

Discriminación por enfermedad y nulidad del despido. En caso de desistimiento empresarial del periodo de prueba.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *En el caso, el contrato de trabajo se rescinde por desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, estando el trabajador en situación de baja por IT iniciada cinco días antes. La Sala aprecia que la extinción del contrato de trabajo adoptada unilateralmente por la empresa durante el periodo de prueba debe declararse nula por haber incurrido en discriminación por razón de la enfermedad con las consecuencias previstas en el artículo 55.6 ET para el despido nulo discriminatorio.*

Palabras clave: *Despido. Período de prueba. Desistimiento empresarial. Incapacidad temporal. Discriminación. Enfermedad. Prueba de indicios. Nulidad.*

Abstract: *In this case, the employment contract is terminated due to the employer's withdrawal during the probationary period, with the worker being on sick leave (IT) that started five days prior. The Chamber considers that the termination of the employment contract unilaterally adopted by the company during the probationary period must be declared null and void for having incurred discrimination based on illness, with the consequences provided for in article 55.6 of the Workers' Statute (ET) for discriminatory null dismissal.*

Keywords: *Dismissal. Probationary period. Employer's withdrawal. Temporary disability. Discrimination. Illness. Circumstantial evidence. Nullity.*

I. Introducción

Sabido es que la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba es una figura jurídica que goza de cierta flexibilidad (art. 14.2 ET). Sin embargo, la Constitución y la ley establecen límites a la facultad empresarial de desistir del periodo de prueba y de rescindir el contrato, especialmente cuando concurren circunstancias que pudieran vulnerar derechos fundamentales de las personas trabajadoras. La sentencia aquí comentada examina el desistimiento por la empresa de la prueba y la rescisión del contrato de trabajo temporal celebrado con un trabajador, que, tras cuatro días de trabajo, causa baja por IT derivada de enfermedad común, y a los cuatro días de la baja, estando aun en esa situación, recibe comunicación de la empresa, dando por finalizado el contrato por no considerar "satisfactoria su prestación de servicios". La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears ha apreciado indicios fundados de discriminación por enfermedad en la decisión empresarial de desistir de la prueba y del contrato, sin que la empresa aportase justificación alguna que desvinculara su decisión de la situación de IT del trabajador, ni de cualquier

relación con su enfermedad, lo que acarrea la nulidad del despido disciplinario y las consecuencias previstas en el artículo 55.6 ET.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 21/2025, de 23 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 483/2024.

ECLI:ES:TSJBAL:2025:21

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antoni Oliver Reus

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado no solo se centra en la coincidencia temporal entre el desistimiento empresarial y la IT del trabajador derivada de enfermedad común, lo que por si solo tiene una particular significación ante la regulación legal del período de prueba y su proyección en los términos del contrato celebrado entre las partes; sino también en la **falta de prueba por parte de la empresa de la legitimidad de su decisión rescisoria, ajena a la causa de discriminación alegada, ausencia probatoria que deja vivos los indicios fundados acerca de la existencia de una motivación discriminatoria en la decisión empresarial basada en la enfermedad del trabajador.**

1. Hechos

Conforme a los hechos probados de la sentencia nº 154/24 de 8 de mayo de 2024 del Juzgado de lo Social nº 5 de Palma, en autos DSP 47, recogidos por la sentencia de suplicación (AH 1º):

1º- El trabajador demandante/recurrente celebró en fecha 12 de junio de 2023 contrato de trabajo de duración temporal y carácter eventual por circunstancias de la producción con la empresa Transformación Agraria S.A., rigiéndose la relación laboral por el XVII Convenio Colectivo de TRAGSA.

2º- El contrato establecía una duración de seis meses desde el 12 de junio de 2023 hasta el 11 de diciembre de 2023.

3º- La cláusula 3ª del contrato fijaba un periodo de prueba de 15 días naturales, estableciendo adicionalmente: "Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad que afecten al trabajador/a durante el periodo de prueba interrumpen el cómputo del mismo".

4º- El demandante pasó a situación de IT derivada de enfermedad común el día 16 de junio de 2023, recibiendo alta médica el 21 de junio de 2023. El diagnostico que motivó la baja médica se describe en el parte de baja como dolor en rodilla no especificada.

[...]

5º- Mediante escrito de 20 de junio de 2023 la empresa comunicó al trabajador la finalización de su contrato de trabajo con efectos de 21 de junio por no superación del periodo de prueba. En la comunicación entregada al trabajador se hizo constar: "la empresa no considera satisfactoria su prestación de servicios, por lo que pongo en su

conocimiento nuestra decisión de dar por finalizada la relación laboral que nos une dentro del periodo de prueba, siendo el 21 de junio de 2023 su último día de trabajo”.

La propia sentencia comentada resumirá los hechos esenciales en su FD 5º: “En el presente caso, nos encontramos ante un trabajador contratado el 12 de junio de 2023 que cuatro días después, el 16 de junio de 2023, causa baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y el día 20 la empresa le comunica su decisión de desistir del contrato en prueba por no considerar, conforme al tenor de la comunicación escrita, "satisfactoria su prestación de servicios".

2. Antecedentes

La sentencia de instancia desestimó la demanda de despido del trabajador, aplicando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012^[1], que negó a la enfermedad la condición de motivo de discriminación, no incluido en el art. 14 CE, ni expresa, ni implícitamente por no comportar marginación social para un determinado grupo de personas. Añadió la sentencia que para apreciar discriminación el trabajador debía haber acreditado que otra persona trabajadora en situación de IT durante el periodo de prueba hubiera recibido un trato desigual por no haber desistido la empresa del periodo de prueba. La decisión empresarial de rescindir el contrato en el período de prueba se enmarcaba en la gestión de los recursos humanos de la empresa, pues la situación de IT del trabajador puede hacer necesaria la contratación de otra persona, que también tendría una legítima expectativa de continuar en su puesto de trabajo.

El trabajador formuló recurso de suplicación por el motivo único de infracción por la sentencia de instancia del art. 55.5 ET en relación con el artículo 26 de la ley 15/2022, de 12 de julio y del artículo 96 LRJS [art. 193 c) LRJS].

IV. Posición de las partes

El trabajador despedido sostuvo, en su recurso de suplicación, que había aportado indicios suficientes de vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de la enfermedad padecida, pues la empresa desistió de la prueba unos días después de la celebración del contrato, cuando el trabajador se encontraba ya en situación de baja por IT iniciada cinco días antes, sin que la empresa hubiera acreditado que su decisión obedecía a causas legítimas ajenas a la discriminación denunciada, con la consecuencia de la nulidad de su despido. Negó que el juicio de discriminación exigiese un juicio de igualdad o relacional con persona no discriminada.

El Abogado del Estado, en representación de la empresa TRAGSA, impugnó el recurso de suplicación con apoyo en la sentencia citada del Tribunal Supremo y los mismos argumentos de la sentencia de instancia recurrida.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

“Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación

1. (...) Nadie podrá ser discriminado por razón de (...) enfermedad o condición de salud, (...)

2. 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.

3. 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.

[...]"

“Artículo 4. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación

1.El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

2. 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”.

[...]"

“Artículo 9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena

1.No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

[...]"

“Artículo 26. Nulidad de pleno derecho.

Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley”.

[...]"

“Artículo 30. Reglas relativas a la carga de la prueba

1. De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

[...]"

Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre

“Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario

[...]

5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

[...]

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

“Artículo 96. Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidente de trabajo

“1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

[...]”.

“Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación

[...]

c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia”.

VI. Doctrina básica

La sentencia comienza su fundamentación exponiendo la doctrina del TS sobre el período de prueba y la limitación de la facultad empresarial de libre desistimiento en la fase de prueba del contrato de trabajo por la eficacia de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, quedando el desistimiento empresarial sujeto al control judicial sobre esa observancia empresarial de los derechos fundamentales; en el caso, sobre la ajenidad del desistimiento empresarial de la prueba y del contrato a cualquier móvil discriminatorio. Consiguientemente, la sentencia desenvuelve su argumentación seguidamente sobre si “la enfermedad o condición de salud constituye un factor de discriminación y en caso de respuesta afirmativa, que ya adelantamos”, sobre si, en el caso, “se han acreditado indicios racionales de discriminación y si la empresa ha aportado una justificación razonable de su proceder” (FD 2º).

1. Sobre la enfermedad o “condición de salud” como causa de discriminación

La premisa de la decisión de la sentencia está en el legislador: “La doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio de 2012, en la que se fundamenta la sentencia recurrida, no resulta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación aplicable al supuesto que se somete a nuestra consideración a la vista de la fecha en que la empresa tomó la decisión de rescindir el contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba” (FD 3º).

La sentencia afirma que la Ley 15/2022 ha considerado la extinción del contrato de trabajo de quien cae enfermo como conducta atentatoria contra la dignidad personal y la ha reconocido como causa de discriminación sancionada con la nulidad. Por ello, el desistimiento empresarial del período de prueba, encontrándose el trabajador en IT, es discriminatorio, salvo que la empresa se aporte justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de su proceder.

Se adentra a continuación la sentencia en las diferencias entre el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por causas personales o sociales del art. 14 CE de la mano de la jurisprudencia constitucional. Y desecha que la comprobación del trato discriminatorio precise de un juicio comparativo con personas en situación igual y trato desigual, como había exigido la sentencia de instancia, bastando la existencia de un trato peyorativo por la pertenencia a un grupo social en posición desventajosa por causas contrarias a la dignidad personal, el grupo de las personas que se ven privadas, aun transitoriamente de su capacidad laboral por razón de su enfermedad en el caso

Insiste la sentencia en la irrelevancia de que el trato discriminatorio se hubiera dado por igual a todos los trabajadores, pues la discriminación como resultado objetivo deriva de su causa, de alguna de las previstas en el art. 2.1 de la Ley 15/2022, entre las que se encuentra la enfermedad o condición de salud.

2. Sobre la prueba de indicios de discriminación por enfermedad en el desistimiento empresarial del contrato a prueba y su no desvirtuación por la empresa

Aplicando la ley y la jurisprudencia al caso, y tras evocar los hechos y fechas clave del caso, la sentencia advierte indicios fundados de vulneración del derecho a la no discriminación por razón de la enfermedad en el escaso tiempo transcurrido desde la contratación del trabajador y su situación de baja por IT y en “el no menos escaso tiempo transcurrido entre esta situación y el desistimiento empresarial” (FD 5º).

Sin abandonar el terreno de la prueba indiciaria, aunque sosteniendo un diálogo con la sentencia de instancia sobre el período de prueba desde la lógica de la libertad de empresa y la necesidad empresarial de contratación durante la baja de otro trabajador para mantener la continuidad operativa, la de suplicación emite un juicio de ilegalidad de la conducta empresarial, pues la situación de IT no es causa válida de extinción del contrato de trabajo en el art. 49 ET, sino de suspensión ex 45.1.c) ET, reforzado por el propio contrato de trabajo rescindido, en el que se había pactado que la IT interrumpía el cómputo del período de prueba, siendo su consecuencia que, tras la suspensión contractual por IT, se reanudaba el cómputo del periodo de prueba, no siendo la IT causa válida de extinción del contrato de trabajo.

Frente a los indicios fundados de la discriminación padecida por el trabajador por su enfermedad y consiguiente baja por IT, alegados por este y acogidos por la Sala de suplicación, la empresa no había aportado prueba alguna capaz de destruirlos mediante la vinculación de la prestación de trabajo durante los cuatro días en que fue posible con algún motivo que hubiere ocasionado la insatisfacción empresarial por causa distinta de la enfermedad y baja del trabajador. Faltó que la empresa aportase justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida por ella adoptada y de su proporcionalidad. La empresa había procedido a un desistimiento discriminatorio por enfermedad equiparable a un despido disciplinario de igual naturaleza y, por ello, nulo, con las consecuencias previstas en el art. 55.6 ET.

VII. Parte dispositiva

“FALLAMOS

1) Se estima el recurso de suplicación formulado por la representación de don Apolonio contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2024 por el juzgado de lo social número 5 de Palma de Mallorca en los autos DSP 479/2003, la cual se revoca y deja sin efecto.

2) Se declara nulo el despido del demandante con efectos de 21 de junio de 2021 y se condena a la empresa demandada, TRAGSA, a que proceda a su inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir”.

VIII. Pasajes decisivos

- “La doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio de 2012 [...] no resulta de aplicación tras la entrada vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [...]” (FD 3º).

- “Parece evidente que la extinción del contrato de trabajo de quien cae enfermo es una conducta que atenta contra la dignidad de la persona y que por ello el legislador ha querido objetivarla como causa de discriminación sancionando su nulidad” (FD 3º).

- “[...] cuando de lo que se trata es de abordar un supuesto de posible discriminación no debe buscarse la comparativa con otro supuesto igual al que se haya dado un trato diferenciado sino la existencia de un trato peyorativo por la pertenencia a un determinado grupo social, en nuestro caso las personas que por razón de su enfermedad se ven privadas, aunque sea transitoriamente, de su capacidad laboral” (FD 4º).

- “[...] es obligado apreciar la existencia de fundados indicios de vulneración del derecho a la [no] discriminación [sic] por razón de la enfermedad dado el escaso tiempo transcurrido desde la contratación y la situación de baja y el no menos escaso tiempo transcurrido entre esta situación y el desistimiento empresarial” (FD 5º).

- “[...] La situación de incapacidad temporal no está contemplada en el artículo 49 ET como una válida causa de extinción del contrato, tratándose de una causa de suspensión del contrato a tenor de lo previsto en el artículo 45.1.c) ET” (FD 5º).

- “En el propio contrato de trabajo se pactó que las situaciones de incapacidad temporal durante el periodo de prueba interrumpían su cómputo [...], de lo que se sigue que tras la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal se reanudaba el cómputo del periodo de prueba sin contemplarse la situación de incapacidad temporal como válida causa de extinción del contrato de trabajo” (FD 5º).

- “La empresa no ha aportado ninguna justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (FD 5º).

- “Para desvirtuar los fundados indicios de discriminación por razón de la enfermedad la empresa debía explicar que ocurrió en los escasos cuatro días de prestación de servicios para evidenciar que esta no era satisfactoria y que la causa del desistimiento era esa y no la situación de baja por incapacidad temporal. La empresa no ha ofrecido tal explicación” (FD 5º).

- Nos encontramos, por tanto, ante una extinción del contrato de trabajo adoptada unilateralmente por la empresa y equiparable al despido que debe declararse nula por haber incurrido en discriminación por razón de la enfermedad con las consecuencias previstas en el artículo 55.6 [E]T” (FD 5º).

IX. Comentario

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de les Illes Balears es una sentencia bien fundada, incluido algún elemento circunstancial de su fundamentación sobre el período de prueba como mecanismo racional de eficiencia empresarial y excluida su llamativa falta de referencia al artículo 14 ET y, en menor medida, al XVII convenio colectivo de la empresa TRAGSA. Los pasos sucesivos de su *ratio decidendi* están bien trazados: el “libre” desistimiento de las partes durante el período de prueba no exime de la observancia de los derechos fundamentales de los trabajadores, entre ellos el derecho fundamental a no padecer discriminación por causa prohibida para diferenciar por la Constitución o por la ley; la enfermedad, o condición de salud, o mas estrictamente, la pérdida de capacidad laboral por enfermedad, es causa legal de discriminación en el trabajo, por mandato de la Ley 15/2022; el derecho fundamental a la igualdad ante la ley mantiene diferencias con el derecho fundamental a no sufrir discriminación, ambos proclamados por el art. 14 CE; la prueba indiciaria de la discriminación por la enfermedad del trabajador en la decisión empresarial de desistir

de la prueba traslada la carga de la prueba a la empresa, que la ha incumplido al no aportar justificación alguna sobre la legitimidad de su decisión al margen de la enfermedad del trabajador; el desistimiento empresarial de la prueba y la rescisión consiguiente del contrato discriminó al trabajador por su enfermedad, siendo equivalente a un despido nulo con las consecuencias legalmente anudadas a un despido de esa condición. Realmente, sus mandamientos interpretativos se reducen a dos, relativo el primero a la enfermedad como causa legal de discriminación y atinente el segundo a la mecánica conocida de la prueba de indicios de la discriminación (o de la vulneración de derechos fundamentales), perfectamente identificables en la exposición de su doctrina básica, y en la que seguirá este comentario exponiendo también las críticas por exceso y por defecto que se dirigirán al cuerpo argumentativo de la sentencia.

1. Enfermedad y discriminación

Sabido es que la lista de causas de discriminación del art. 14, 2º inciso, CE no es cerrada, y que el presupuesto primero de una Constitución, de nuestra Constitución, es, como bien señaló I. De Otto, la existencia de la función legislativa. Sabido es también que la prohibición antidiscriminatoria se incorporó a las Constituciones del siglo XX para asegurar el derecho a la igualdad ante la ley (o igualdad normativa), ante un legislador obligado a diferenciar al intervenir en la economía y en las relaciones sociales. Es consustancial al legislador del Estado constitucional diferenciar (“la ley crea ciudadanía [...] al distinguir entre sujetos iguales ante ella”, y al distinguir equipara) en una lógica de diferenciación e igualdad sujeta a un canon de razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias. La desigualdad irrazonable y desproporcionada, arbitraria, es ilegítima, y se convierte en discriminación si la causa de la desigualdad es uno de los motivos odiosos prohibidos expresamente por el art. 14, 2º inciso, CE para diferenciar o es un motivo no previsto expresamente por la Constitución, pero de similar carga denigratoria de la dignidad personal, con una intrínseca inadmisibilidad constitucional para establecer diferencias, análoga a la de los motivos explícitamente mencionados por la Constitución, como la edad (a partir de la STC 75/1983, FJ 3), la discapacidad (a partir de la STC 269/1994, FJ 4), la orientación sexual (STC 41/2006, FJ 3), la transexualidad tratada como orientación sexual (STC 176/2008, FJ 7), la identidad de género y la expresión de género (STC 67/2022, 81/2024), y las circunstancias familiares en su expresión de responsabilidades familiares de trabajador varón que vio denegada su pretensión de realizar su trabajo en horario nocturno para atender a sus hijos de corta edad (únicamente en el caso de la STC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 5).

Establecida la distinción conceptual, las diferencias -materiales, funcionales, técnicas, y de efectos- entre ambos derechos subjetivos son, entre otras, las que recoge el FD 4º de la sentencia balear -el derecho a no padecer discriminación no exige para su verificación de un juicio relacional de igualdad, de un *tertium comparationis* adecuado-, debiendo quedar también fijada la disparidad de ámbitos de actuación de ambos derechos fundamentales, pues mientras el derecho a la igualdad jurídica actúa frente al legislador (frente al sistema normativo) y los aplicadores públicos de la ley (órganos judiciales y administrativos), y no, salvo excepcionalmente, frente a la autonomía de la voluntad, el derecho fundamental a la no discriminación tiene eficacia *erga omnes*, desde luego en las relaciones entre privados, que es el ámbito de la sentencia comentada: una relación contractual de trabajo en prueba.

Tanto la jurisprudencia del TC, como la previa del TS, no habían apreciado en la enfermedad transitoriamente incapacitante de la persona trabajadora una circunstancia personal con el desvalor o el umbral de gravedad necesario, por atentatorio de la dignidad personal, para configurar una causa de discriminación prohibida implícitamente por el art. 14, 2º inciso, CE: “una **enfermedad** temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE” (STC 62/2008, de 26 de mayo, FJ 4). La enfermedad

temporal no era una situación suficientemente desigual, o de irrazonabilidad tan grave que se torna en todo caso en discriminatoria, en el contexto del art. 14 CE. No dejó la STC 62/2008 de declarar que la enfermedad del trabajador, en si misma considerada, podía, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14, 2º inciso, CE (FJ 6).

La STS de 12 de julio de 2012, citada por la sentencia de instancia y la de suplicación, había fallado que el cese en el período de prueba de un trabajador en situación de IT por accidente de trabajo, sin otras circunstancias particulares, no constituía conducta discriminatoria.

La aprobación por NU, el 13 de diciembre de 2006, de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por la UE, motivó que la jurisprudencia del TJUE enlazase la enfermedad de larga duración con la discapacidad, como causa de discriminación en la regulación de la Directiva 2000/78 y de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, entendida como “una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (sentencia de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, *Daouidi*, por todas).

Tras la STC 118/2019, de 16 de octubre, el legislador derogó el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo del art. 52.d) ET (Real Decreto-ley 4/2020 y Ley 1/2020). Sus preámbulos citaron la STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*, que declaró la oposición de la Directiva 2000/78/CE, de su art.2.2.b).i), a una normativa nacional, como la española, que permitía al empresario despedir a un trabajador por sus faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, siendo esas ausencias consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional estatal.

El legislador, que a través de la ley expresa la voluntad general (art. 66 CE) y es el intérprete más cualificado de las convicciones éticas de la sociedad en un momento histórico determinado (*Zagrebelky*), dentro del pluralismo político (art. 1.1 CE), decidió incorporar la enfermedad “o condición de salud” como causa autónoma de discriminación, separada de la discapacidad y sin acotación alguna de tiempo, lugar y modo (art. 2.1 y 3), y hacerlo “en el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección”, prohibiendo las limitaciones, segregaciones o exclusiones por esa causa (art. 9.1), lo que hizo mediante la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

La Ley 15/2022, a tenor de su preámbulo, ha desarrollado la cláusula abierta del art. 14, 2º inciso, CE y, conjuntamente, el derecho a la igualdad jurídica y el mandato de sustantivación de la igualdad dirigido por el constituyente a los poderes públicos (art. 9.2). La STC 89/2024, de 5 de junio, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados y diputadas del grupo parlamentario Vox, entre otros, contra el art. 9.1 de la Ley 15/2022, por razón de las “matizaciones” introducidas por los arts. 2.2 y 4.2 de la Ley en el ámbito de las relaciones privadas, a cuyo tenor caben diferencias de trato por las causas de discriminación prohibidas, que sean razonables y objetivas y proporcionales a un fin legítimo. El art. 2.2 de la Ley contempla el supuesto alternativo, mas coherente con la doctrina tradicional de los derechos fundamentales, de que las diferencias de trato estén autorizadas por norma con rango de ley o 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”, pareciendo referirse a las acciones positivas. El art. 4.2, por su parte, exige que la diferencia de trato derive de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica

objetivamente razonable y proporcionada a la consecución de un fin legítimo. El Tribunal Constitucional se limitó a señalar la necesidad de verificar que la diferencia de trato no encubra o permita encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE — discriminación indirecta—, con cita de numerosa jurisprudencia constitucional (FJ 3).

Sin entrar aquí en la crítica de la confusión legislativa de las técnicas propias y distintas de los derechos a la igualdad normativa y a la no discriminación, la sentencia del TSJ balear es ejemplo del funcionamiento del Estado constitucional de Derecho, de la separación de poderes, y de la sumisión del poder judicial al legislador democrático (art. 1.1 y 117.1 CE). Lo que se resume en el apartado de cabecera de su FD 3º, que dice así: “La doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio de 2012, en la que se fundamenta la sentencia recurrida, no resulta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación aplicable al supuesto que se somete a nuestra consideración a la vista de la fecha en que la empresa tomó la decisión de rescindir el contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba”.

2. Prueba indiciaria de la discriminación por enfermedad sin desvirtuación empresarial

No es preciso añadir nada acerca del funcionamiento de la prueba de indicios, de su razón de ser ante las dificultades probatorias directas de las discriminaciones, y el desplazamiento de la carga probatoria a la parte que presuntamente vulneró el derecho fundamental para, contrarrestar los indicios, dentro del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 CE); ni sobre la normativa regladora de esta prueba, que ya ha quedado expuesta.

El interés de la prueba indiciaria está en la propia sentencia comentada, en su FD 5º: la enfermedad del trabajador es causa legal de discriminación, por tanto la enfermedad es el indicio, “dado el escaso tiempo transcurrido desde la contratación y la situación de baja” (el trabajador fue contratado el 12 de junio de 2023 y cuatro días después, el 16 de junio de 2023, causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común) “y el no menos escaso tiempo transcurrido entre esta situación y el desistimiento empresarial” (el 20 de junio la empresa comunicó al trabajador su decisión de desistir del contrato de trabajo, al no considerar “satisfactoria su prestación de servicios”). El desistimiento empresarial de la prueba tuvo lugar durante la situación de IT del trabajador.

No se refiere la sentencia al XVII Convenio Colectivo de TRAGSA, cuando es bien sabido que el art. 14 ET sitúa parte de su regulación sobre el período de prueba, la de naturaleza dispositiva, en los convenios colectivos, con un llamamiento a la autonomía individual. El 3º de los hechos probados de la sentencia de instancia informa de que la “cláusula tercera del contrato establecía un periodo de prueba de 15 días naturales”, coincidente con la regulación convencional del art. 18.1.a) del XVII Convenio Colectivo de TRAGSA. Lo interesante de la prueba de los hechos es que conocemos la existencia de una cláusula adicional del contrato, del siguiente contenido: “Las situaciones de *incapacidad temporal*, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad *que afecten al trabajador/a durante el periodo de prueba interrumpen el cómputo del mismo*”. El pacto individual trae causa de la regulación legal del art. 14.3.2º ET: “Las situaciones de *incapacidad temporal*, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, *que afecten al trabajador durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes*”. El hecho, pues, es que el acuerdo entre las partes se había producido, excluyendo la duración de la IT del cómputo del período de prueba, lo que refuerza los indicios discriminatorios invocados por el trabajador recurrente. La sentencia es explícita al respecto: de ese hecho “se sigue que tras la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal se reanudaba el cómputo del periodo de prueba sin contemplarse la situación de incapacidad temporal como válida causa de extinción del contrato de trabajo (FD 5º).

Estos indicios, valorados en su conjunto y según las reglas del criterio humano, generan una sospecha fundada de que la decisión de extinguir el contrato estuvo motivada por la enfermedad del trabajador.

Crucial en la fundamentación de la sentencia es el incumplimiento por la empresa de su carga probatoria. Ante la prueba indiciaria seria presentada por el trabajador, recae sobre la empresa la obligación procesal de desvirtuar los indicios, aportando pruebas sólidas y convincentes que demuestren que su decisión de desistir de la prueba y rescindir el contrato se basó en razones objetivas, legítimas y totalmente ajenas a la situación de enfermedad del trabajador. Sin embargo, la “empresa no ha aportado ninguna *justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”. Insiste la sentencia en que la empresa tenía que haber explicado lo ocurrido “en los escasos cuatro días de prestación de servicios” para demostrar que no era satisfactoria “y que la causa del desistimiento era esa y no la situación de baja por incapacidad temporal”, y que no lo hizo (FD 5º). Lo que conduce derechamente a la equiparación de la extinción contractual unilateral por la empresa a un despido nulo por discriminatorio por enfermedad, con las consecuencias del art. 55.6 ET.

X. Apunte final: sobre las causas de discriminación y su carácter abierto en la Constitución

La doctrina constitucionalista ha considerado inconsistente la previsión última, tan abierta, de nuestra norma constitucional que enuncia la prohibición antidiscriminatoria, referida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, en comparación con la “taxatividad” de los motivos discriminatorios que la anteceden.

Tampoco son cerrados los listados de motivos discriminatorios de las normas del Consejo de Europa y, en parte, de la Unión Europea, aunque con distinto nivel de flexibilidad. El art. 14 CEDH y el art. 1 de su Protocolo núm. 12 muestran igual grado de apertura al proscribir toda discriminación en el ejercicio de los derechos “especialmente” por sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o *por “cualquier otra situación”*. En cambio, el art. 21 CDFUE, con menor amplitud, se refiere, como causas de la discriminación que con carácter general prohíbe, “*en particular*”, al sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, así como a la nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados. Por su parte, la formulación normativa que acoge el art. 19.1 TFUE, a efectos de habilitar al Consejo a adoptar acciones legislativas adecuadas para luchar contra la discriminación, es cerrada y ciñe sus motivos al sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Ninguna de estas normas convencionales ha reconocido la enfermedad, o las razones de salud, como causa de discriminación, sin perjuicio de poder hacerlo por sus órganos jurisdiccionales de garantía o mediante la reforma del TFUE, descartada a cualquier efecto por el momento.

La discriminación proscrita es cambiante por naturaleza: adopta nuevas formas, apunta a nuevas diferencias, siempre con el mismo resultado excluyente y degradante contra la dignidad humana. Frente a esta realidad, cerrar la enumeración de sus causas —en la Constitución o en normas internacionales de derechos— es vaciar de sentido su propósito. La prohibición de discriminación se sitúa en el umbral de tolerancia ética de las sociedades y es garantía de la universalidad de los derechos fundamentales. El TEDH ha reconocido que ciertas condiciones de salud pueden entrar dentro del ámbito de “otra situación”, que el trato diferente basado en la enfermedad y sin justificación objetiva es discriminatorio, y, en casos que implican discapacidad derivada de una enfermedad, aplica la prohibición de discriminación, como el TJUE. La tutela explícita del legislador español, su libre decisión de ofrecer una protección directa de las personas que no pueden trabajar por causa de enfermedad, está dentro de su margen de apreciación política y de su libertad de

configuración constitucional en el ámbito del art. 14 CE. Ya el legislador del primer ET de 1980 hizo uso de esa libertad de configuración para ampliar las causas de discriminación en las relaciones laborales (art. 17.1). En 2022, la sociedad reconocía ampliamente la relevancia de la salud laboral -habíamos pasado la terrible experiencia de la Covid- y la necesidad de evitar que la enfermedad, siendo realmente tal, obstaculizara las oportunidades de trabajo, priorizando la integración sobre la marginación, tal como promueven las sociedades democráticas avanzadas.

Referencias:

1. [^] *Rec. 1789/2011, ECLI:ES:TS:2012:5912*