2023:1207), el inicio de un proceso de incapacidad temporal -con una «previsible duración media»- que continuaba al tiempo de la comunicación de la extinción de la relación laboral, algo más de dos meses después de la baja médica. Un supuesto en el cual parece que el indicio vendría a ser, no ya la proximidad entre la baja médica y el despido, sino la persistencia de la situación de incapacidad temporal.

Aunque, todo hay que decirlo, no parece estar del todo claro en la práctica jurisdiccional si, más allá de los supuestos de una decisión empresarial más o menos próxima y reactiva a la baja médica, la persistencia, no especialmente prolongada, de un proceso de incapacidad temporal ha de jugar como indicio o como contraindicio de discriminación. En este último sentido, la STSJ de Castilla León de 17 de julio de 2023 (rec.: 1066/2023 – ECLI:ES:TSJCL:2023:2941), donde se consideró que no concurría ningún indicio de discriminación por enfermedad, en un supuesto en el cual el trabajador había iniciado la incapacidad temporal el 10 de marzo de 2022, siendo despedido el 18 de agosto de 2022, indicando la sentencia que la correlación de fechas no era constitutiva de indicio

alguno, pues «la baja médica se inicio calificada como de corta duración, sin que por otro lado se constate que aquel [el trabajador] hubiese estado en otras situaciones incapacitantes para el trabajo».

A la vista de lo indicado, los supuestos más claros de *indicio temporal* de discriminación por enfermedad serían, por un lado, aquellos en donde la decisión empresarial es reactiva, o más o menos inmediata, al inicio de la incapacidad temporal. Y, por otro lado, también aquellos donde la duración del período de incapacidad temporal sea prolongada, de hecho o previsiblemente, casos que se aproximarían al terreno de la enfermedad asimilable a discapacidad trazado por el TJUE. Pero fuera de esos dos supuestos más extremos, lo cierto es que los casos donde la actuación empresarial o el despido no es reactivo ni más o menos inmediato a la baja médica, y donde tampoco concurre una larga duración de hecho o previsible de la incapacidad temporal, se mueven en el terreno de la ambigüedad al efecto de ser tomados en consideración como indicio o contraindicio. En un despido no próximo ni inmediato al inicio de una baja médica, y en el cual el período de incapacidad temporal no sea de larga duración, tanto parece un argumento razonable entender que el despido viene motivado por la enfermedad -una vez descartada por la empresa una breve duración de la misma-, como tomar como contraindicio de discriminación el que la empresa no haya actuado de manera reactiva y más o menos inmediata a la baja médica. Seguramente, en tales casos, lo decisivo será el nivel de justificación de su actuación que sea capaz de articular la empresa.

En cualquier caso, los indicios vinculados con la duración de la incapacidad temporal ponen ya de relieve que la mayor o menor gravedad de la enfermedad sí puede tener cierta relevancia en aras de la tutela discriminatoria, y del éxito de la misma. Una duración de la enfermedad más prolongada de hecho o previsiblemente, y por tanto con un período de incapacidad temporal más largo, puede ser un indicio favorable en orden a poner de relieve que la actuación empresarial -por ejemplo, un despido- trae causa o viene motivada por la enfermedad de la persona trabajadora, dada su incidencia en la actividad de la empresa.

Lo relevante, en mi opinión, es entender que la mayor o menor gravedad de la enfermedad no es, en sentido estricto, un requisito para que concurra la correspondiente circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022. Pero sí puede jugar como indicio -o contraindicio- en aras de mostrar como plausible que la enfermedad, a la vista de la relevancia que tal circunstancia tiene para la empleadora, fue la causa o el motivo de la diferencia de trato o actuación impugnada, y por tanto existe una discriminación.

Y ese papel que puede jugar la mayor o menor entidad de la enfermedad -como indicio o contraindicio que conecte o desconecte a título de causa la enfermedad con la actuación impugnada- no aparece sólo en relación al elemento temporal de la enfermedad, sino también respecto de su mayor o menor incidencia en la actividad de la empresa o, por ejemplo, en relación a la presencia de otras incapacidades temporales en el resto de la plantilla.

Así, por ejemplo, en la práctica jurisdiccional se ha valorado, como contraindicio, el «ser una baja de corta duración y sin que conste que obedece a una causa especialmente grave que pudiera llevar a una actuación de esa índole al empresario» -STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (rec.: 118/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:4970)-.

Asimismo, se ha considerado como contraindicio de discriminación que «tampoco consta que durante la vigencia de la relación laboral se hubieran producido circunstancias que, por causa de la enfermedad o de su tratamiento, hubieran afectado al desempeño del trabajo», en un caso en el que, además, la empresa ya conocía la enfermedad de la trabajadora cuando fue contratada, y donde la misma «no ha estado en situación de incapacidad temporal a lo largo de la vigencia de la relación laboral, ni en concreto lo estaba, ni se acreditó que fuera previsible que lo estuviese, en el momento de la comunicación del despido» -STSJ de Galicia de 8 de junio de 2023 (rec.: 1527/2023) – ECLI:ES:TSJGAL:2023:4199)-.

O también se ha valorado, como contraindicio de discriminación, «que la empresa tiene a otros tres trabajadores en la misma situación que la actora (períodos cortos de IT durante su período de prueba) que siguen prestando servicios»[37] -STSJ de Madrid de 17 de julio de 2023 (rec.: 289/2023 – ECLI:ES:TJSM:2023:89819)-.

En definitiva, la mayor o menor entidad de una enfermedad (no desde el punto de vista clínico ni en sí misma considerada, pero sí en atención a su duración, y en general a su repercusión en el desempeño y en la actividad de la empresa, o dada la presencia de períodos de incapacidad temporal de otras personas trabajadoras) ha sido valorada a efectos de establecer los indicios y contraindicios de discriminación, de acuerdo con el art. 30.1 Ley 15/2022 y con los arts. 96.1 y 181.2 LRJS; y, en concreto, para determinar si la enfermedad aparece, de modo indiciario, como la causa o el motivo de la diferencia de trato o de la decisión empresarial impugnada. La mayor o menor gravedad o entidad de la enfermedad sólo tendría relevancia a los efectos de proporcionar indicios -o en su caso contraindicios- que tornen plausible afirmar que la enfermedad fue la causa o el motivo de la actuación -por ejemplo, un despido- impugnada en el procedimiento judicial.

4. La justificación en la tutela discriminatoria por enfermedad

Llegados a este punto, sólo resta por concretar brevemente en qué medida la Ley 15/2022 limita las justificaciones que la parte demandada -la empleadora usualmente- puede aportar para cumplir con la carga de la prueba que le impone el art. 30.1 Ley 15/2022, y, por tanto, para que no prospere la tutela antidiscriminatoria pretendida por la persona trabajadora.

Como se indicó en el apartado segundo, la prohibición de una diferencia de trato en la Ley 15/2022, viene supeditada a que no se ofrezca una justificación suficiente[38]. La carga de acreditar tal justificación corre por cuenta de la parte demandada, de acuerdo

37. A este respecto, también cabría sostener que la existencia de una situación de incapacidad temporal en otras personas trabajadoras de la empresa juegue como indicio de discriminación. Así «si se acredita la existencia de una práctica empresarial de despedir a aquellas personas trabajadoras que entran en incapacidad temporal (conexión comparativa)». Lousada Arochena, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», *op. cit*., ap. 2.2.

38. Lo que se justifica es la diferencia de trato, y no la discriminación. En cierta medida, según lo visto en el apartado segundo, cabe afirmar que si hay justificación de la diferencia de trato no hay discriminación, pues no se cumpliría la condición (3) señalada.

con el art. 30.1 Ley 15/2022, que en este sentido señala que «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», en la línea de los arts. 96.1 y 181.2 LRJS.

Ahora bien, la Ley 15/2022 establece, en distintos artículos, diferentes supuestos de justificación. Así, en especial, en los arts. 2.2, 2.3 y 4.2. A la vista de ello, podemos diferenciar, dentro de las posiciones que puede tomar la parte demandada en un procedimiento donde se pretenda la tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, las siguientes:

1. En primer lugar, cabe que la parte demandada proceda a la *desactivación de la tutela antidiscriminatoria* negando y acreditando que no concurre una condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022. En el caso de discriminación por enfermedad que nos ocupa, esta posibilidad resulta poco probable, una vez que la enfermedad haya dado lugar a un proceso de incapacidad temporal.

2. En segundo lugar (*contraindicios* o *justificación por desconexión*), la parte demandada, normalmente la empleadora, puede aportar contraindicios que desbaraten los indicios que, aportados por la parte demandante, apuntarían a la conexión causal entre la enfermedad y la decisión empresarial o la diferencia de trato impugnada. En realidad, esta posibilidad -como la anterior- no conforma, en sentido estricto, una justificación en relación con la diferencia de trato impugnada. Sea como fuere, la parte demandada tiene la posibilidad de aportar todo tipo de contraindicios, en relación a los mismos extremos ya referidos en el apartado anterior en cuanto a la prueba por indicios de la parte actora. Es decir, la empleadora podrá aportar contraindicios en torno a la falta de proximidad temporal entre la situación de incapacidad temporal y la decisión impugnada; o respecto de su escasa significación (por su corta duración, por la levedad de la dolencia, etc) y mínima repercusión en la actividad de la persona trabajadora o de la empresa. Asimismo, como más arriba vimos, podrá aportar contraindicios relativos a la incidencia de la enfermedad o de los períodos de incapacidad temporal en otros trabajadores/as, para hacer ver que, no obstante encontrarse otros integrantes de la plantilla en situación de incapacidad temporal, no han sido, por ejemplo, despedidos. Pero, sin duda, el contraindicio más relevante a la hora de determinar la desconexión causal, entre la enfermedad y la decisión empresarial impugnada, será la acreditación de que tal decisión ya estaba tomada o se había sopesado seriamente -aunque en su caso no hubiera sido comunicada- antes del inicio del período de incapacidad temporal y del conocimiento de la enfermedad por la empleadora.

3. En tercer lugar (*justificación por causa alternativa suficiente*), la parte demandada podrá acreditar una causa alternativa, distinta de la circunstancia de enfermedad, para la diferencia de trato controvertida. Este supuesto cabe entenderlo incluido en la previsión general del art. 2.2 Ley 15/2022, en tanto dispone que:

> *«No obstante lo previsto en el apartado anterior, y de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley, podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las*

personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad»

Tal art. 2.2 Ley 15/2022 incluye en realidad distintos supuestos de justificación. En primer lugar, aquel en que los «criterios» para la diferencia de trato sean razonables y objetivos, y distintos de los contemplados en el art. 2.1, y por tanto no constitutivos de causa de discriminación. Es decir, el supuesto en que se pruebe una causa suficiente y alternativa a la enfermedad, o a la circunstancia del art. 2.1 invocada. Segundo, aquellos otros en que la diferencia de trato tenga causa en alguna de las circunstancias del art 2.1 y, no obstante ello, sea justificable, que sería, en sentido estricto, el supuesto del art. 4.2 al que también remite el citado art. 2.2, y que abordaremos más abajo. Tercero, los casos en que exista una previsión normativa expresa, como es el caso del art. 6 de la Directiva 2000/78 en relación a diferencias de trato justificadas por motivos de edad; o el art. 2.5 de esa misma Directiva (medidas establecidas en la «legislación nacional» que sean «necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos»), referido a todas las causas de discriminación incluidas en su ámbito de aplicación. Y, cuarto, el art. 2.2 Ley 15/2022 parece también aludir, en su último inciso, a los «ajustes razonables» y a las «medidas de acción positiva», aunque estos -contemplados en los arts. 6.1 a) y 6.7- no son, en sentido estricto, supuestos de justificación de una diferencia de trato, sino de ausencia de un trato desigual[39].

A este respecto, la más relevante usualmente será la primera de las posibilidades señaladas, que pasa porque la parte demandada intente acreditar que la diferencia de trato o la actuación impugnada no trae causa de la enfermedad -o de la circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 cuya concurrencia esté establecida-, sino de otras circunstancias suficientes y por completo ajenas a las previstas en el citado art. 2.1[40].

En relación con ello, si se trata de una decisión empresarial en la cual las causas vengan normativamente reguladas -un despido, una modificación sustancial, etc-, lo exigible no es que la empresa acredite por completo una causa que determine la procedencia

39. En tales casos, no habría una diferencia de trato o un trato desigual, sino un trato en aras de la igualdad, con fundamento justamente en la igual dignidad de las personas afectadas.

40. Por completo ajenas, pues en el caso de la llamada «pluricausalidad», es decir, concurriendo la causa de discriminación con otras que hayan podido ser acreditadas, pero que no excluyan por completo la causa de discriminación, la diferencia de trato seguirá siendo nula ex art. 26 Ley 15/2022. En este sentido, como recuerda la mejor doctrina en relación al despido impugnado por discriminatorio: «No se admite la justificación pluricausal, esto es el despido con un móvil discriminatorio y disciplinario, y no se admite porque se ha de llegar a la convicción, no de que el despido no es absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente extraño a una conducta discriminatoria o vulneradora de derecho fundamental». Lousada Arochena, José Fernando (Coord.), Cabeza Pereiro, Jaime y Núñez-Cortes Contreras, *Pilar, Igualdad y diversidad en las relaciones laborales, op. cit*., p. 353.

En relación a la pluricausalidad puede verse, entre muchas otras, la STC 135/1990 (ECLI:ES:TC:1990:135). En la misma se subraya que lo que ha de acreditarse es la existencia de «causas suficientes, reales y serias […] que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias (STC 104/1987). En resumen, el órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputados al trabajador, además de tener realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador; y el órgano judicial debe calificar dichos hechos "como ajenos a todo propósito discriminatorio" (STC 114/1989)».

(despido) o la justificación (de una modificación del art. 41 ET, por ejemplo), sino que, en principio, bastaría con que acreditase hechos relativos a esa causa alternativa de modo que, aún dada la insuficiencia de la misma, se excluya todo móvil discriminatorio[41]. De modo que, por ejemplo, el despido de una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal, no sólo puede ser declarado *nulo* -si se aporta un panorama indiciario no desvirtuado que apunte a la enfermedad como causa-; o *procedente* -si se aporta una causa para el despido que vuelve por completo extraño el móvil discriminatorio-; sino también *improcedente*, por ejemplo en el caso de que no se hayan cumplido los requisitos formales o no se acredite una causa de despido, pero sí hechos que desvirtúen el panorama indiciario de discriminación[42].

---

41. A este respecto, me parece de especial relevancia, por su claridad al deslindar el plano constitucional del plano de la legalidad ordinaria a la hora de decidir sobre la tutela antidiscriminatoria, la STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2022 (rec.: 5781/2022 – ECLI:ES:TSJGAL:2022:8350), la cual paso a citar por extenso, dado su interés:

> *«Al respecto, resulta oportuno precisar que, cuando concurren en una misma situación de hecho causas disciplinarias e indicios de vulneración de derechos fundamentales, "(se) ha de llegar a la convicción, no de que el despido no es absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente extraño a una conducta antisindical, de modo que pueda estimarse que, aún puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímilmente, en todo caso por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable, desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial" (STC 104/1987, de 17 de junio, sobre libertad sindical, aunque su doctrina resulta ser extensible a los demás derechos fundamentales).*
>
> De este modo, aparenta irrelevante en el plano constitucional la intensidad en la acreditación del móvil disciplinario según la legalidad ordinaria, que permite hablar de *despido pluricausal de intensidad mínima (la empresa se limita a invocar su poder disciplinario legal), media (la empresa acredita hechos sancionables, pero insuficientes para el despido) y máxima (la empresa acredita hechos suficientes para justificar el despido). Y es que, como la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria operan en planos diferentes, tanto es posible un despido improcedente no discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales como es posible un despido procedente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales. Ahora bien, el grado de intensidad en la acreditación del móvil disciplinario sí tiene cierta relevancia constitucional en la medida en que la fuerza de convicción del indicio o del principio de prueba se debilita o refuerza según ese grado de intensidad. Y es que, aunque la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria operan en planos diferentes, la experiencia demuestra que, en línea de tendencia, un despido improcedente presenta una más alta probabilidad de ser discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, mientras que un despido procedente presenta una más baja probabilidad de ser discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales.*
>
> *Esto es, "la acreditación plena del incumplimiento contractual* habilitante del despido permite entender, en principio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios" (STC 41/2006, de 13 febrero), aunque "la declaración de procedencia del despido no permite descartar -en todo caso y sin excepción- que este sea lesivo de derechos fundamentales" (STC 138/2006, de 8 de mayo). Y lo mismo se podría decir en el sentido opuesto de que la no acreditación de una causa de despido permite entender, en principio y como regla general, la existencia de discriminación o lesión de derechos fundamentales, pero sin poder descartar la inexistencia en todo caso y sin excepción de discriminación o lesión de derechos fundamentales.»

42. Otra cuestión es si, en el procedimiento de despido en el cual se insta la tutela antidiscriminatoria, la parte demandada queda limitada para desvirtuar los indicios de discriminación por la previsión del art. 105.2 LRJS («Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido»). En sentido favorable a esa tesis, *vid*.: Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», *op. cit*., p. 33. En un sentido contrario, que parece admitir, a efectos de desvirtuar los indicios de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales, el desbordamiento del límite del art. 105.2 LRJS, *vid*.: STSJ de Galicia de 8 de junio de 2023 (rec.: 1527/2023 – ECLI:ES:TSJGAL:2023:4199), donde se admite la posibilidad de que, aunque se hubiese reconocido la improcedencia del despido en la carta, la «empresa demandada puede defenderse alegando la existencia de una causa de despido con la finalidad de ser absuelta del alegato de vulneración de derechos fundamentales».

Por lo demás, si la decisión empresarial que se impugna entra dentro del llamado *ius variandi* empresarial, el cual en principio no exige la explicitación de una causa, la existencia de un panorama indiciario de discriminación aportado por la parte actora sí exigirá a la demandada, de acuerdo con los arts. 30.1 Ley 15/2022 y 96.1 y 181.2 LRJS, que aporte una justificación suficiente para su decisión que desvincule la misma de la enfermedad, o de la condición o circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 de que se trate[43].

4. En cuarto lugar (*justificación en sentido estricto*), cabe también la posibilidad de que la parte demandada admita que la causa de la diferencia de trato o de la actuación impugnada es la enfermedad, y no obstante ello pretenda acreditar una justificación. A este respecto, el supuesto general en principio sería el del art. 4.2 Ley 15/2022 («No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla»), al que remite el art. 2.2.

El art. 4.2 -salvo que un régimen jurídico más favorable en relación a alguna causa de discriminación lo impida, *ex* arts. 3.2 y 7 Ley 15/2022[44]- abre la puerta a que se justifique una diferencia de trato «basada en alguna de las causas previstas» en el art. 2.1 Ley

En mi opinión, en principio cabría defender la posibilidad de rebasar los límites del art. 105.2 LRJS, al amparo del art. 96.1 y 181.2 LRJS, y del art. 30.1 Ley 15/2022, que imponen a la parte demandada la carga de acreditar, en su caso, una justificación en los términos que tales artículos prevén. Si bien tal posibilidad tendría por efecto, únicamente, desvirtuar el panorama indiciario de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales, y por tanto sólo el efecto de excluir un pronunciamiento de nulidad y abrir la posibilidad de la declaración de improcedencia del despido. Lo que no cabría en ningún caso -por operar el límite del art. 105.2 LRJS- es que el despido sea declarado procedente en virtud de la acreditación de una causa no expresada en la carta. Todo ello guarda relación con la distinción entre el plano constitucional y de legalidad ordinaria en la tutela antidiscriminatoria y frente a la vulneración de derechos fundamentales, en los términos que explica la STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2022, citada por extenso en una nota anterior. Ahora bien, es cierto que, a partir de la Ley 15/2022 y en aplicación de su artículo 7 párrafo segundo («cuando se presenten diferentes interpretaciones se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes»), acaso habría que acoger una interpretación extensiva del art. 105.2 LRJS, que limitase también la posibilidad de justificaciones del despido no recogidas en la carta aunque sólo se articulen con la mera finalidad de desvirtuar un panorama indiciario de discriminación y excluir la calificación de nulidad.

43. Esta es una cuestión resuelta ya de antiguo por la jurisprudencia. A este respecto, entre muchas otras, puede verse la STC 120/2006 (ECLI:ES:TC:2006:120), donde se recordaba, en relación a la carga de la prueba del empresario demandado para desvirtuar la concurrencia de indicios en supuestos de discriminación y vulneración de derechos fundamentales, que: «Hemos afirmado en ese sentido que la carga probatoria incumbe al empresario también en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, pues ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a derechos fundamentales del trabajador (por todas, SSTC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 7; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 7, y 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6)».

44. Lousada Arochena, José Fernando, «Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la Ley 15/2022», *op. cit*., ap. 5.1. Ahí el citado autor señala que las «excepciones» del art. 2.2 en relación con el 4.2 Ley 15/2022 no afectan al régimen establecido en la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), y en el art. 28 de la Ley 62/2003, en relación con la discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Todo ello dado que, de acuerdo con los arts. 3.2 y 7 Ley 15/2022, sería más favorable el régimen específico previsto en las citadas normas, que no permite la justificación de la discriminación directa -a diferencia de la indirecta tal como aparece definida- a salvo de «las cláusulas de buena fe» y de «las excepciones habilitadas en la Directiva 2000/78, y solo estas».

15/2022, «por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado par alcanzarla». El art. 4.2 parece que está remitiendo al clásico triple test constitucional de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en el supuesto de injerencia o afectación de un derecho fundamental[45].

Pero tal art. 4.2, en mi opinión, no sería directamente aplicable en el supuesto de discriminación por enfermedad, pues en tal caso jugaría el art. 2.3 Ley 15/2022, que establece de manera meridiana 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». Es decir, el art. 2.3 parece excluir cualquier diferencia de trato por razón de enfermedad fuera de los tres supuestos que refiere; y, por tanto, excluiría la posibilidad de una justificación de la diferencia de trato por razón de enfermedad en aplicación directa del art. 4.2.

Con otras palabras, a la vista del art. 2.3 citado, la empresa demandada en un supuesto de tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad podrá articular su defensa negando la concurrencia de la circunstancia de enfermedad -número 1) del presente apartado (*desactivación de la tutela antidiscriminatoria*)-; también podrá aportar contraindicios respecto del panorama indiciario de discriminación o una justificación por desconexión, esto es, acreditar hechos de los cuales quepa deducir que la diferencia de trato no está conectada con la enfermedad -número 2) de este apartado (*contraindicios o justificación por desconexión*)-; o acreditar una causa alternativa a la enfermedad que de modo suficiente justifique la diferencia de trato o la actuación impugnada, excluyendo toda causa o móvil discriminatorio -número 3) de este apartado (*justificación por causa alternativa suficiente*)-. Y, por último, la parte demandada podrá, en tales supuestos de tutela antidiscriminatoria por enfermedad, una vez se hayan acreditado por la demandante indicios suficientes de discriminación, intentar justificar la diferencia de trato sin negar que la causa es la enfermedad (*justificación en sentido estricto*). Pero en tal caso no podrá acudir al supuesto general del art. 4.2 Ley 15/2022, sino al más restrictivo art. 2.3, previsto *ad hoc* para la diferencia de trato por razón de enfermedad. Este art. 2.3, en realidad, parece ser una concreción normativa del art. 4.2, pues, tanto en uno como en otro precepto, la

---

45. Al respecto del triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en la jurisprudencia del TC, puede verse la STC 39/2016 (ECLI:ES:TC:2016:39), donde se recuerda:

> *«En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8]».*

Por lo demás, en cuanto a la construcción de una argumentación jurídica en torno a las exigencias de idoneidad, necesidad y, en especial, proporcionalidad en sentido estricto, como un caso este último de argumentación basada en la ponderación de principios, puede verse el ya clásico: Alexy, Robert, «La fórmula del peso», en: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 2ª ed, pp. 349-374.

diferencia de trato no se desconecta de las circunstancias del art. 2.1, si bien el art. 2.3 regula específicamente los supuestos en que la causa es la enfermedad.

Dicho esto, quedan por hacer dos precisiones.

En primer lugar, que el art. 2.3 Ley 15/2022 se refiere de modo exclusivo a la enfermedad. Por tanto, en los demás supuestos del art. 2.1 sí sería aplicable directamente el art. 4.2 Ley 15/2022, a salvo de aquellos casos en que exista un régimen jurídico más favorable en garantía de la no discriminación (arts. 3.2 y 7)[46].

En segundo lugar, en mi opinión el art. 2.3, a la vista de los tres supuestos que contempla, con carácter general parece de difícil aplicación para justificar diferencias de trato por razón de enfermedad que consistan en un despido. Pues las particularidades derivadas del tratamiento de la enfermedad, de las limitaciones que imponga, o de las exigencias de salud pública -supuestos del art. 2.3-, en principio serían temporales en tanto causadas por una enfermedad, y por tanto abordables a través de la incapacidad temporal, y no mediante un despido. Además, si tales circunstancias del art. 2.3 se entendiesen de larga duración, se entraría en el ámbito de la discapacidad, y, por ello, sería ya aplicable la obligación de ajustes razonables. Cuestión distinta, claro está, es que el art. 2.3 sí parezca tener virtualidad aplicativa en el caso de otras diferencias de trato distintas de un despido (por ejemplo, las del art. 25.1 LPRL).

Sea como fuere, si se pretendiese amparar un despido en alguno de los supuestos del art. 2.3 Ley 15/2022, en tanto se trataría de una excepción a la prohibición de una diferencia de trato por razón de enfermedad, debería someterse a las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto aplicables, según la jurisprudencia, a cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (STC 39/2016, citada en nota previa). En este sentido, las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad del art. 4.2 Ley 15/2022, vendrían a ser también aplicables a las tres excepciones del art. 2.3, pues este último es una concreción normativa en relación con la regla general del art. 4.2.

Por lo demás, cabe plantearse el problema de la relación entre el citado art. 2.3 Ley 15/2022 y la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del art. 52 a) ET. En relación con este supuesto de despido por causas objetivas se ha entendido que, entre otros casos: «Se puede relacionar con una disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador o con la ausencia o disminución de facultades, condiciones, destrezas y otros recursos personales necesarios para el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia» -STS de 23 de febrero de 2022 (rec.: 3259/2020 – ECLI:ES:TS:2022:1015)[47]-. Pero tales circunstancias determinantes de la ineptitud sobrevenida, en los términos antes citados, parece que deberían tener carácter prolongado o previsiblemente permanente agotada la incapacidad temporal[48], y, por tanto, caerían en muchas ocasiones ya dentro de la enfermedad asimilable a discapacidad, con la consiguiente obligación de ajustes razonables. Además, existe doctrina de suplicación «que

46. Según se señaló en una nota anterior, tal sería el caso, por ejemplo, de los arts. 2.5 y 6 de la Directiva 2000/78.

47. No está de más recordar que la citada STS de 23 de febrero de 2022 entendió que, para acreditar la ineptitud sobrevenida como causa de extinción de un contrato de trabajo al amparo del art. 52 a) ET, no era suficiente la calificación de la persona trabajadora como no apta por el servicio de prevención.

supedita la calificación de procedencia del despido por ineptitud a que la empresa haya agotado las posibilidades de adecuación del puesto de trabajo y, de no ser posible, de recolocación en otro puesto vacante», al amparo de los arts. 14.1, 15.1 d) y 25.1 LPRL[49].

En todo caso, en cualquier despido vinculado con alguna de las circunstancias del art. 2.1 Ley 15/2022 -enfermedad, condición de salud, discapacidad, etc-, y que se pretendiera encajar en el art. 52 a) ET, en su caso en relación con el art. 2.3 Ley 15/2022, si finalmente se entiende que no se ha acreditado suficientemente la ineptitud sobrevenida como causa de despido, entonces la extinción del contrato parece que deberá ser declarada nula por discriminatoria[50].

---

48. En cuanto a los requisitos para una extinción por ineptitud sobrevenida del art. 52 a) ET, puede verse la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2021 (rec.: 4198/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:1011) y la STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2020 (rec.: 146/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:2119), que señalan:

> *«En consecuencia, estos casos de despido objetivo, la ineptitud debe venir referida a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc. Así, los requisitos de la ineptitud serían los siguientes: 1) ha de ser verdadera y no disimulada; 2) general, es decir, referida al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos; 3) de cierto grado, esto es, ha de determinar una aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión; 4) referida al trabajador y no debida a los medios materiales o el medio de trabajo; 5) permanente y no meramente circunstancial; 6) y afectante a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos, requisitos a los que se añade la incidencia de los mandatos de la LRPL, pues el empresario ha de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y en función de las evaluaciones de los riesgos, debe adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias; insistiéndose en que todos estos mandatos no son meras admoniciones teóricas o programáticas, sino normas legales imperativas de ineludible aplicación».*

49. Cordero Gordillo, Vanessa, «El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales, Vol. 13, nº 1, 2023, p. 22. A este respecto, la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2021, citada en la nota precedente, señaló con referencia a una resolución anterior de la misma Sala que, en supuestos de despido por ineptitud sobrevenida, concurre una previa obligación de adaptación del puesto y, en su caso, incluso de recolocación, al amparo de la LPRL:

> *«Tal como hemos declarado en la Sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 2020 [RSU 146/2020] "[…] En cualquier caso, si la ineptitud del trabajador puede corregirse adecuando el trabajo a sus características personales, estado biológico o discapacidad, incluyendo en su caso eventuales movilidades funcionales o geográficas, o a través de una modificación de condiciones de trabajo, no estaremos propiamente ante una "ineptitud del trabajador" en los términos del artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores, pues el trabajador será apto siempre que se haya adaptado el trabajo a su persona. La norma no exige al trabajador ninguna acreditación específica. El artículo 25 de la LPRL otorga a aquellos trabajadores que puedan ser tildados de especialmente sensibles frente a determinados riesgos tal consideración por el mero hecho de presentar unas propias características personales, sin más abalorios».*

50. A este respecto, *vid*.: Gordo González, Luis, «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo», *op. cit*., p. 117. Por otro lado, Goñi Sein sostiene que, al amparo de la expresión «limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades», como excepción que puede amparar diferencias de trato por razón de enfermedad con el art. 2.3 Ley 15/2022, cabría incluir la extinción del contrato «si concurriesen en el supuesto limitaciones objetivas que impidan al trabajador realizar las funciones esenciales del puesto», utilizando a tal efecto el concepto de «funciones esenciales del puesto de trabajo», empleado por la STJUE de 10 de febrero de 2022 (HR Rail, C-485/20 -ECLI:EU:C:2022:85). Aunque el citado autor parece excluir las situaciones de incapacidad temporal de menor duración y entidad. *Vid*.: Goñi Sein, José Luis, «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad», *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1, diciembre 2022, pp. 20-22.

En definitiva, el régimen de justificaciones a que puede apelar la parte demandada en los supuestos de tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, de acuerdo con la carga probatoria que le impone el art. 30.1 Ley 15/2022 -en consonancia con el art. 96.1 y 181.2 LRJS-, es muy variado. Pero, en todo caso, más restringido, a la vista del art. 2.3 Ley 15/2022, que en otras causas de discriminación a las cuales pueda ser de plena aplicación el art. 4.2 Ley 15/2022.

5. Conclusiones

De lo hasta aquí expuesto, cabe extraer algunas sucintas conclusiones. Las mismas deben tenerse por provisionales, pues, respecto de la discriminación por enfermedad al amparo de la Ley 15/2022, la aplicación en la práctica jurisdiccional todavía está dando sus primeros pasos, sin que, por el momento, el Tribunal Supremo se haya pronunciado en relación a los extremos más problemáticos de la nueva regulación.

No obstante ello, a la vista del contenido de la Ley 15/2022, de la doctrina jurídica y de las resoluciones dictadas en suplicación, puede resumidamente sostenerse, en relación a la discriminación por enfermedad, que:

Primero. La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha supuesto un cambio de paradigma al recoger, de manera autónoma y sin especiales adjetivaciones, la enfermedad como posible causa de discriminación.

Segundo. Lo que ha de resultar de la prueba en un procedimiento judicial, en aras de la estimación de la tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad, es justamente la concurrencia de los elementos que conforman el núcleo normativo de la prohibición de discriminación: una diferencia de trato, que no requerirá necesariamente un término de comparación (*vid.:* nota 11); una circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022 -en nuestro caso, la enfermedad-; que tal circunstancia aparezca indiciariamente como causa de la diferencia de trato; y la ausencia de una justificación.

Tercero. De acuerdo con el art. 30.1 Ley 15/2022, y en consonancia con los arts. 96.1 y 181.2 LRJS, a la parte actora le corresponderá, en primer lugar, la carga de acreditar que concurre la circunstancia de enfermedad del art. 2.1 Ley 15/2022. Extremo que en sí mismo no debería resultar por lo general controvertido, en tanto venga respaldado por un procedimiento de incapacidad temporal, que además, desde el RD 1060/2022, es comunicado de forma directa y casi inmediata por el INSS a la empresa.

Cuarto. Más allá de la enfermedad como posible causa de discriminación, la Ley 15/2022 recoge, en el art. 2.1, otros supuestos vinculados con la salud -«condición de salud», «estado serológico» y «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos»- que pueden funcionar como causas de discriminación. A ello se suma que tales circunstancias pueden ser consideradas causas de discriminación incluso por una «apreciación incorrecta» (*discriminación por error*, art. 6.2 b); o si concurren en una persona que tenga especial relación con el trabajador/a (*discriminación por asociación*, art. 6.2 a). El alcance potencial de la tutela antidiscriminatoria por razón de la (mala) salud de la persona trabajadora presenta, por tanto, unos contornos muy amplios.

Quinto. Acreditada la concurrencia de la enfermedad -o de otra de las circunstancias del art. 2.1-, la parte actora deberá aportar indicios fundados sobre la existencia de discriminación (art. 30.1 Ley 15/2022, en relación con los arts. 96.1 y 181.2 LRJS). Tales indicios han de conectar, a título de causa, la enfermedad -o la circunstancia del art. 2.1 de que se trate- con el trato discriminatorio o la actuación empresarial impugnada. A tal efecto, los indicios más básicos serán, en primer lugar, el conocimiento por el empleador, o por la persona a la cual se imputa la discriminación, de la concurrencia de la enfermedad o de la circunstancia del art. 2.1 Ley 15/2022. El conocimiento por la empleadora, en principio, no debería ser problemático en caso de que se haya cursado una incapacidad temporal, y podría presumirse a la vista de la comunicación por el INSS prácticamente inmediata y directa, que establece el RD 1060/2022. Un segundo grupo de indicios básicos estarán vinculados con la dimensión temporal de la enfermedad. En concreto, con su duración y con la coincidencia, inmediatez o proximidad entre la situación de incapacidad temporal determinada por la enfermedad y la diferencia de trato o la actuación empresarial impugnada. De esta forma, por ejemplo, si tras un largo período de incapacidad temporal se despide a la persona trabajadora a los pocos días o semanas de emitirse el alta médica, parece que habría un indicio temporal de discriminación. En todo caso, los indicios vinculados con la dimensión temporal de la enfermedad que pueden presentarse son muy variados.

Sexto. Dentro del panorama indiciario de discriminación que la parte actora ha de aportar, la mayor o menor entidad de una enfermedad (no desde el punto de vista clínico ni en sí misma considerada, pero sí en atención a su duración, y en general a su repercusión en el desempeño y en la actividad de la empresa, o dada la presencia de períodos de incapacidad temporal de otras personas trabajadoras) ha sido valorada en la práctica jurisdiccional a efectos de establecer indicios -o en su caso contraindicios- de discriminación, de acuerdo con el art. 30.1 Ley 15/2022 y con los arts. 96.1 y 181.2 LRJS; y, en concreto, para determinar si la enfermedad aparece, de modo indiciario, como la causa o el motivo de la diferencia de trato o de la decisión empresarial impugnada. La mayor o menor gravedad o entidad de la enfermedad sólo tendría relevancia a los efectos de proporcionar indicios -o en su caso contraindicios- que tornen plausible afirmar que la enfermedad fue la causa o el motivo de la actuación -por ejemplo, un despido- impugnada en el procedimiento judicial.

Séptimo. Aportado por la parte actora el panorama indiciario de discriminación por enfermedad, la empresa demandada podrá articular su defensa principalmente:

1. Negando la concurrencia de la circunstancia de enfermedad (*desactivación de la tutela antidiscriminatoria*).

2. También podrá aportar contraindicios respecto del panorama indiciario de discriminación o una justificación por desconexión. Esto es, la demandada puede acreditar hechos de los cuales quepa deducir que la diferencia de trato o la actuación empresarial no está conectada con la enfermedad. Por ejemplo, por cuanto la decisión empresarial de despedir fue previa al conocimiento de la incapacidad temporal (*contraindicios o justificación por desconexión*).

3. Asimismo, la demandada puede acreditar una causa alternativa a la enfermedad que, de modo suficiente, justifique la diferencia de trato o la actuación impugnada, excluyendo toda causa o móvil discriminatorio (*justificación por causa alternativa suficiente*).

4. Y, por último, la parte demandada podrá, en tales supuestos de tutela antidiscriminatoria por enfermedad, una vez se hayan acreditado por la demandante indicios suficientes de discriminación, intentar justificar la diferencia de trato sin negar que la causa es la enfermedad (*justificación en sentido estricto*). En tal caso parece que no podrá acudir al supuesto general del art. 4.2 Ley 15/2022, sino al más restrictivo art. 2.3, previsto *ad hoc* para la diferencia de trato por razón de enfermedad.

Octavo. En cuanto al supuesto estándar de tutela antidiscriminatoria por enfermedad, esto es, la que se insta frente al despido de una persona trabajadora que está o ha estado en situación de incapacidad temporal, puede darse, según las circunstancias, cualquiera de las tres calificaciones del despido: *Nulo* -si se aporta por la parte actora un panorama indiciario no desvirtuado que apunte a la enfermedad como causa-; *procedente* -si se aporta por la demandada una causa para el despido que vuelva por completo extraño el móvil discriminatorio, y siempre que, además, se hayan cumplido los requisitos formales de tal despido-; o *improcedente* -en el caso de que no se hayan cumplido los requisitos formales o no se acredite una causa de despido, pero sí hechos que desvirtúen el panorama indiciario de discriminación-.

Bibliografía

AGUSTÍ MARAGALL, Joan «La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: El fin de la anomalía», *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 235, julio 2022, pp. 5-20.

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y Judiciales)», Jurisdicción Social. *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 243, abril 2023, pp. 18-36.

ALEXY, Robert, «La fórmula del peso», en: ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 2ª ed, pp. 349-374.

ÁLVAREZ DEL CUBILLO, Antonio, «La Ley integral para la igualdad: Un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución», *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 165, 2022, pp. 87-120.

CAPELLA, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008.

CORDERO GORDILLO, Vanessa, «El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 13, nº 1, 2023, pp. 1-27.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, 2 vols., 3ª ed., FCE, México D. F., 2015. Trad.: Juan José Utrilla.

FOUCAULT, Michel, *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, 2ª ed., Siglo XXI editores, México D. F., 2015. Trad.: Francisca Perujo.

GARCÍA SALAS, Ana Isabel, «Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, 2023, pp. 66-85.

GOÑI SEIN, José Luis, «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad», *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1, diciembre 2022, pp. 5-27.

GORDO GONZÁLEZ, Luis, «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, 2023, pp. 103-121.

HART, H.L.A., «The Adscription of Responsability and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, Issue 1, 1 June 1949, pp. 171-194.

LÓPEZ HORMEÑO, María del Carmen, «Los despidos de los trabajadores en situación de baja médica: ¿nulidad o improcedencia?», *Diario La Ley*, nº 10288, Sección Tribuna, 17 de mayo de 2023.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la Ley 15/2022», ponencia impartida el 28-9-23 en las *XXXIII Jornadas Catalanes de Dret Social* [facilitada por el autor].

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (Coord.), Cabeza Pereiro, Jaime y Núñez-Cortes Contreras, Pilar, *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, «La enfermedad como causa de discriminación», 2023, pendiente de publicación en la *Revista de Derecho Laboral*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (Uruguay) [facilitada por el coautor].

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, «Los contornos de la discriminación», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº 5, 2022, pp. 19-27.

VON WRIGHT, Henrik G., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970. Trad.: Pedro García Ferrero.

ARTÍCULOS

Por un derecho laboral decente

Antonio Seoane García

Exmagistrado

Resulta extraordinariamente significativo que, tras casi cincuenta años de democracia, el marco normativo laboral español sea sustancialmente el mismo del franquismo, parcheado por aquí y por allá, pero sustancialmente el mismo. Y en algunos aspectos, empeorado. Endurecido en favor de los empresarios y en contra de los trabajadores. Esa es la conclusión vital que experimento al cesar en mi actividad como laboralista tras su ejercicio durante veintitrés años como Abogado y otros tantos como Juez de lo Social. Desde la atalaya de mi reciente jubilación.

Y tras ella, el reconocimiento del fracaso del movimiento laboralista, iniciado a fines de los sesenta y principios de los setenta del pasado siglo y que tenía como fin inmediato proporcionar una defensa jurídica a los trabajadores y mediata de conseguir un marco normativo decente, como fundamento de unas relaciones laborales igualmente decentes. Un frente de combate por los derechos de los trabajadores al que orgulloso me incorporé. El fracaso de este movimiento es mi propio fracaso.

Por derecho laboral franquista entiendo una realidad compleja de instituciones administrativas (Ministerio de Trabajo, Sindicatos verticales -la Confederación de Empresarios Nacional Sindicalistas CENS y la Confederación de Obreros Nacional Sindicalistas CONS-, el Instituto Nacional de Previsión, las Mutualidades Laborales, las Escuelas de Graduados Sociales, etc.) y judiciales (las Magistraturas de Trabajo y el Tribunal Central de Trabajo, como jurisdicción especial). Todos ellos enmarcados y tutelados por el Ministerio de Trabajo, área que durante la Dictadura se reservó al sector “obrerista” de la Falange. La principal característica de esta amalgama era el paternalismo que podría definirse en términos de que el obrero siempre tenía razón a condición de que la cuestión debatida

no fuera importante. Supuesto en que, obviamente, dejaba de tenerla. En ese marco, la legalidad venía constituida por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y las Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo y las sucesivas Leyes de Procedimiento Laboral.

La democracia no ha sido especialmente generosa con los trabajadores de este país. Antes al contrario, la legitimidad democrática ha sido utilizada en el marco de la guerra ideológica al servico de los intereses empresariales. Como los cangrejos hemos ido para atrás. En muchos aspectos. En alguno tan crucial como la regulación del Despido y la Extinción contractual, hemos retrocedido claramente. Y de ello han sido partícipes naturalmente los gobiernos de derechas que convirtieron las crisis continuas y destacadamente la de 2009, auténtica traca final, en un experimento de ultracapitatalismo friedmanniano. Lo que se nos ha ocultado miserablemente. No en vano Rajoy fue nuestro Miley con motosierra, aunque no la exhibiera. Pero también los gobiernos progresistas que bien se sometieron a las exigencias exteriores de "liberalizar" el mercado reduciendo derechos y costes o bien han asumido reformas laborales meramente cosméticas, como la del actual gobierno de coalición. Una auténtica reformita laboral, de la Srta. Pepis, de juguete, que ni ha abordado las pérdidas de derechos históricas ni ha tocado el modelo. Como tuve ocasión de criticar en su momento se ha convertido a los temporales en fijos y a los temporeros a tiempo parcial en fijos discontinuos manteniendo indemnizaciones "no adecuadas" por despido que desvirtúan cualquier otro derecho. Porque esta es la cuestión radical: para el empresariado sigue siendo más barato despedir que cumplir las obligaciones laborales. La reformita ha confundido temporalidad y precariedad. Sin negar un avance relativo ¿de qué le sirve pasar de trabajar a tiempo parcial en sentido vertical a ser fijo discontinuo si el objeto del contrato sigue siendo la duración de las Rebajas del Corte ingles, pongamos por caso? Incluso pierde la indemnización aparejada a la terminación de los contratos temporales. Nadie ha estado a la altura de las exigencias históricas. Nadie ha cuestionado los valores inmanentes en el ordenamiento laboral franquista. Y ahí seguimos, presos de una trayectoria histórica inmovilista.

La acción sindical, siempre benéfica, ha creado el pernicioso efecto de escindir a los trabajadores en trabajadores de primera y de segunda y en contribuir, aun sin querer, a escindir el Derecho del Trabajo en un Derecho para pobres (derechos básicos, smi, jornadas interminables, alta precariedad y altos niveles de destrucción de los derechos pasivos, inaccesibilidad a la jurisdicción, favorecimiento de la insolvencia y el impago empresarial, Fogasa presente en todos los juicios y bajísima tasa de afiliación) y un Derecho laboral para ricos (con condiciones laborales mejoradas, Convenios colectivos que mejoran el marco legal, alta tasa de afiliación y representación sindical, liberados sindicales, bonus, ERES millonarios, prejubilaciones, convenios especiales con la Seguridad Social, pensiones máximas, etc). Se han convertido en instrumentos del desarrollo desigual propio de sistema. Y lo peor de todo, la nueva aristocracia obrera es posible gracias a la precariedad del resto de los trabajadores.

Naturalmente que ha habido cambios, pero estos o han sido prácticamente irrelevantes o han sido asimilados e integrados por el sistema, pervertidos en definitiva. Me refiero a los derechos vinculados a la conciliación de la vida personal y familiar que no dejan de ser derechos de ejercicio ocasional y cuyo coste ni siquiera asumen los empresarios ya que ha sido trasladados al Sistema Público de Seguridad Social. O los derechos constitucionales cuya violación debe ser resarcida teóricamente de manera íntegra. Lo que finalmente ha venido a justificar que los derechos ordinarios, de menos calidad (¿?),

puedan ser indemnizados por debajo de ese umbral. El Tribunal Constitucional al tiempo de resolver las cuestiones de constitucionalidad suscitadas a propósito de la Reforma Laboral de 2012 llegó a concluir de manera bárbara que el principio de indemnidad resarcitoria no rige en materia de Despido. Con un par.

La evolución de la doctrina sobre los derechos fundamentales, una de las novedades democráticas, ha sido desigual. A la aparente facilidad a la hora de estimar la concurrencia de vulneración, especialmente cuando el infractor es el Estado o las Administraciones Públicas y mayor dificultad cuando se trata de empleadores privados, se une la racanería indemnizatoria hasta el punto que resultan estimuladoras o cuando menos frivolizadoras del incumplimiento de los deberes constitucionales. No sólo se incumple generalizadamente el establecimiento de indemnizaciones adicionales para la desincentivación de las vulneraciones (indemnizaciones punitivas), a pesar del tenor legal de la norma, sino que el principio de resarcimiento íntegro tiende a la no integridad por imponer a la víctima rígidos deberes alegatorios y probatorios que rinden finalmente insatisfactorias las indemnizaciones que se establecen. Más aún se ha procedido a una invasión prácticamente discrecional de la facultad judicial de establecer las indemnizaciones, que corresponde a los Juzgados de instancia, por los TSJ y aún por el TS que actúan como el Gran Hermano que vigila que los Juzgados no perjudiquen los intereses empresariales en la fijación de indemnizaciones. En este contexto, el despido discriminatorio por embarazo, por razón de sexo, raza o cualquiera de los otros criterios abiertos del art. 14 CE resulta baratísimo. Más desde que la Sala 4ª del TS acaba de "derogar" (¿?) la doctrina constitucional que establecía en Sentencia de que fue Ponente Doña Emilia Casas Baamonde que la protección de la mujer embarazada era una protección objetiva y nos ha llevado a la situación previa en que corresponde la alegación y prueba de la vulneración a la trabajadora. De manera incomprensible porque el TS, como el resto de los Juzgados y Tribunales de Justicia, está vinculado a la doctrina constitucional. La Sala 4ª en su actual composición además, con vulneración de cualquier regla jurídica, está estableciendo indemnizaciones tasadas en supuestos variados (complemento demográfico de la jubilación, daños y perjuicios a la integridad física de los médicos de los Servicios Públicos de Salud por exceso de carga de trabajo), hurtando la competencia a los Juzgados e impidiendo que cumplan la finalidad esencial de las mismas: reparar el perjuicio concreto e individualizado que sufre el ciudadano. De la autonomía de que gozaban los Magistrados de Trabajo, fruto de la confianza del Régimen, hemos pasado a la hiperjerarquización de los Jueces de lo Social que se traduce en la invasión de sus competencias tradicionales, la atribución de competencias a las Salas de los TSJ (despidos colectivos, conflictos colectivos, etc), y la generalización del recurso de Suplicación mediante mecanismos tan burdos como la "afectación general" o la transformación de infracciones de ley, no revisables en asuntos de menor cuantía, en quebrantamientos de forma, revisables en cualquier caso. De la autonomía al celoso control. Curioso que las reglas de confianza en los jueces de instancia, se hayan diluido en el régimen democrático. Máxime cuando precisamente la inmensa mayoría de los jueces que integran el orden social no se caracteriza precisamente por su progresismo y carácter pro operario.

Y también se constatan importantes reformas a peor. Es ejemplar, la evolución del despido nulo y de los salarios de tramitación que han convertido ambos institutos, esenciales en un marco normativo decente, en especies en extinción. Se ha expandido el despido improcedente con unas normas que no resisten la menor racionalidad. Barato. Generalizado hasta el punto de que la nulidad del despido se reserva con exclusividad para los

supuestos de vulneración de derechos fundamentales. Que deja en manos del empresario, incumplidor injusto del contrato de trabajo, el contenido de su propia condena mediante la opción por readmitir o indemnizar. Que generaliza el cumplimiento especifico de las obligaciones contractuales (la readmisión), en favor del cumplimiento sustitutorio (la indemnización), que debería ser excepcional…La guinda viene constituida por la asunción por el Estado de los salarios de tramitación (lucro cesante) que superan los noventa días desde la presentación de la demanda judicial derivados de los Despidos improcedentes en que el empleador opta por la readmisión. Que los impuestos de los ciudadanos financien despidos ilegales es algo sin precedentes en contextos democráticos.

Pero, reitero, sustancialmente seguimos con el marco de la Dictadura. Las instituciones que crearon las normas franquistas y a veces los Magistrados de Trabajo franquistas ante el vacío de normas, que hoy tanto tonto nostálgico añora, siguen ahí, y no precisamente de cuerpo presente. Instituciones procesales que vulneran el art. 24 de la CE como la caducidad de la acción impugnatoria del despido, de la extinción, de las sanciones laborales, de las modificaciones sustanciales, la inexistencia de tramite de contestación a la demanda que favorece la defensa sorpresiva del empleador que irrumpe en el juicio verbal como elefante en cacharrería, etc. O instituciones materiales, como el despido improcedente o "injustito", el despido tácito, la práctica derogación de las excedencias laborales en muchos supuestos, la diferenciación entre conceptos salariales y no salariales, la diferenciación entre cuota obrera y cuota empresarial a la seguridad social, del cálculo tradicional de las pagas extras, el principio de la indivisibilidad de la confianza del empleador con el que se justifica el despido procedente, lean gratuito "del tó", el obrero que consume o hurta un yogourt…

El concepto de "trabajo decente" ha sido desarrollado internacionalmente en el marco de los tratados internacionales y he de confesar que me gusta. Me gusta porque introduce una valoración moral, llámenla como quieran, de los condiciones y los marcos laborales. Y porque viene a dar en los morros del cantamañanismo histórico que hemos debido soportar en este país que rechazaba cualquier valoración crítica de las normas que se sucedían, normalmente mediante Reformas laborales que reducían el patrimonio jurídico de los trabajadores. Llamo cantamañanas a todos aquellos, muchos de ellos jueces ilustres de altos Tribunales normalmente implicados en la interpretación de las normas que siempre han dado soporte a que estas puedan ser interpretadas pero nunca valoradas. A eso le llaman ideología, cuando la verdadera ideología es su posición acrítica que soporta el status quo. Con olvido de que esos valores morales en realidad son principios generales del derecho positivo internacional y que no solo deben inspirar el ordenamiento jurídico sino que lo invalidan cuando los contradice. Me refiero a todos aquellos que hacen trampas para no aplicar los derechos y valores constitucionales, la Carta Social Europea o los Tratados de la OIT. Aquellos que reducen el análisis de las normas y las instituciones a su exégesis gramatical. En realidad, no les necesitamos porque a estas alturas todos sabemos leer. Y mejor que ellos, porque además de la líneas hay que leer entre ellas y hasta en el reverso del papel.

Hablar de trabajo decente significa no olvidar que la prestación de servicios en régimen laboral debe superar la esclavitud y la servidumbre. Y todavía quedan trazas de ambas cosas en nuestro ordenamiento…Abordaré la cuestión en sucesivos artículos, pero ¿a nadie que abra el Marca no se le caen los palos del sombrajo al comprobar como se habla de compraventa de futbolistas por clubes, fondos de inversión, etc, cesiones, tras-

pasos, cláusulas milmillonarias para impedir el ejercicio de la libertad del trabajador a la hora de prestar o no prestar sus servicios o elegir a su empleador? ¿Que haya cesiones ilegales de mano de obra y que en muchas de ellas ni siquiera el cedente y el cesionario sean empleadores? ¿A nadie la extraña que haya convenios para deportistas hombres y diferenciadamente para deportistas mujeres? ¿que hayan salarios mínimos en Convenios diferenciados para hombres y para mujeres futbolistas?. O que en las sucesiones de empresa o las subrogaciones empresariales el trabajador, como los antiguos siervos, "vaya" con la empresa como un mueble o una patente a la nueva titular? ¿Que se haya convertido una "garantía legal" en una obligación, de un activo patrimonial del trabajador en un deber, un pasivo patrimonial, en casos, oneroso?

Hablar de trabajo decente implica reivindicar el contrato de trabajo y la libertad e igualdad formal que caracteriza la posición de las partes en un contrato de verdad. Junto al contenido publificado. El contrato de trabajo marca la diferencia entre la prestación de servicios por cuenta ajena laboral y la prestación esclavista, servil o la prestación laboral obligatoria. Ahí reside la libertad. En el reconocimiento del trabajador como sujeto. Pues bien es hoy la hora de reivindicar el contrato de trabajo y el Código civil porque la libertad del trabajador se contrae a firmar el contrato de trabajo, a acceder a la condición de asalariado. A partir de ese momento, su empleador puede modificar las prestaciones, las del trabajador y las suyas propias, puede sancionar al trabajador y sobre todo puede extinguir unilateralmente el contrato de trabajo incluso injustamente satisfaciendo una indemnización tasada que no compensa, ni pretende compensar, los daños y perjuicios que tal incumplimiento contractual ocasiona al trabajador. Algo impensable en el marco de la Teoría General de las Obligaciones y Contratos. El contrato de trabajo no es tal, es un pseudocontrato, un monstruo…

Resulta muy difícil sostener que el Derecho del trabajo sea hoy un sistema de garantías democráticas para el trabajador y no un mero instrumento de dominación.

Accede a todas nuestros números a través de la web

ESTATAL, UNIÓN EUROPEA Y AUTONÓMICA

Legislación

ESTATAL

Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024. Ir a texto

Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024. Ir a texto

Real Decreto 158/2024, de 8 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 890/2023, de 27 de noviembre, por el que se aprueba la estructura de la Presidencia del Gobierno. Ir a texto

Orden INT/67/2024, de 29 de enero, por la que se modifica la Orden INT/26/2021, de 15 de enero, por la que se establecen las normas específicas para la clasificación y provisión de destinos en la Guardia Civil. Ir a texto

UNIÓN EUROPEA

Decisión (UE) 2024/461 del Banco Central Europeo, de 29 de enero de 2024, sobre la presentación por las autoridades nacionales competentes al Banco Central Europeo de información

sobre remuneraciones, brecha salarial de género, ratios más elevadas aprobados y personas con mayores ingresos a efectos de evaluación comparativa (BCE /2024/2). Ir a texto

Decisión (UE) 2024/593 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de febrero de 2024, por la que se faculta a Francia para negociar un acuerdo bilateral con Argelia en materia de cooperación judicial en materia civil y mercantil. Ir a texto

Decisión (UE) 2024/592 del Consejo, de 23 de enero de 2024, por la que se faculta a Francia para negociar un acuerdo bilateral con Argelia en materia de cooperación judicial en materia civil relacionada con el Derecho de familia. Ir a texto

Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 177/2021, de 11 de junio de 2021, por la que se modifica el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, legislación laboral e igualdad de trato entre hombres y mujeres) del Acuerdo EEE [2024/169]. Ir a texto

Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 178/2021, de 11 de junio de 2021, por la que se modifica el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, legislación laboral e igualdad de trato entre hombres y mujeres) del Acuerdo EEE [2024/170]. Ir a texto

Decisión de Ejecución (UE) 2024/588 de la Comisión, de 6 de febrero de 2024, sobre la solicitud de registro, de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de la iniciativa ciudadana europea denominada Iniciativa Europea sobre Cannabis. Ir a texto

Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 188/2021, de 30 de junio de 2021, por la que se modifica el anexo V (libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE [2024/179]. Ir a texto

Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 187/2021, de 30 de junio de 2021, por la que se modifica el anexo V (libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE [2024/180]. Ir a texto

Decisión (UE) 2024/414 del Consejo, de 21 de diciembre de 2023, sobre la firma, en nombre de la Unión Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los efectos internacionales de la compraventa judicial de buques, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 7 diciembre 2022. Ir a texto

AUTONÓMICA

Andalucía

Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía. Ir a texto

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Secretaría General del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 1/2024, de 8 de enero, por el que se modifican diversos decretos por los que se establece el marco regulador de las ayudas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales a empresas. Ir a texto

Illes Balears

Resolució de la consellera de Famílies i Afers Socials per la qual se sotmet al tràmit d'informació pública el Projecte de decret del Consell de Cooperació de les Illes Balears. Ir a texto

Ley 12/2023, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2024. Ir a texto

Cantabria

DECRETO 6/2024, de 25 de enero, del Presidente, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Presidencia del Gobierno. Ir a texto

Castilla La Mancha

Ley 11/2023, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2024. Ir a texto

Castilla y León

LEY 1/2024, de 8 de febrero, de apoyo al proyecto de vida de las personas con discapacidad en Castilla y León. Ir a texto

ORDEN FAM/63/2024, de 31 de enero, por la que se aprueba el programa permanente de investigación e innovación en materia de servicios sociales de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Ir a texto

Catalunya

LLEI 2/2024, del 6 de febrer, de modificació de la Llei 21/2000, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica. Ir a texto

Decreto-ley 4/2023, de 19 de diciembre, de necesidades financieras del sector público en prórroga presupuestaria y de medidas en el ámbito de la reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa. Ir a texto

DECRET 30/2024, de 30 de gener, de modificació del Decret 156/2014, de 25 de novembre, del Consell de la Discapacitat de Catalunya. Ir a texto

ACORD GOV/26/2024, de 30 de gener, pel qual s'aprova el Protocol d'intervenció per gestionar la diversitat per raó d'identitat de gènere a l'Administració de la Generalitat de Catalunya. Ir a texto

Extremadura

Ley 1/2024, de 5 de febrero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2024. Ir a texto

Galicia

DECRETO 19/2024, do 1 de febreiro, polo que se establecen axudas sociais de carácter extraordinario a favor de pensionistas de xubilación e invalidez na súa modalidade non contributiva, a favor de persoas perceptoras das pensións do Fondo de Asistencia Social e das persoas beneficiarias do subsidio de garantía de ingresos mínimos. Ir a texto

La Rioja

Ley 2/2024, de 7 de febrero, de bonificación del impuesto sobre sucesiones y donaciones. Ir a texto

Decreto 7/2024, de 20 de febrero, por el que se regulan los usos y accesos a la historia clínica en el Sistema Público de Salud de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Ir a texto

Murcia

Resolución de 17 enero de 2024 de la Directora General del Servicio Regional de Empleo y Formación por la que se somete a información pública y audiencia de los interesados el Proyecto de Decreto por el que se regula la calificación e inscripción de los centros especiales de empleo en el Registro de Centros Especiales de Empleo de la Región de Murcia. Ir a texto

Navarra

LEY FORAL 1/2024, de 7 de febrero, de Cuentas Generales de Navarra de 2022. Ir a texto

DECRETO FORAL 13/2024, de 7 de febrero, por el que se aprueban los estatutos del Organismo Autónomo Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare. Ir a texto

ORDEN FORAL 24/2024, de 14 de febrero, de la consejera de Derechos Sociales, Economía Social y Empleo por la que se desarrolla la estructura del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare a niveles de negociados y unidades inferiores a sección. Ir a texto

DECRETO FORAL 8/2024, de 31 de enero, por el que se crea y regula el Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de la Comunidad Foral de Navarra (CEIm-NA). Ir a texto

Euskadi

LEY 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático. Ir a texto

Valencia

DECRETO 16/2024, de 30 de enero, del Consell, de modificación del Decreto 131/2023, de 10 de agosto, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la Presidencia de la Generalitat. [2024/817]. Ir a texto

ESTATAL Y AUTONÓMICA

Negociación colectiva

ESTATAL

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unedisa Comunicaciones, SL. Ir a texto

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de revisión salarial de los años 2021, 2022 y 2023, y tablas salariales definitivas de 2023 del Convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos. Ir a texto

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo de Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, SAU (Personal de oficinas). Ir a texto

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo de Santa Bárbara Sistemas, SA. Ir a texto

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la modificación del VIII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio). Ir a texto

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, relativa al III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center. Ir a texto

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, relativa al Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia Líneas Aéreas de España, SA, Operadora S. Unipersonal. Ir a texto

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de revisión salarial para 2024 del Convenio colectivo del sector de grandes almacenes. Ir a texto

Resolución de 5 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Otis Mobility, SA. Ir a texto

Resolución de 5 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU. Ir a texto

Resolución de 5 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de industrias de ferralla 2023-2024. Ir a texto

Resolución de 5 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la revisión salarial de los años 2021, 2022 y 2023 del XX Convenio colectivo general de la industria química. Ir a texto

AUTONÓMICA

Andalucía

Resolución de 24 de enero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se procede a la publicación del acuerdo parcial del VII Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. Ir a texto

Resolución de 31 de enero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se procede a la publicación del acuerdo de prórroga del Convenio Colectivo de la Confederacion Sindical Comisiones Obreras Andalucía. Ir a texto

Aragón

RESOLUCIÓN de 5 de febrero de 2024, del Director General de Trabajo, por la que se anuncia la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo de 12 de diciembre de 2023, de la Comisión Paritaria del VIII Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ir a texto

Asturias

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Consejería de Ciencia, Empresas, Formación y Empleo, por la que se ordena la inscripción de modificación del convenio colectivo de sector Convenio Colectivo Regional de Trabajo para las Empresas y Trabajadores de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia en el Principado de Asturias, en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad de la Dirección General de Empleo y Asuntos Laborales. [Cód. 2024-01490]. Ir a texto

Resolución de 30 de enero de 2024, de la Consejería de Ciencia, Empresas, Formación y Empleo, por la que se ordena la inscripción de la tabla salarial para el año 2024 del convenio colectivo de sector Empresas de Prótesis Dental del Principado de Asturias, en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad de la Dirección General de Empleo y Asuntos Laborales. [Cód. 2024-00966]. Ir a texto

Resolución de 30 de enero de 2024, de la Consejería de Ciencia, Empresas, Formación y Empleo, por la que se ordena la inscripción de la tabla salarial definitiva para el año 2023 y la tabla salarial provisional para el año 2024, del convenio colectivo de sector Comercio en General del Principado de Asturias, en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad de la Dirección General de Empleo y Asuntos Laborales. [Cód. 2024-00968]. Ir a texto

Resolución de 15 de enero de 2024, de la Consejería de Ciencia, Empresas, Formación y Empleo, por la que se ordena la inscripción del Acuerdo Interprofesional para la creación y regulación de las/los delegadas/os territoriales de prevención en el Principado de Asturias para el año 2024, en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad dependiente de la Dirección General de Empleo y Asuntos Laborales. Ir a texto

Resolución de 25 de enero de 2024, de la Consejería de Ciencia, Empresas, Formación y Empleo, por la que se ordena la inscripción de la tabla salarial definitiva para el año 2023 del convenio colectivo de sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias, en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad de la Dirección General de Empleo y Asuntos Laborales. [Cód. 2024-00821]. Ir a texto

Resolución de 25 de enero de 2024, de la Consejería de Ciencia, Empresas, Formación y Empleo, por la que se ordena la inscripción del Acuerdo Interprofesional para la creación y regulación de las/os Agentes Delegadas/os de Igualdad en el Principado de Asturias para el año 2024, en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad dependiente de la Dirección General de Empleo y Asuntos Laborales. [Cód. 2024-00820]. Ir a texto

Illes Balears

Resolució del conseller d'Empresa, Ocupació i Energia per la qual es disposa la inscripció i dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears del Conveni col·lectiu de l'Empresa Municipal Aguas y Alcantarillado, S.A. i la seva publicació en el Butlletí Oficial de les Illes Balears (codi de conveni 07000281011982). Ir a texto

Resolució del conseller d'Empresa, Ocupació i Energia per la qual es disposa la inscripció i dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius, Acords Col·lectius de Treball i Plans d'Igualtat de les Illes Balears de l'Acta d'aprovació del calendari laboral per a l'any 2024 del Conveni col·lectiu del sector de la Indústria de la Fusta i del Moble de les Illes Balears (codi de conveni 07000495011981). Ir a texto

Cantabria

Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del acuerdo suscrito el 26 de enero de 2024, por la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, por el que se aprueba la revisión de las tablas salariales del año 2023, así como las tablas salariales para el año 2024. Ir a texto

Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del acuerdo suscrito por la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el sector del Comercio de Almacenistas de Coloniales de Cantabria, el 31 de enero de 2024, por el que se aprueban las tablas salariales definitivas para el año 2023. Ir a texto

Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del acuerdo suscrito por la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el sector del Comercio de Almacenistas de Coloniales de Cantabria, el 31 de enero de 2024, por el que se aprueban las tablas salariales provisionales para el año 2024. Ir a texto

Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del acuerdo suscrito por la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del sector del Comercio de Detallistas de Alimentación de Cantabria, el 1 de febrero de 2024, por el que se acuerda efectuar la actualización de las tablas salariales para el año 2024. Ir a texto

Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del acuerdo suscrito por la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el sector de la Segunda Transformación de la Madera de Cantabria, el 26 de Enero de 2024, por el que se aprueban las tablas salariales y horas extras para el año 2024 y se determina el Modelo de Calendario Laboral para el citado año 2024. Ir a texto

Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del acuerdo suscrito por la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el sector de Aserradores y Almacenistas de Madera de Cantabria, por el que se determina la tabla salarial, horas extras para 2024 y el modelo de calendario laboral para el citado año. Ir a texto

Castilla y León

RESOLUCIÓN de 2 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales, por la que se dispone la inscripción en el Registro Central de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo, y la publicación, del convenio colectivo de la empresa «Sociedad Pública de Infraestructuras y Medio Ambiente de Castilla y León, S.A. (SOMACYL)». Ir a texto

RESOLUCIÓN de 8 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales, por la que se dispone la inscripción en el Registro Central de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo, y la publicación del acuerdo de la comisión paritaria del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de esta, con el código de convenio 78000262012003. Ir a texto

Catalunya

RESOLUCIÓ EMT/392/2024, d'1 de febrer, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'acord de revisió salarial per a l'any 2023 del Conveni col·lectiu autonòmic de Catalunya del sector de l'atenció a la gent gran (GERCAT). Ir a texto

RESOLUCIÓ EMT/393/2024, de 4 de febrer, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord parcial de la Comissió negociadora del Conveni col·lectiu únic d'àmbit de Catalunya del personal laboral de la Generalitat de Catalunya, relatiu a la creació del complement de coordinació del personal tècnic especialista, operador de control amb complement de cap de sala del Centre de Control de Túnels de la Generalitat de Catalunya. Ir a texto

RESOLUCIÓ EMT/410/2024, de 25 de gener, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del X Conveni col·lectiu de treball de Catalunya de residències, centres de dia i llars residències per a l'atenció de persones amb discapacitat intel·lectual (codi de conveni núm. 79001195011996). Ir a texto

RESOLUCIÓ EMT/417/2024, de 4 de febrer, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord parcial de la Comissió Negociadora del Conveni col·lectiu únic d'àmbit de Catalunya del personal laboral de la Generalitat de Catalunya, relatiu a la creació de dos complements de lloc en relació amb la categoria C1 tècnic/a especialista –inspector de ports i costes (codi de conveni núm. 79000692011994). Ir a texto

RESOLUCIÓ EMT/164/2024, de 9 de gener, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord de la Mesa Negociadora relatiu a l'increment de les taules salarials per a l'any 2023 del Conveni col·lectiu de treball per al sector d'escoles d'educació especial (codi de conveni núm. 79000215011994). Ir a texto

RESOLUCIÓ EMT/165/2024, de 23 de gener, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acta de la Comissió Paritària relativa a les taules salarials de l'any 2024 del Conveni col·lectiu de treball del sector d'oficines i despatxos de Catalunya per als anys 2022-2024 (codi de conveni núm. 79000375011994). Ir a texto

Valencia

RESOLUCIÓN de 2 de febrero de 2024, del Servicio de Relaciones Laborales y Gestión de Programas, por la que se disponen el registro y la publicación del texto del acta de la comisión negociadora del Convenio colectivo para la Comunitat Valenciana del sector de actividades diversas, al objeto de proceder a la actualización de las tablas salariales. Ir a texto

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

STC 3/2024. Ir a texto

Recurso de amparo 8216-2021. Promovido por Babé y Cía., S.L., en relación con las resoluciones de las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, que inadmitieron los recursos de suplicación y casación para la unificación de doctrina. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): inadmisión del recurso de suplicación formulado en la confianza legítima de que el órgano judicial había accedido a la ampliación del plazo para la consignación de la cantidad del importe de la condena impuesta en la instancia (STC 241/2006).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL SUPREMO

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tribunal Supremo

CESION ILEGAL

STS 18-1-2024. Ir al texto

Roj: STS 205/2024 - ECLI:ES:TS:2024:205
No de Recurso: 2774/2021
No de Resolución: 73/2024
Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: Cesión ilegal: en ejecución de la sentencia que declara la existencia cesión ilegal del trabajador, pueden reclamarse diferencias salariales derivadas de su reconocimiento como personal de la cesionaria (Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix).

CLASIFICACION PROFESIONAL

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 622/2024 - ECLI:ES:TS:2024:622
No de Recurso: 2748/2022
No de Resolución: 190/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Clasificación profesional: i el demandante tiene derecho a ostentar la categoría profesional de oficial de primera, mando de brigada, y el abono del plus de mando a mes complemento por haber estado trabajando en el desempeño de la misma el tiempo legalmente establecido en el art. 39.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se cumple el tiempo de actividad del art. 39.2 del ET, para proceder al ascenso, si, en el espacio de uno o dos años, la función superior se ha desempeñado más de la mitad o de un tercio, respectivamente, del total de días trabajados en aquel marco temporal.

COMPLEMENTOS SALARIALES

STS 6-2-2024. Ir a texto

Roj: STS 750/2024 - ECLI:ES:TS:2024:750
No de Recurso: 345/2021
No de Resolución: 222/2024
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Complementos salariales: el complemento salarial denominado Nuevo Ordenamiento Laboral (NOL), que estaba regulado por el IV Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; debía abonarse mensualmente y no anualmente y, además, debía pagarse a todos los trabajadores incluidos dentro del ámbito de ese convenio colectivo.

STS 7-2-2024. Ir a texto

Roj: STS 751/2024 - ECLI:ES:TS:2024:751
No de Recurso: 442/2021
No de Resolución: 235/2024
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Complementos salariales: fecha inicial de cálculo de las diferencias salariales derivadas del complemento de antigüedad-. El planteamiento de un conflicto colectivo previo interrumpió la acción de reclamación de aquellas cantidades.

El actor solicitaba dos conceptos: el reconocimiento de la antigüedad desde 1 de julio de 1998 y las diferencias salariales en concepto de antigüedad, desde el periodo de enero de 2009 a noviembre de 2018, cantidad de 7.452,60 euros. Resulta, por tanto, evidente que existe una parcial coincidencia en el objeto de su pretensión con la que se ventilaba en el conflicto colectivo instado por la empresa ya que, en ambos casos se discutía la fecha inicial de reco-

nocimiento de la antigüedad, que, aunque hubiera estado clara, la empresa estableció una controversia sobre la misma a través de un conflicto colectivo que produjo, inevitablemente, la interrupción de las acciones individuales como la interpuesta por el actor.

CONCURSO ACREEDORES

STS 9-2-2024. Ir a texto

Roj: STS 760/2024 - ECLI:ES:TS:2024:760
No de Recurso: 3186/2021
No de Resolución: 270/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Concurso de acreedores: le incidente concursal planteado ante el juez mercantil, en impugnación de la extinción del contrato en el marco del concurso, no se encuentra caducado al tener efectos suspensivos del plazo la presentación de la demanda ante el juez de lo social que se declaró incompetente.

Consta que el 13 de agosto de 2019 se dictó auto por el juez mercantil autorizando la extinción colectiva de los contratos, siendo notificado al demandante el 3 de septiembre de 2019. Si bien la parte actora acudió a la jurisdicción social impugnando la decisión extintiva de su relación laboral, en el marco de un despido colectivo autorizado por el juez mercantil, alegando la venta de la unidad productiva a otra empresa; demanda que fue presentada frente a distintas empresas y la adquirente de la unidad productiva, ex art. 44 del ET, así como frente a FOGASA, el 9 de octubre siguiente. El Juzgado de lo Social, núm. 31 de Madrid, dictó auto el 25 de septiembre de 2020 en el que se declaró incompetente. Aunque este auto fue recurrido en reposición y antes de que éste se resolviera, presento la demanda incidental el 16 de octubre de 2020.

A la vista de ese proceder, es indudable que la sentencia recurrida debió aplicar el efecto suspensivo del proceso incoado ante la jurisdicción social desde la presentación de la demanda hasta la resolución que puso fin al procedimiento, entendiendo que ese efecto lo que provoca es que el plazo subsiste en la parte no agotada hasta ese momento.

Y a lo anterior no se opone el hecho de que en el auto de lo mercantil que autorizó la extinción colectiva de los contratos de trabajo de la concursada, indicase los acciones y recursos que podría interponerse por los afectados por dicha resolución judicial ya que las previsiones del art. 5.5 de la LRJS no someten el efecto suspensivo de la caducidad de la acción a tales circunstancias ni a excepción alguna sino que, tan solo permite que el planteamiento de una acción judicial en la que ya se impugna, en este caso, la medida extintiva directamente adoptada por la concursada, no impida que esa manifestación de voluntad se pueda sostener ante el órgano judicial competente, máxime cuando, además, no se advierte fraude procesal alguno que le sea imputable a quien demanda, cuando la pretensión que articuló ante la jurisdicción social, aunque no fuera competente, lo justificaba con una posible existencia de sucesión empresarial por un tercero ajeno al concurso, como se infiere de la sentencia del TSJ de 12 de abril de 2021 que confirmó dicha incompetencia.

CONFLICTO COLECTIVO

STS 10-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 249/2024 - ECLI:ES:TS:2024:249
No de Recurso: 3605/2022
No de Resolución: 33/2024
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Conflicto colectivo: una demanda de conflicto colectivo interrumpe la prescripción respecto de la acción individual por

tutela de derechos fundamentales ejercitada por el actor. Aunque el demandante interpusiera su demanda el 19 de marzo de 2019, el plazo para la prescripción de la acción se encontraba interrumpido desde febrero de 2018, siendo firme la sentencia de conflicto el 17 de noviembre de 2020, razón por la cual la acción ejercitada no estaba prescrita.

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 381/2024 - ECLI:ES:TS:2024:381
No de Recurso: 4576/2022
No de Resolución: 196/2024
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Conflicto colectivo: eficacia interruptiva de la demanda sobre conflicto colectivo en relación con la acción individual por tutela de derechos fundamentales ejercida por la actora. Lo que se reclama en este conflicto es que se aplique el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Sevilla a todo el personal contratado al amparo de los mencionados Programas, pretensión que afecta de manera homogénea e indiferenciada a todos los trabajadores así reclutados con independencia del concreto Proyecto que haya viabilizado su ingreso. Estamos por ello ante una cuestión a resolver en el seno de un procedimiento de conflicto colectivo".

Esta relación de conexividad de la vulneración de derecho a la igualdad y la inclusión en el ámbito personal y territorial del convenio colectivo, aboca a la desestimación del recurso de casación para unificación de doctrina, en tanto que, habiéndose presentado la demanda el 23 de junio de 2021 el plazo para la prescripción de la acción se encontraba interrumpido desde febrero de 2018, siendo firme la sentencia de conflicto colectivo el 17 de noviembre de 2020, razón por la cual la acción ejercitada no estaba prescrita.

CONTRATOS TEMPORALES

STS 23-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 299/2024 - ECLI:ES:TS:2024:299
No de Recurso: 2981/2022
No de Resolución: 87/2024
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Despido objetivo: a fecha de antigüedad del trabajador a efectos del cálculo de la indemnización por despido en un supuesto de sucesión de contratos temporales en fraude de ley entre los que se ha producido una interrupción de tres meses y dieciocho días.

La interrupción de 3 meses y dieciocho días producida en mitad de una larga cadena contractual no constituye, a la vista de los descritos hechos, una interrupción suficientemente significativa, capacitada para romper la unidad del vínculo, puesto que, si la actividad de la demandante ha sido siempre la misma y en las mismas o muy similares condiciones, tratándose de una actividad normal y permanente de la entidad demandada, resultando especialmente significativo que en la mayoría de los contratos temporales haya constado el mismo objeto, relativo a trabajos de pintura, sin mayor especificación, incumpliendo la exigencia de que el contrato para obra o servicio determinado especifique e identifique, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto. En definitiva, nos encontramos ante una acusada prolongación en el tiempo de una situación ilegal, que minora la relevancia de la interrupción contractual apreciada por la sentencia recurrida ya que la misma se revela como intrascendente en relación a la consideración de la existencia de un solo vínculo contractual enmascarado a través de múltiples contratos temporales celebrados en fraude de ley.

CONTRATO DE TRABAJO

STS 24-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 318/2024 - ECLI:ES:TS:2024:318
No de Recurso: 2392/2022
No de Resolución: 100/2024
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Contrato de trabajo: naturaleza aboral de la relación de una persona que, bajo la fórmula de un contrato mercantil, prestaba servicios para la entidad demandada -una agencia de seguros-, consistentes, básicamente, en el cobro domiciliario de recibos.

La relación no es mercantil porque no tiene por objeto una actividad de mediación entre los tomadores de seguros y las entidades aseguradoras, sino que el trabajo concertado es, destacadamente, con carácter principal el relativo al cobro de recibos, aunque con carácter complementario se desarrollen otras tareas (aclaración de dudas, gestión de incidencias en pólizas vigentes y suscripción de otros productos con los mismos clientes -es decir, con los afectados por el cobro-, sus familiares o vecinos). No se trata de una actividad de mediación de seguros que con carácter instrumental atienda a tareas de cobro, sino de una actividad fundamental de cobro que se completa con otras labores secundarias, entre las que ocasionalmente puede darse la suscripción de algún producto en el círculo de los afectados por el cobro y otras personas relacionadas con ellos. En esas condiciones, rigen plenamente las exigencias que se derivan de los artículos 1.1 y 8.1 ET, de suerte que la relación hay que calificarla de laboral cuando los requisitos inherentes a la misma aparecen, como ocurre en este caso, con claridad y nitidez.

COSTAS

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 608/2024 - ECLI:ES:TS:2024:608
No de Recurso: 1392/2021
No de Resolución: 177/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen Costas procede la imposición de costas a la parte demandada, en un proceso en el que se impugna la decisión de la administración autonómica en materia de determinación del grado de discapacidad.

Las entidades gestoras de la seguridad social son las únicas que tienen reconocida la justicia gratuita y éstas se identifican con las que el legislador ha señalado y denominado como tal, no siendo posible que se otorgue la misma condición a otros organismos aunque actúan en el mismo marco competencial que aquellas, por virtud de los servicios transferidos, y aunque lo sea en materia que, en parte, pueda estar conectada con el sistema de prestaciones de seguridad social.

Esto es, cuando se resuelve por los órganos competentes de las comunidades autónomas similar cuestión como la que aquí nos ocupa, de reconocimiento de un grado de discapacidad, a los muy variados efectos que posteriormente puedan interesar los solicitantes, aquellos deberán sufragar las costas procesales no generándose tal condena en los procesos judiciales en los que se impugnan, en similar procedimiento administrativo, las resoluciones emitidas por los órganos del IMSERSO en Ceuta y Melilla. Tratamiento procesal diferente que proviene de la propia naturaleza del órgano que la ha dictado y el régimen jurídico que el legislador ha establecido.

DELEGADOS SINDICALES

STS 9-2-2024. Ir a texto

Roj: STS 759/2024 - ECLI:ES:TS:2024:759
No de Recurso: 2161/2021
No de Resolución: 269/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: delegados sindicales: la demandante ostenta el derecho a ser delegado sindical con los derechos del art. 10.3 de la LOLS. la sentencia impugnada ha ignorado que la sección sindical se ha constituido a nivel de empresa, contando que ocupa más de 250 trabajadores y, aunque no ha obtenido el 10% de los votos, tiene derecho al delegado sindical con actuación en ese ámbito.

Reitera doctrina: STS de 25 de enero de 2018, rec. 30/2017.

DESEMPLEO

STS 19-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 308/2024 - ECLI:ES:TS:2024:308
No de Recurso: 1026/2021
No de Resolución: 77/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Desempleo: procede sancionar con la extinción del subsidio por desempleo a quién ha salido del territorio nacional más de quince días y menos de noventa, sin comunicarlo al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), al no acreditarse la imposibilidad de comunicar tal salida.

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 337/2024 - ECLI:ES:TS:2024:337
No de Recurso: 4999/2022
No de Resolución: 198/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Desempleo: incompatiblidad de la prestación por desempleo reconocida a un trabajador en su modalidad de pago único con el percibo de salarios de tramitación durante un tiempo parcialmente coincidente con aquélla. Debe reintegrar el demandante al SPEE en concepto de prestaciones indebidas percibidas las cantidades correspondientes.

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 640/2024 - ECLI:ES:TS:2024:640
No de Recurso: 4525/2022
No de Resolución: 195/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES.

Resumen: Desempleo: cálculo del límite máximo de la prestación de desempleo cuando el desempleo es total, pero se produce tras la pérdida de un trabajo a tiempo parcial en relación con la cuantía máxima de la misma. Al importe de la prestación por desempleo total que debe percibir un trabajador tras la pérdida de su único empleo, a tiempo parcial, se aplica al importe máximo de las prestaciones por desempleo establecido por la ley un coeficiente reductor, relativo al trabajo a tiempo parcial, correspondiente al porcentaje que representa la jornada del trabajador a tiempo parcial en relación con la de un trabajador comparable que trabaja a tiempo completo.

Aplica doctrina: STJUE de 17 de noviembre de 2015 (asunto C-137/15).

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 642/2024 - ECLI:ES:TS:2024:642
No de Recurso: 5062/2022
No de Resolución: 200/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Desempleo: *Dies ad quem* a partir del cual se debe entender caducado el expediente sancionador incoado por el SPEE a la

actora, a los efectos de extinguir la prestación de desempleo reconocida con devolución de lo percibido por tal concepto de forma indebida. si el acta de infracción es de fecha 16 de junio de 2020, la fecha de iniciación del procedimiento es anterior a la entrada en vigor del RD 688/2021, que se produjo el 1 de enero de 2022, según su Disposición Final 2a.

Por tanto, siendo aplicable la redacción vigente con anterioridad que, como se ha visto, fijaba como *dies ad quem*, la fecha del dictado de la Resolución, el 2 de diciembre de 2002, en esa fecha no habían transcurrido los seis meses para apreciar la caducidad.

DESPIDO COLECTIVO

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 516/2024 - ECLI:ES:TS:2024:516
No de Recurso: 1044/2023
No de Resolución: 173/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Despido colectivo: despido individual en el marco de un despido colectivo. Procedencia del despido individual del demandante, en el marco de un despido colectivo sin acuerdo, negociado con los catorce trabajadores de forma conjunta,. No se estiman defectos o incumplimientos durante el periodo de consultas, consistentes en la falta de entrega de la documentación y de comunicación a la autoridad laboral a su inicio, falta de cumplimiento de los plazos exigibles entre reuniones y falta de aportación de propuestas que disminuyan el impacto de los despidos.

DESPIDO DISCIPLINARIO

STS 9-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 60/2024 - ECLI:ES:TS:2024:60
No de Recurso: 3852/2022
No de Resolución: 27/2024
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Despido disciplinario: Es procedente el despido del trabajador, conductor de camión, que fue interceptado por la Guardia Civil y que, tras los oportunos análisis, resultó positivo en THC (tetrahidrocannabinol), habiéndose procedido a la inmovilización del vehículo de la empresa en el que transportaba congelado. Es adecuada a derecho la sentencia recurrida cuando considera proporcional la medida de despido adoptada porque el actor ha consumido drogas, sabiendo que iba a conducir un camión de transporte de mercancías, lo que supone asumir un riesgo de que tal ingesta le provocase una alteración en sus condiciones y aptitudes respecto de la seguridad vial, que ha aceptado; dio positivo en un control de la Guardia Civil y el vehículo inmovilizado, lo que provocó la necesidad de trasladar otro conductor, al que se tuvo que buscar, con la pérdida de la puntualidad del servicio encomendado, deterioro de la imagen de la compañía y perturbaciones para los clientes y la empresa; y, en definitiva, aquel consumo se produce pese al conocimiento de que está absolutamente prohibido en un conductor profesional hacerlo, vulnerando la confianza que la empresa deposita en un trabajador que debe ser extremadamente cuidadoso con todos aquellos comportamientos que puedan afectar a la seguridad vial.

FOGASA

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 507/2024 - ECLI:ES:TS:2024:507
No de Recurso: 2312/2022
No de Resolución: 188/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: FOGASA: existe cosa juzgada en el caso de que el Fogasa, siendo parte en el previo procedimiento de despido, pudo alegar y no lo hizo, la existencia de salarios percibidos por el trabajador en otro empleo a los efectos de descontarlos de los salarios de trámite.

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 521/2024 - ECLI:ES:TS:2024:521
No de Recurso: 2587/2021
No de Resolución: 180/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: FOGASA, en el caso de que un trabajador haya prestado servicios para varias empresas pertenecientes al mismo grupo laboral empresarial, el límite de la responsabilidad del FOGASA, ex art. 33 Estatuto de los Trabajadores (ET) debe ser fijado teniendo en cuenta los servicios prestados previamente a una empresa del grupo para evitar que aquel pague por encima del límite legal de su responsabilidad. No puede superarse, en consecuencia, cuando nos encontramos ante una única relación laboral, bien por concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales, bien por existencia de sucesión empresarial, el "máximo" de 120 días del artículo 33.1 del ET.

IP ABSOLUTA

STS 6- 2-2024. Ir texto

Roj: STS 564/2024 - ECLI:ES:TS:2024:564
No de Recurso: 997/2021
No de Resolución: 220/2024
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Incapacidad permanente absoluta: la entidad gestora no tiene capacidad para revisar de oficio el grado de incapacidad permanente establecido antes del plazo fijado en la resolución administrativa que lo reconoció. En definitiva, se trata de interpretar el artículo 200.2 LGSS.

IP PARCIAL

STS 10-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 247/2024 - ECLI:ES:TS:2024:247
No de Recurso: 2121/2021
No de Resolución: 34/2024
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Incapacidad permanente parcial: corresponde el grado de incapacidad permanente parcial en la profesión de mecánico de vehículos, cuando pierde un ojo y conserva la plena visión del otro.

En el presente supuesto no se aprecian razones para separarse de los criterios orientadores de la escala de Wecker y del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956), que, con carácter general, consideran incapacidad parcial la perdida de la visión de un ojo si se mantiene la plena visión del otro. Al contrario de lo sucedido en los supuestos de las SSTS 23 de diciembre de 2014 (rcud 360/2014) y 731/2023, de 10 de octubre (rcud 1037/2021), no concurren aquí razones para soslayar estos criterios orientadores.

JUBILACION ANTICIPADA

STS 7-2-2024. Ir a texto

Roj: STS 755/2024 - ECLI:ES:TS:2024:755
No de Recurso: 559/2021
No de Resolución: 236/2024
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Jubilación anticipada: Según la redacción vigente antes de la Ley 21/2021,

la jubilación anticipada por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador no estaba al alcance de quienes habían extinguido su contrato como reacción frente a una MSCT (art. 41.3 ET).

LITISPENDENCIA

STS 17-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 206/2024 - ECLI:ES:TS:2024:206
No de Recurso: 660/2021
No de Resolución: 60/2024
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Litispendencia: el previo proceso contencioso administrativo, en el que se impugna el acuerdo municipal de restructuración de la plantilla de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, no causa litispendencia respecto del posterior procedimiento seguido ante la jurisdicción social, en el que se impugna el cese como jefe de Servicio.

MEJORAS VOLUNTARIAS

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 504/2024 - ECLI:ES:TS:2024:504
No de Recurso: 3467/2021
No de Resolución: 182/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Mejora voluntaria: es aplicable el plazo de retroactividad de tres meses previsto en el art. 53.1 de la LGSS en un caso de mejora voluntaria de prestación de incapacidad temporal por embarazo y de maternidad el concepto de atención continuada (guardias), al haber sido abonada por la empresa sin incluir el referido concepto.

Estamos, por tanto, en el supuesto del artículo 53 de la LGSS, lo que determina que la acción de reclamación de esa parte del derecho no estaba prescrita cuando en fecha 10 de junio de 2020, la actora interpuso la papeleta de conciliación. Los efectos económicos de dicha reclamación, sin embargo, debe retrotraerse como máximo a los tres meses anteriores a dicha solicitud, de conformidad a lo previsto en el mismo precepto legal conforme al cual: “El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”.

No obsta para lo anterior, el que nos encontremos ante una mejora voluntaria, pues como hemos señalado de forma reiterada, así en la sentencia núm. 478/2019, de 20 de junio (rcud. 53/2018), “(...) en el caso de autos resulta de aplicación la normativa de la LGSS sobre prescripción y caducidad de las prestaciones de seguridad social - que no la específica del art. 59 ET para las obligaciones empresariales de naturaleza estrictamente laboral-, toda vez que estamos en una materia atinente a mejoras voluntarias de seguridad social a la que le es aplicable el régimen jurídico de las prestaciones, pues como recuerda la STS 17/1/2011, rcud. 4468/200

PRESTACIONES SEGURIDAD SOCIAL

STS 29-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 620/2024 - ECLI:ES:TS:2024:620
No de Recurso: 1285/2022
No de Resolución: 172/2024
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Prestaciones de seguridad social: complemento por mínimos. No debe computarse, a los efectos del complemento por mínimos, la subvención pública obtenida por la beneficiaria de una pensión de la Seguridad Social para la rehabilitación de la fachada del inmueble del que es comunera.

RECURSO CASACION

STS 10-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 204/2024 - ECLI:ES:TS:2024:204
No de Recurso: 115/2023
No de Resolución: 36/2024
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Recurso de casación: La falta de consignación de los salarios de tramitación en recurso contra sentencia que declara la nulidad del despido colectivo determina su inadmisión. Reitera doctrina: STS de 20 de abril de 2015 (rec. 354/2014).

RECURSO DE SUPLICACION

STS 9-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 111/2024 - ECLI:ES:TS:2024:111
No de Recurso: 348/2021
No de Resolución: 22/2024
Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: Recurso de suplicación: es recurrible una sentencia en la que se resuelve la impugnación de tres sanciones impuestas al trabajador, una por falta grave y dos por faltas muy graves no confirmadas judicialmente, cuando en la demanda se ha invocado también la vulneración de derechos fundamentales. Viabilidad de la suplicación cuando se trate de pretensiones de tutela de derechos fundamentales y cuestiones de corte ordinario que resulten indisolublemente anudadas a su vulneración. Sin embargo, se cierra el acceso a los planteamientos de legalidad ordinaria que por su menor relevancia han sido expresamente excluidas del recurso, y resultan escindibles de las anteriores.

RETA

STS 30-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 655/2024 - ECLI:ES:TS:2024:655
No de Recurso: 3462/2020
No de Resolución: 209/2024
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Resumen: Régimen especial de trabajadores agrarios: es aplicable al periodo anterior al 1 de enero de 2009 el art. 52.1 del Decreto 3772/1972 de 23 de diciembre por el que se aprueba el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, cuando establece a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de los trabajadores agrarios por cuenta ajena, que “1- la base reguladora, a efectos de determinar la cuantía mensual de la pensión, será el cociente que resulte de dividir entre veinticuatro la suma de las bases tarifadas por las que haya cotizado el trabajador durante un periodo de veinticuatro meses naturales elegidos por el interesado dentro de los siete inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause el derecho a la pensión”.

SISTEMA ESPECIAL AGRARIO

STS 7-2-2024. Ir a texto

Roj: STS 793/2024 - ECLI:ES:TS:2024:793
No de Recurso: 1534/2021
No de Resolución: 239/2024
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Régimen especial de trabajadores agrarios: en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios

(en adelante SETCA), para alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común (180 días en los cinco años anteriores al hecho causante), deben computarse también las cotizaciones realizadas por el propio beneficiario durante los periodos de inactividad.

SUCESION DE EMPRESAS

STS 17-1-2024. Ir a texto

Roj: STS 219/2024 - ECLI:ES:TS:2024:219
No de Recurso: 1870/2021
No de Resolución: 67/2024
Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: Sucesión de empresas: El plazo de tres años del art. 44.3 del ET es un plazo de caducidad que comienza a contar desde la fecha de la sucesión empresarial. Aquí el Auto de adjudicación es de fecha 10/02/2015, y si bien fue recurrido por los demandantes, fue desestimada la reposición por auto de 24/03/2015, al igual que la aclaración postulada, perfeccionándose la adquisición en escritura de 1/04/2015.

Sin embargo, el plazo de un año del art. 59.1 del ET es un plazo de prescripción que se inicia en la fecha de devengo de las deudas salariales reclamadas. Y en el supuesto, si bien se dirige la acción contra la mercantil PRECON dentro del plazo de caducidad de tres años del art. 44.3 del ET posteriores a la sucesión -extremo en el que tendría razón la parte recurrente-, sin embargo, ya había transcurrido sobradamente el plazo de prescripción de un año para la reclamación de las deudas salariales que ahora peticionan del art. 59.1 ET, que comenzó a correr como fecha más tardía en mayo de 2016.

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Rec. 594/2023

INADMISIÓN PRUEBA DOCUMENTAL. PROTECCIÓN DATOS. NULIDAD POR VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA. TRATAMIENTO LEGÍTIMO.

Accede a la Sentencia

La Sala de lo Social anula Sentencia del Juzgado de lo Social por haber inadmitido, con base en la protección de datos personales de otras personas trabajadoras, la prueba documental aportada por el demandante para acreditar un hecho en el que fundaba la pretensión de su demanda. La Sala analiza la base jurídica para su tratamiento y concluye que la aportación por parte del demandante de documentos de otros compañeros acreditativos de sus condiciones profesionales devenía necesaria para el ejercicio del derecho a la defensa, y no precisaría la aceptación o conocimiento de los afectados para la cesión de datos personales, al ser objeto de la comunicación la defensa judicial y los destinatarios los Jueces o Tribunales en el seno del ejercicio de sus competencias, lo que se extiende no solo a los supuestos en que las pruebas han sido solicitadas por el Juez o Tribunal, sino también a las aportadas por las partes.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

CONTRATO DURACION DETERMINADA

STJUE 20-2-2024. Ir a texto

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Diferencia de trato en caso de despido — Resolución de un contrato de trabajo de duración determinada — Inexistencia de obligación de indicar las causas de la resolución — Control jurisdiccional — Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»

En el asunto C-715/20, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Sad Rejonowy dla Krakowa-Nowej Huty w Krakowie (Tribunal de Distrito de Cracovia-Nowa Huta, Polonia), mediante resolución de 11 de diciembre de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de diciembre de 2020, en el procedimiento entre K. L. y X sp. z o.o., el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

La cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual un empresario no está obligado a motivar por escrito la resolución con preaviso de un contrato de trabajo de duración determinada, a pesar de que está sujeto a tal obligación en caso de resolución de un contrato de trabajo de duración indefinida. El órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares estará obligado, cuando no pueda interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con dicha cláusula, a prestar, en el marco de sus competencias, la protección jurisdiccional que el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea otorga a los justiciables y a garantizar la plena eficacia de este artículo, dejando de aplicar, en cuanto sea necesario, cualquier disposición nacional contraria.

DESPIDO COLECTIVO

STJUE 22-2-2024. Ir a texto

«Procedimiento prejudicial — Política social — Despidos colectivos — Directiva 98/59/CE — Artículo 2, apartado 1 — Nacimiento de la obligación de información y de consulta — Número de despidos previstos o reales — Artículo 1, apartado 1 — Extinciones voluntarias de contratos de trabajo antes de los despidos — Método de cálculo del número de despidos»

En el asunto C-589/22, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, mediante auto de 29 de agosto de 2022, recibido en el Tribunal de Justicia el 23 de septiembre de 2022, en el procedimiento entre J. L. O. G., J.

J. O. P. y Resorts Mallorca Hotels International, S. L.

El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que la obligación de consulta que establece nace desde el momento en el que el empresario, en el marco de un plan de reestructuración, se plantea o proyecta una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales de supresión de puestos establecidos en el artículo 1, apartado 1, letra a), de dicha Directiva y no en el momento en el que, tras haber adoptado medidas consistentes en reducir ese número, el empresario tiene la certeza de que va a tener que despedir efectivamente a un número de trabajadores superior a dichos umbrales.

ETT

STJUE 22-2-2024. Ir a texto

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2008/104/CE — Trabajo a través de empresas de trabajo temporal — Artículo 5, apartado 1 — Principio de igualdad de trato — Artículo 3, apartado 1, letra f) — Concepto de "condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal" — Concepto de "remuneración" — Indemnización que ha de abonarse en caso de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal derivada de un accidente de trabajo acaecido durante el desempeño de su misión»

En el asunto C-649/22, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, mediante auto de 27 de septiembre de 2022, recibido en el Tribunal de Justicia el 14 de octubre de 2022, en el procedimiento entre XXX y Randstad Empleo ETT, S. A. U., Serveo Servicios, S. A. U., anteriormente Ferrovial Servicios, S. A., Axa Seguros Generales, S. A. de Seguros y Reaseguros, RESUMEN:, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

El artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, en virtud de la cual la indemnización a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en caso de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo acaecido en la empresa usuaria, incapacidad que ha tenido como consecuencia la extinción de su relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal, es de un importe inferior al de la indemnización a la que dichos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo motivo, si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo.

INSOLVENCIA EMPRESARIAL

STJUE 22-2-2024. Ir a texto

Procedimiento prejudicial — Seguridad social de los trabajadores migran-

tes — Reglamento (CE) n.º 987/2009 — Artículo 44, apartado 2 — Ámbito de aplicación — Pensión por incapacidad laboral absoluta — Cálculo — Consideración de los períodos de educación de los hijos cubiertos en otro Estado miembro — Aplicabilidad — Artículo 21 TFUE — Libre circulación de los ciudadanos — Vínculo suficiente entre estos períodos de educación y los períodos de seguro cubiertos en el Estado miembro deudor de la pensión»

En el asunto C-283/21, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Tribunal Regional de lo Social de Renania del Norte-Westfalia, Alemania), mediante resolución de 23 de abril de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de mayo de 2021, en el procedimiento entre VA y Deutsche Rentenversicherung Bund, con intervención de:

RB, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando la persona de que se trate no cumple el requisito del ejercicio de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia que impone el artículo 44, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, para obtener, a efectos de la concesión de una pensión por incapacidad laboral absoluta, el cómputo, por el Estado miembro al que corresponde abonar dicha pensión, de los períodos de educación de los hijos que hubiera cubierto en otro Estado miembro, sino que ha cubierto exclusivamente, en concepto de períodos de formación o de actividad profesional, períodos de seguro en el primer Estado miembro, tanto antes como después de esos períodos de educación, ese Estado miembro está obligado a computarlos aun cuando dicha persona no haya cotizado en tal Estado miembro ni antes ni inmediatamente después de los citados períodos de educación.

SEGURIDAD SOCIAL MIGRANTES

STJUE 22-2-2024. Ir a texto

Procedimiento prejudicial — Seguridad social de los trabajadores migrantes — Reglamento (CE) n.º 987/2009 — Artículo 44, apartado 2 — Ámbito de aplicación — Pensión por incapacidad laboral absoluta — Cálculo — Consideración de los períodos de educación de los hijos cubiertos en otro Estado miembro — Aplicabilidad — Artículo 21 TFUE — Libre circulación de los ciudadanos — Vínculo suficiente entre estos períodos de educación y los períodos de seguro cubiertos en el Estado miembro deudor de la pensión»

En el asunto C-283/21, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Tribunal Regional de lo Social de Renania del Norte-Westfalia, Alemania), mediante resolución de 23 de abril de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de mayo de 2021, en el procedimiento entre VA y Deutsche Rentenversicherung Bund, con intervención de:

RB, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando la persona de que se trate no cumple el requisito

del ejercicio de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia que impone el artículo 44, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, para obtener, a efectos de la concesión de una pensión por incapacidad laboral absoluta, el cómputo, por el Estado miembro al que corresponde abonar dicha pensión, de los períodos de educación de los hijos que hubiera cubierto en otro Estado miembro, sino que ha cubierto exclusivamente, en concepto de períodos de formación o de actividad profesional, períodos de seguro en el primer Estado miembro, tanto antes como después de esos períodos de educación, ese Estado miembro está obligado a computarlos aun cuando dicha persona no haya cotizado en tal Estado miembro ni antes ni inmediatamente después de los citados períodos de educación.

STJUE 22-2-2024. Ir a texto

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Contratos de trabajo de duración determinada en el sector público — Personal laboral indefinido no fijo — Cláusulas 2 y 3 — Ámbito de aplicación — Concepto de "trabajador con contrato de duración determinada" — Cláusula 5 — Medidas que tienen por objeto prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada — Medidas legales equivalentes»

En los asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante autos de 22 de diciembre de 2021, 21 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022, recibidos en el Tribunal de Justicia el 27 de enero, el 17 de febrero y el 3 de marzo de 2022, respectivamente, en los procedimientos entre MP y Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid (C-59/22), entre IP y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (C-110/22), En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

1. Las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último.

2. La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura

definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente.

3. La cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.

4. La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos.

5. La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula.

6. La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada.

7. La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal

nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

DERECHO A LA PROPIEDAD

STDH 30-1-2024. Ir a texto

Art 1 P1 • Disfrute pacífico de los bienes • Obligación de reembolsar a las autoridades de seguridad social la pensión por pérdida de capacidad laboral pagada a una persona a quien el solicitante había lesionado accidentalmente • El procedimiento brindó al solicitante una oportunidad razonable de presentar su caso ante las autoridades correspondientes • Evaluación individual • Abierto al solicitante para solicitar una reevaluación del monto de la compensación que le corresponde • Posibilidad bajo la legislación interna de solicitar una reducción del monto • Las autoridades nacionales actuaron de manera flexible y tomaron medidas destinadas a aliviar la carga financiera impuesta al solicitante • Duración de la interferencia en cuestión, aunque desde hace tiempo no es desproporcionada • Se logra un equilibrio justo en caso valorando las circunstancias e intereses en juego.

DERECHO A UN PROCESO JUSTO

STDH 6-2-2024. Ir al texto

El asunto se refiere a la prestación de invalidez a la que el demandante afirma tener derecho. Este último expone que cuando tenía 13 años resultó gravemente herido por un artefacto explosivo abandonado al final de un conflicto armado. Luego supuestamente

solicitó el reconocimiento de su condición de civil discapacitado por la guerra para obtener varios de los beneficios relacionados, pero su solicitud en última instancia habrían sido rechazadas por las autoridades nacionales.

Invocando los artículos 6 (derecho a un juicio justo) y 14 (prohibición de discriminación) de la Convenio y el artículo 1 del Protocolo nº 1 (protección de la propiedad), el demandante se queja de una falta de equidad en los procedimientos administrativos y judiciales y el hecho de que se le negó el beneficio de la situación de invalidez de que se trate y, en consecuencia, de las prestaciones correspondientes. Alega que Los procedimientos son discriminatorios contra los civiles que han quedado discapacitados como resultado de la guerra.

Negativa a conceder al solicitante la condición de persona civil discapacitada como consecuencia de la guerra y, por tanto, los beneficios relacionados. • Incapacidad jurídica y fáctica del solicitante para que su reclamación sea examinada adecuadamente. • No se le brinda al solicitante una oportunidad razonable para presentar su caso, incluso en una vista pública, en condiciones que no le habrían colocado en una desventaja sustancial.

Violación del artículo 6 § 1.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA

STDH 13-2-2024. Ir a texto

El demandante era usuario de Telegram, una aplicación de mensajería descrita por el Estado ruso como un "organizador de comunicaciones en línea" (организатор распространения информации в сети Ин тернет). Por lo tanto, la aplicación estaba obligada por ley a conservar todos los datos de las comunicaciones durante un período de un año y el contenido de todas las comunicaciones durante un período de seis meses y a presentar estos datos, así como, en su caso, la información necesaria para el descifrado de mensajes electrónicos, a las autoridades policiales o servicios de seguridad en los casos previstos por la ley.

Apoyándose en los artículos 8 (derecho al respeto de la correspondencia) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio, el demandante se queja de los requisitos legales relativos a la conservación, transmisión y descifrado de datos y de la falta de un recurso efectivo para reclamar al respecto.

Violación del artículo 8 Satisfacción justa: el Tribunal decidió que la constatación de una violación constituía en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral sufrido por el demandante

STDH 20-2-2024. Ir a texto

Art 8 • Vida privada • Retiro de la provisión de un asistente personal financiado por el Estado para una persona con discapacidad física que resulta en una pérdida severa de autonomía • Ausencia de una evaluación exhaustiva de la gravedad de la discapacidad del solicitante y de arreglos prácticos alternativos • Falta de lograr un equilibrio justo entre los intereses en competencia en juego.

LIBERTAD RELIGIOSA

STDH 13-2-2024. Ir a texto

Artículo 9 • Libertad de religión • Manifestación de la propia religión o creencias • Decretos de las Regiones Flamenca y Valona que prohíben el sacrificio de animales sin aturdimiento previo, aunque prevén el aturdimiento reversible para el sacrificio ritual • Artículo 9 aplicable • Distinciones

con el caso de Cha'are Shalom Ve Tsedek v. Francia [GC] • Convenio no destinado a proteger el bienestar animal como tal, a diferencia de la legislación de la UE • Protección del bienestar animal vinculada por primera vez al objetivo legítimo de protección de la "moralidad pública" • Ausencia de un consenso claro dentro de los Estados miembros pero gradual evolución a favor de una mayor protección del bienestar animal • No es un margen de apreciación estrecho • Teniendo en cuenta las exigencias del art 9 del arbitraje llevado a cabo por los legisladores y el doble control judicial por parte del TJUE y el Tribunal Constitucional • Alternativa proporcionada a la obligación de aturdimiento previo solicitada por los legisladores • Margen de apreciación no superado • Medida proporcionada al objetivo perseguido.

Art 14 (+ Art 9) • Ausencia de discriminación • Situación de los solicitantes como practicantes judíos y musulmanes no análoga ni comparable a la de los cazadores y pescadores • Los solicitantes como practicantes judíos y musulmanes no tratados de la misma manera que las personas no sujetas a preceptos dietéticos religiosos • La situación de los solicitantes, practicantes judíos, no es significativamente diferente en comparación con los practicantes musulmanes considerando la única circunstancia de la diferente naturaleza de sus preceptos dietéticos.

NO DISCRIMINACION

STDH 20-2-2024. Ir a texto

Art. 14 (+ Art. 8) • Los tribunales nacionales no investigan el posible papel de motivos discriminatorios en el control de identidad en una estación de un hombre de piel oscura que alega discriminación racial. • Art. 14 (+ Art. 8) aplicable • Umbral de gravedad alcanzado para caen dentro del ámbito del derecho al respeto de la vida privada • Denuncia plausible de discriminación basada en el color de la piel • El gobierno no pudo refutar la presunción de trato discriminatorio durante el control de identidad, búsqueda entendida • Informes internacionales de perfilamiento racial por parte de la policía, confirmados por las partes intervinientes, reforzando la presunción.

Art 13+ (Art 14+ 8) • Falta de recurso efectivo.

OIT NEWS

Organización Internacional del Trabajo

La OIT conmemora el tercer aniversario del golpe militar en Myanmar pidiendo la liberación de los dirigentes sindicales y de todas las personas injustamente detenidas. Ir a texto

Día Mundial de la Justicia. Social. El cambio debe empezar por centrarse en la justicia social. Ir a texto

CULTURA Y TRABAJO

El rincón de la **conTraCultura**

Silvia Ayestarán y AG Stakanov

Pobres criaturas

(2023, 141 min.)

Dirección:
Yorgos Lanthimos.

Guion:
Tony McNamara, sobre una novela de Alasdair Gray.

Producción:
Film4 productions, Fox, TSG.

Disponible en cines.

Después de tantos años acumulando un buen puñado de experiencias cinematográficas con obras de distintos géneros, estilos, nacionalidades y décadas del siglo XX y XXI, reconozco que el cuerpo -el mío, al menos-, ya no está para fruslerías. Si a la media hora de empezar a ver una película sientes que te han engañado vilmente, pues coges y apagas la televisión. O te marchas de la sala de cine. Algo muy oportuno que recomiendo hacer aquellos que caigan en la tentación de ir a ver la última película de Yorgos Lanthimos, quien, ya en su película Langosta (2015), ofrecía un universo posmoderno y de aburrido disparate que invitaba a la deserción antes del cierre del primer acto.

Esto también lo saben los productores de *Pobres criaturas*, que recurrieron a publicistas que dejarían en ridículo a los de *Mad Men* para ofrecer un lanzamiento capaz de enmascarar lo que realmente muestra la película. Y es que el *trailer* te seduce con un planteamiento muy sugerente, en el que

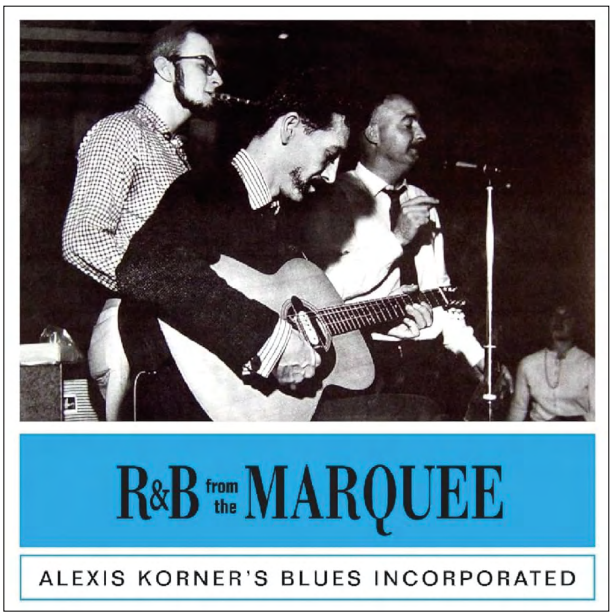
se recurre al arquetipo del monstruo creado por Mary Shelly para combinar el cerebro de un bebé con el cuerpo de una joven (ya se sabe que en este tipo de trasplantes es mejor ser órgano que receptor).

El arbitrario resultado desemboca en un personaje adulto con una ingenuidad libre de prejuicios. Dejando de un lado los pequeños chistes que suscita el planteamiento, bien explotados por una actriz a quien nadie discute su extraordinaria expresividad, el saldo definitivo compone una aburrida y larguísima historia, construida en torno al sexo como principal artefacto (¡vivan los 70!). Recuerda por momentos a **Vida perra**, otro experimento en el que, a base de dotar a los perros de cualidades típicamente humanas, descubrimos en toda su crudeza las inclinaciones naturales de estos fieles amigos, muy distintas de aquellas que nos gustaría atribuirles, siempre bajo la influencia de nuestra pre-programación *Disney*. También aquí el tráiler no se parece en nada al producto final.

Todo este caprichoso conjunto se articula con la intención de trasladar al respetable un mensaje más trascendente (las películas vuelven a tener intención, como en los 70), que formula la repulsiva Madame del prostíbulo francés (para esto nos ha quedado la entrañable heroína setentera Hanna Schygulla, musa del viejo Reiner Werner y del *Neue Kinofilme*), cuando anima a experimentarlo todo: *"no sólo lo bueno, sino también la degradación".* Que para eso disponemos de libre albedrío. Con ese lema, nuestra protagonista apura el vaso hasta las heces sin que el guion desprecie oportunidad alguna de exponer toda una galería de escenas eróticas dignas de otro contexto. Lo dicho, ¡que vivan los 70!

Sabemos que lustros y décadas no pasan en balde, ni siquiera para nosotros, y, ya desinhibidos de complejos intelectuales, nos vemos obligados a reconocer que no nos parece ni moderno (por lo dicho) ni osado (exhibir estas cosas ahora parece hasta obligatorio), que *Bella-Emma Stone* se realice como mujer de ideas avanzadas en un prostíbulo, materializando su compromiso en la atención explícita y sin remilgos de los clientes que más asco pueden dar al espectador (aunque aquí, para gustos…). Y aun así la película se ofrece como feminista…, pues igual. De eso que hablen los que entienden.

Blues/Rock/Soul. Los tres colores básicos...



Alexis Korner and Blues incorporated

"R&B from the Marquee"
(Decca, 1962, Blues)

Antes de hablar de los *Stones*, de los *Yardbirds*, de los *Animals*… fue necesario crear la escena británica del *Rhythm and Blues*, a base de importar el sonido de la música *Underground* norteamericana de los años 50 y 60, que no era otra que la que se hacía en los clubs donde actuaban pioneros como Muddy Waters, John Lee Hooker, Howlin' Wolf y tantos otros. Esa escena se edificó de la mano de dos personajes, uno de ellos es Cyril Davis y el otro, nuestro protagonista, Alexis Korner.

Los dos citados forman una Banda seminal para el blues británico, como lo fueron los *Blues incorporated*, por la que irán pasando bicharracos como Charlie Watts o quienes formarían la sección rítmica de los *Cream*, Jack Bruce y Ginger Baker, sin perder de vista al propio Jagger. Podríamos decir que los *Blues incorporated*, pese a estar hoy sepultados en el olvido más absoluto, sembraron los hitos de la historia del rock británico, auspiciando la llegada de nombres definitivos, cuyo recuerdo también acabará en el olvido cuando lo hagan nuestros recuerdos.

Dejamos aquí, por tanto, una de las piedras angulares de la contracultura rock, cuyo mérito consistió en arrancar del precario *Skiffle* (ya hablamos aquí de Lonnie Donnegan) a una buena nómina de músicos británicos, alineándolos dentro del sustrato blues, y conectando así la contracultura europea con el folklore afroamericano. El patoso *Wokismo* de nuestros días consideraría esa amalgama un acto de apropiación inaceptable... Suerte tuvimos de que toda esa mierda que hoy toca aguantar no nos privara de poder disfrutar de lo que, sin exageración, habría de considerarse *la era del rock*.

Pero no perdamos de vista que, hoy en día, las patochadas que pudren hoy los discursos dominantes sí están en condiciones de *cancelar* transferencias culturales igual de enriquecedoras y definitivas que las que acabamos de señalar. Y lo peor del caso es que nunca sabremos lo que nos hemos perdido.

...y sus Derivados (combinaciones, permutaciones y perversiones).

NIN

"*The Downward Spiral*"
(Nothing, 1994. Industrial)

NIN es el acrónimo de un nombre algo más tenebroso, *Nine inch nails* (perfectamente traducible por *Los clavos de Cristo*), que fue el elegido por Trent Reznor, hoy acreditado y oscarizado compositor de bandas sonoras, para impulsar su carrera en el rock alternativo de finales de los 80. El proyecto quiso profundizar sobre la senda abierta por David Bowie con su LP de 1980 *Scary Monsters*, que bien podrías definir como oscuro, pero comercial.

En todo caso, *The Downward spiral*, aunque pudo llegar a acreditar muy buenas ventas, se pasa en ocasiones de introspectivo, incluso dentro del tema que podríamos considerar más aclamado, responsable de empujar las ventas del disco (Closer). A la búsqueda de malas vibraciones, Reznor grabó la cosa en la famosa mansión de *Cielo Drive*, justamente en ésa en la que se produjo la masacre reexplicada por Tarantino en su *Erase una vez en Hollywood*.

NIN venía ofreciendo un sonido más pesado, en onda con el dominio mainstream de finales de los 80, en el que habría tenido un apreciable peso el revival Zeppelinero de Guns and Roses. A ese excipiente *metal* se le añadió el hecho de que Trent fuera un teclista (aunque acabara tocando todo menos la batería) y ya acreditara entonces cierta experiencia como técnico de sonido. NIN asoció finalmente la electrónica con guitarras pesadas hasta desembocar en la fórmula del rock industrial, algo más conocida en Europa de la mano de *Eisntürzende Neubaten*, de los que aquí ya hemos hablado, y que alcanzará con los *Rammstein* su cima comercial. En este *Downward spiral* todo son programaciones, pero no es un producto techno. Ahí reside uno de sus milagros creativos.

Por último, *The Downward spiral* es un producto conceptual, de influencia setentera por tanto, en el que de principio a fin se narra en primera persona un catálogo de diva-

gaciones e impresiones netamente pesimistas (en espiral hacia abajo, ya lo sabemos). Ese contexto no hace extraño que el último corte lo acabe ocupando ese himno generacional que fue *Hurt* (perfectamente comprendido por Johnny Cash, que le tributó una versión a su modo). El tema basa su oscuridad en un recurso tradicional, *diabulus in música*, como lo es el intervalo de 4ª aumentada, al que no pocas veces se recurre en otras partes del LP, trazando esos motivos inquietantes y sombríos con los que Reznor quiso ilustrar este trabajo.

Jazz/Experimental

Billie Holiday

"The Lady Sings"
(Decca, 1956; Vocal Jazz)

Cerramos con Lady Day el trío absoluto de divas del vocal jazz. Su carrera profesional es la que antes empezará y antes terminará, si bien este evento tuvo lugar por causa de una enfermedad directamente conectada con unos hábitos poco recomendables, aunque bastante extendidos en la profesión.

Su vida está a la altura del personaje y reclama un biopic como Zeus manda; aunque el que quiera puede conformarse con el realizado por Lee Daniels (**Los EEUU contra Billie Holiday**, disponible en Filmin) en el que se reivindica a la cantante por haber sufrido cierta persecución a cuenta de motivos *non sanctos* por parte de un siniestro agente del FBI. La película gira en torno al tema *Strange fruit*, balada dramática que describe la opresión racial en los estados del sur de los USA, hasta convertirse en todo un himno para el orgullo afroamericano.

El temprano fallecimiento de LadyDay impide disponer de grabaciones con una calidad asimilable a las que hemos empleado para recordar a la Vaughan y a la Fitzgerald, pero este LP de 1956, que precede en tres años a la muerte de la cantante, no desmerece a los citados. Casi 40 minutos de Swing con el que cerramos este miniciclo, abriendo próximamente otro dedicado a los tres cantantes más importantes del jazz vocal.

EL CONTRAPUNTO

Zorravisión 24

No tuvimos ocasión de ver ninguna de las semifinales ni la final del certamen que TVE ha rescatado de la memoria (histórica, en rendido homenaje a Carmen Polo, impulsora del antecedente) para elegir al representante en el Euro festival. Llegamos justo en el momento en el que se proclamaba la vencedora y únicamente pudimos ver su *bis*. Muchas son las críticas recibidas por el jurado, pero lo cierto es que, en esta ocasión, se ha dado un cierto consenso entre aquél y los espectadores.

Ya se ha escrito y más se escribirá acerca de la letra de la canción, cuyo tenor sirve de pretexto incluso para alinearse políticamente. De un tiempo a esta parte nos ha dado por someter a escrutinio este objeto (contra) cultural, cuando, en otras épocas -en los que alcanzar la condición de persona ilustrada empleaba algo más de tiempo (y a veces esfuerzo)-, todo el aparato pop (música, estética y literatura) quedaba a beneficio de inventario (vamos, que era considerado como material de derribo salvo que se demostrara lo contrario).

Ahora todo, absolutamente todo, es susceptible de valoración en clave política (hasta himnos petardos como este, únicamente concebidos para el desparrame y el cachondeo), en la pretensión de proyectar la división política sobre un campo en el que todo el mundo, sea cual sea su orientación ideológica, debería estar invitado a disfrutar. Parece evidente que los recursos culturales de la clase política no permiten a sus miembros pronunciarse sobre objetos de mayor complejidad.

A salvo de estas divagaciones sobre artefactos socioculturales, hemos de decir que lo mejor que tiene la canción es su letra. El texto está extraordinariamente bien trabado dentro de la pulsión musical del tema, permitiendo que, incluso en la primera escucha, cualquiera vaya adivinando dónde caen los sucesivos *Zorra*. Esa ventaja asegura la inmersión inmediata de la audiencia (sin despreciar lo que desahoga eso de llamar *zorra* a la gente). Semejante resultado no es poca cosa, considerando que la canción debe competir con otras 30 y destacar lo suficiente para que el respetable pueda acordarse de ella a la hora de mandar el SMS. Advirtamos también que se trata de un vocablo con poca musicalidad (tiene demasiadas erres), pero el inconveniente está extraordinariamente bien gestionado.

Por otro lado, la intención política o sociológica del texto, aspecto que explotará de la mejor manera la intérprete y sus secuaces, nos parece una cuestión de menor cuantía. En cualquier caso, de la misma manera que Hanna Arendt nos legó el concepto de *ba-*

nalidad del mal, algunos preclaros exponentes de la ética posmoderna están decididos a concebir algo así como la *excelencia de la banalidad*, lo que se concreta, en este caso, en buscarle definitivas y gloriosas conexiones a *Zorra* con el signo de nuestros actuales tiempos (alguno incluso preferirá decir *Zeitgeist*, para cerrar definitivamente el retrato pedantesco). Así estamos. Rodeados de estúpidos.

En efecto, gracias al sesudo debate que promete *Zorra*, la canción va a disponer de una extraordinaria plataforma de publicidad, que es de lo que se trata. A unos les pedirán que perciban a la intérprete como una súper diva comprometida en la defensa de los grandes lemas de nuestro tiempo, dispuesta a renunciar a la comodidad de su trabajo en una peluquería para emprender una cruzada necesaria y llena de riesgo…; otros, por el contrario, verán en la intérprete a la venerable señora que, el mismo día de firmar los papeles del divorcio, se va con sus amigas a un karaoke y pide una de Mónica Naranjo para cantarla dos octavas por debajo. Táchese lo que no proceda, pero el vídeo promocional se acerca peligrosamente a la segunda de estas interpretaciones.

A salvo de toda esta faramalla y retomando la crítica neutra, hemos de decir que lo peor de *Zorra* está en esa producción ramplona a base de secuencias de teclado (al alcance de cualquier pollastre al que hayan regalado uno de iniciación en Navidad y se haya pasado la festividad de San Esteban trasteándolo. Nada que ver con Trent Reznor, claro). Tampoco ha de despreciarse en este capítulo de malas noticias la limitadísima tesitura de la intérprete que, en la grabación de estudio, hubo de recurrir al socorrido *autotune* para alcanzar la nota más alta (*zorra de POStal*). Es lo que tiene esto dedicarse a la canción protesta bajo la modalidad de fija-discontinua.

En el *Benidorm Fest*, donde por lo visto no dejan utilizar aquel procesador, la adorable peluquera no pudo afinar ese fraseo, dejándolo hecho unos *zorros* en las dos ocasiones que hubo de lidiar con él. Por lo que cuentan, en el certamen de selección celebrado en Noruega sí han permitido utilizar el efecto que hizo famoso Cher en su *Believe*, pero las bases del Euro festival únicamente autorizan la introducción de efectos vocales puntuales, sin admitir procesadores que alteren de forma continua la voz protagonista. En definitiva, o se explota con ingenio esa excepción (introduciendo el salvavidas vocal en el lugar oportuno), o se le encomienda a un coro la misión de envolver ese punto crítico. Puestos a hacer sugerencias aquí propondríamos a las *Tanxugueiras*, que perfectamente podrían disimular el problema cantando *zorra* al unísono en 3 idiomas diferentes. *Non hai fronteiras/No hi ha fronteres/Ez dago mugarik.*

Aunque, francamente, en el contexto de un festival en el que hace mucho tiempo dejó de valorarse el arte vocal, no nos parece en absoluto un disparate que los intérpretes trabajen al abrigo de procesadores de voz. Al fin y al cabo, desde hace mucho tiempo, de lo que se trata es de *ver* la música, no de oírla, y menos de escucharla.