

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES SANITARIAS: EL IMPACTO DEL COVID-19 EN LAS RELACIONES LABORALES*

DISCRIMINATION FOR HEALTH REASONS:
THE IMPACT OF COVID-19 ON LABOR RELATIONS

DISCRIMINATION POUR DES RAISONS DE SANTÉ:
L'IMPACT DU COVID-19 SUR LES RELATIONS DE TRAVAIL

María Luisa PÉREZ GUERRERO**

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es el análisis de las nuevas formas de discriminación por razones sanitarias, provocadas por la irrupción del virus SARS-CoV-2 en nuestras vidas, en el ámbito de las relaciones laborales. Analizaremos los mecanismos de protección que nuestro ordenamiento jurídico arbitra frente a estas nuevas formas de discriminación tanto en el acceso al empleo, como en el desarrollo de la relación laboral o en el momento de su extinción. Ante la aplicación de normas aparentemente neutras, pueden subyacer comportamientos discriminatorios que frente a ciertos grupos de personas. Analizaremos en primer lugar en qué medida estos actos discriminatorios suponen la lesión de otros derechos fundamentales como la intimidad, la dignidad o la protección de los datos personales relacionados con la salud. En segundo lugar, nos centraremos en determinar en qué medida las decisiones empresariales causadas por la situación de salud de los trabajadores vulneran el principio de igualdad y no discrimi-

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social (US-1264479).

** Catedrático de Universidad del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Sevilla. Becario FPI, de la Fundación Oriol Urquijo y del Real Colegio de España en Bolonia.



minación. Y, finalmente, analizaremos la calificación del despido fundado en causas relacionadas con el COVID-19.

Palabras clave: discriminación, COVID-19, derecho a la intimidad, protección de datos personales, acceso al empleo, despido.

ABSTRACT: This paper analyzes the new forms of discrimination for health reasons, cause the irruption of the SARS-Cov-2 virus in our lives, in the field of labor relations. We will analyze the protection mechanisms that our legal system arbitrates against these new forms of discrimination both in access to employment, as in the development of the employment relationship or at the time of its termination. Faced with the application of apparently neutral norms, discriminatory behaviors may underlie that towards certain groups of people. First of all, we will analyze how these discriminatory acts can violate other fundamental rights such as privacy, dignity or the protection of personal data related to health. Second, we will focus on determining when business decisions caused by the health situation of workers violate the principle of equality and non-discrimination. And, finally, we will analyze the classification of the dismissal based on causes related to COVID 19.

Keywords: discrimination, COVID 19, right to privacy, protection of personal data, access to employment, dismissal.

RÉSUMÉ: L'objectif de ce travail est l'analyse des nouvelles formes de discrimination pour raisons de santé, causées par l'irruption du virus SARS-Cov-2 dans nos vies, dans le domaine des relations de travail. Nous analyserons les mécanismes de protection que notre système juridique arbitre contre ces nouvelles formes de discrimination aussi tant dans l'accès à l'emploi, que dans le développement de la relation de travail ou au moment de sa rupture. Face à l'application de normes apparemment neutres, des comportements discriminatoires peuvent sous-tendre cela à l'égard de certains groupes de personnes. Nous analyserons d'abord dans quelle mesure ces actes discriminatoires violent d'autres droits fondamentaux tels que la vie privée, la dignité ou la protection des données personnelles liées à la santé. Deuxièmement, nous concentrerons sur la détermination de la mesure dans laquelle les décisions commerciales causées par la situation sanitaire des travailleurs violent le principe d'égalité et de non-discrimination. Et, enfin, nous analyserons la classification du licenciement en fonction des causes liées au COVID 19.

Mots clés: discrimination, COVID 19, droit à la vie privée, protection des données personnelles, accès à l'emploi, licenciement.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Discriminación por COVID-19 en el acceso al empleo.* III. *El despido discriminatorio por causas relativas a la COVID-19.* IV. *La carga de la prueba en los procesos por discriminación.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Las características personales de los trabajadores y su forma de desenvolverse en el ámbito laboral constituyen factores físicos o sociológicos que pueden estar en el origen de conductas discriminatorias que impidan, por lo que a nosotros interesa, el acceso al empleo. Muchos de estos factores, en combinación con las nuevas tecnologías y la digitalización e informatización de los procesos de selección, crean nuevas formas de discriminación, apenas apreciables, si no se dedica parte de nuestra atención a su estudio y control. Junto a las causas “tradicionales” de discriminación, que aún hoy son fácilmente perceptibles si bien con ciertos cambios en su forma de manifestarse, podemos encontrar nuevas causas provocadas por acontecimientos de naturaleza global como la crisis sanitaria que vivimos desde principios de 2020 generada tras la aparición del virus SARS-CoV-2, conocido como COVID-19.

Es esta crisis sanitaria un factor que ha afectado a las relaciones laborales de forma global y ha tenido un importante impacto en la economía y en el mercado laboral. A la crisis económica que ya veníamos arrastrando en la mayor parte del planeta, se une la necesidad de paralizar la actividad económica como única arma para luchar contra la propagación de una enfermedad cuya transmisión se produce precisamente por la congregación de personas en un mismo lugar. Esto ha determinado que todos los gobiernos busquen medidas que, a través del aislamiento social, permitan frenar la transmisión de la enfermedad; pero también ha llevado a las empresas a tener que imaginar formas de adaptar la producción y la actividad económica a las nuevas circunstancias socio-sanitarias.

Una de estas medidas ha sido la prevención frente al riesgo generado por el agente biológico causante de la crisis sanitaria, el virus. Para ello, la detección a tiempo de la enfermedad, dado el poco conocimiento inicial de la misma, ha constituido un factor fundamental para evitar que, tras el contagio de una plantilla o parte de ella, se tuvieran que adoptar medidas de aislamiento de personas que impidieran la continuación de la actividad empresarial. A medida que fui-

mos avanzando en el conocimiento de la enfermedad, la mayoría de las instituciones gubernamentales e internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, comenzaron a recomendar la realización de pruebas que permitieran detectar el virus, especialmente en las personas que resultaban asintomáticas al padecer la enfermedad, como medio de prevención y contención de la enfermedad.

Una de estas medidas es la realización de pruebas serológicas o de determinación del padecimiento de la enfermedad en tiempo real. El carácter de las pruebas y su voluntariedad o no, ha generado importantes dudas en las empresas y sus servicios médicos o de prevención de riesgos laborales; que además debían seguir las indicaciones de sus gobiernos, quienes, como en el caso español, ante la imposibilidad de contar con suficientes pruebas de detección, optó por recomendar su realización solo en caso de existencia de síntomas, primero, y más tarde, condicionada a una prescripción médica. Pero también ha estado en el punto de mira de los tribunales los actos de algunas empresas dirigidos a impedir la reincorporación de los trabajadores, a través de la no renovación de contratos de duración determinada o a través del despido. Estas prácticas han sido calificadas por algunos tribunales sociales como discriminatorias.

También se han calificado como discriminatorias las prácticas que, de forma directa o indirecta, impiden el acceso al empleo a quienes no estén inmunizados frente a la enfermedad, bien por no haberse contagiado o bien por no haber resultado vacunados, cuando, como sabemos, esto no es algo que los trabajadores puedan decidir, ya que, de momento, el acceso a las vacunas es limitado y depende de los gobiernos.

Todas estas cuestiones determinan la necesidad de analizar los primeros pronunciamientos judiciales y la interpretación de la normativa antidiscriminación tanto en el ámbito nacional como en el supranacional.

II. DISCRIMINACIÓN POR COVID-19 EN EL ACCESO AL EMPLEO

La discriminación en el acceso al empleo puede analizarse desde el punto de vista de quien trata de acceder por primera vez a un puesto de trabajo en una empresa pública o privada, o bien, como la discriminación que tiene lugar al no renovar a una persona trabajadora tras la finalización de un contrato de naturaleza temporal o impedir la transformación de su contrato temporal en otro de carácter indefinido sobre la base criterios arbitrarios o discriminatorios.

1. Marco europeo de la normativa antidiscriminación en el acceso al empleo

Resulta de vital importancia considerar la normativa europea, de la que hemos importado conceptos claves, así como la regulación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito específico del acceso al empleo.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su artículo 21, íntimamente relacionado con el 20 sobre el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley, la prohibición genérica de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de 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.

Como se puede observar, el conjunto de causas específicas de no discriminación es bastante amplio y recoge, con detalle, la mayor parte de las que conocemos como causas tradicionales de discriminación y que encontramos enumeradas de forma muy similar en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Junto a ellas, es posible encontrar nuevas causas de discriminación que, si bien algunas de ellas pueden encuadrarse dentro de las enumeradas en el precepto, otras tienen difícil encaje por su novedad y reciente aparición, como la discriminación por enfermedad que tratamos en nuestro estudio. Algunos autores han preferido la denominación de causas de primera generación, para referirse al género, la nacionalidad y el origen, y causas de segunda generación para referirse al conjunto de causas que consideramos de aparición más reciente, como son la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la raza, el origen étnico, color o pertenencia a minoría nacional, la religión o creencia, la lengua, el origen social, nacimiento y propiedad, las opiniones políticas y de otra índole, la paternidad, el estado civil, la pertenencia a una organización o el lugar de residencia.¹ E incluso, podríamos hablar ya de causas de tercera generación si consideramos los nuevos factores de discriminación que representa el uso de la Inteligencia Artificial y los algoritmos en las empresas, o la situación sanitaria de pandemia, con todas sus consecuencias. Sin duda, este conjunto de causas de nueva generación se actualiza continuamente con la aparición de forma constante de nuevas causas de discriminación, debido a la transformación del mundo del trabajo.

¹ Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz, “Igualdad y no discriminación en el acceso al empleo”, en García Murcia, Joaquín (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea*, España, 2017, p. 446.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) ha considerado extensible el artículo 21 de la Carta Europea y la prohibición de discriminación a otros factores, como, por ejemplo, los relacionados con el aspecto físico de las personas, como la estatura,² la obesidad,³ la apariencia física,⁴ en lo que se puede denominar una interpretación extensiva del artículo 21 de la Carta.⁵

Como hemos dicho anteriormente, la situación sanitaria actual también ha determinado la existencia de causas de exclusión social que se trasladan al ámbito laboral, la posibilidad de contagio ante la nueva pandemia que asola Europa y gran parte del territorio mundial ha marcado un antes y un después en la economía mundial y en las relaciones laborales; lo que tiene su reflejo en la forma de acceder al empleo.

Estas nuevas causas de discriminación precisan instrumentos de protección frente a ellas, que puede extraerse de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que renuncia a actualizar el elenco de causas recogidas en el artículo 14,⁶ y de la Carta de Derechos Europeas. Pues, como ha defendido la doctrina, no se trata de listas exhaustivas, de modo que la inclusión de factores o motivos adicionales podría llevar a la interpretación contraria.⁷ En el caso de la Carta de Derechos Fundamentales no encontramos en el artículo 21 una enumeración cerrada, sino una cláusula de concreción de causas; interpretación que surge porque dicha enumeración de causas va precedida de la expresión “en particular”.⁸

Por su parte, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la UE se refiere a la adopción de medidas, políticas y acciones, para luchar contra toda forma de discriminación “por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Y por lo que se refiere a la adop-

² Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2017, Asunto C-409/16, *Ypourgos Esoterikon y Maria-Eleni Kalliri*.

³ Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-354/13), *Fagor Arbejde c. Kommunerne Landsforening*.

⁴ Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2017, Asunto C-188/15, *Asma Bougnaoui y otros c. Micropole*.

⁵ Barrero Ortega, Abraham, “Igualdad, no discriminación y acción positiva (un apunte desde la carta)”, 2020, en *Blog Trabajo, persona, derecho y mercado*, 9 de diciembre de 2020, disponible en: <http://grupo.us.es/imp/2020/12/09/igualdad-no-discriminacion-y-accion-positiva-un-apunte-desde-la-carta/>.

⁶ Es la interpretación que contiene en la Memoria explicativa del Protocolo 12 al Convenio para la Protección de los derechos Humanos y Libertades Fundamentales (núm. 177 del Consejo de Europa).

⁷ Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz, “Igualdad y no discriminación...”, *cit.* p. 147.

⁸ Barrero Ortega, Abraham, “Igualdad, no discriminación...”, *cit.*

ción de normas específicas, el artículo 19 del mismo Tratado establece que “el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Por su parte, el artículo 157.3 del mismo texto fundamental establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”.

En materia de lucha contra la discriminación son varias las Directivas elaboradas por la Unión Europea. Cronológicamente se elaboró, en primer lugar, la Directiva 2000/43 del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico,⁹ norma que se completó con la que a nosotros afecta en este estudio, la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, del 27 de noviembre de 2000,¹⁰ relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que se elaboró con vocación de establecer un marco general para luchar contra la discriminación en el ámbito laboral. Finalmente, el proceso de elaboración de directivas comunitarias antidiscriminatorias se completa con la aprobación de las Directivas 2004/113/CE del Consejo, del 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro¹¹ y la 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación,¹² Aunque no podemos olvidar que el acervo comunitario regulador de la igualdad de trato entre mujeres y hombres contaba con normas bastante más antiguas y de consolidada aplicación en el ámbito comunitario. Tal es el caso de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.¹³

⁹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 180 del 19 de julio de 2000.

¹⁰ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 303 del 2 de diciembre de 2000.

¹¹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 373 del 21 de diciembre de 2004.

¹² *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 204 del 26 de julio de 2006.

¹³ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 39 del 14 de febrero de 1976.

Sin perder de vista todo el conjunto de directivas antidiscriminación del ámbito comunitario, debemos detenernos en la Directiva elaborada con carácter específico para la consecución de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; lo que incluye, pues, el acceso al empleo. Esta Directiva 2000/78, del 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, nace con el objetivo de dar cumplimiento a las Directrices para el empleo del año 2000, del Consejo Europeo, conforme a las cuales se pretende promover “un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación”. La Directiva pretende como objetivo, en su artículo primero, “establecer un marco general para luchar contra la discriminación”, mencionando a continuación los motivos más relevantes, como son “la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación”.

Es interesante hacer dos consideraciones al respecto, en primer lugar, aunque la enumeración de las causas de discriminación recogidas en el artículo primero de la Directiva deja fuera muchas otras causas de discriminación, que no se encuentran recogidas en ninguna otra Directiva comunitaria, no por ello hemos de considerar que no exista amparo para la invocación del principio de igualdad de trato en la normativa comunitaria, pues muchas de ellas sí están en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, como hemos dicho, utiliza una fórmula más abierta en la enumeración de algunas causas de discriminación. Además, la eficacia vertical de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales, en particular del artículo 21, puede extenderse a cualquier ámbito, incluyendo, por tanto, el del acceso al empleo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado en muchas ocasiones la aplicación de los derechos recogidos en la Carta y ha reconocido su aplicación como instrumento interpretativo, otorgándole el mismo valor jurídico que los tratados, cuando se trata de juzgar pretensiones de los particulares frente a los Estados miembros, en los que se reclama el reconocimiento de dichos derechos fundamentales.¹⁴ E incluso, cuando nos situamos en el ámbito de las relaciones entre particulares, el Tribunal ha reconocido un efecto directo a las disposiciones de los tratados que conceden derechos a los particulares, y

¹⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, p. 35, citando la STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*.

que han de ser tutelados por el juez nacional.¹⁵ Interpretación que debemos extender, por tanto, a la Carta de Derechos Fundamentales.

En segundo lugar, en relación con el ámbito de aplicación de esta prohibición de discriminación, el artículo tercero de la Directiva 2000/78 aclara que ésta resultará de aplicación a todas las personas tanto en el sector público como en el privado, y en relación con, entre otras, “las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción”. Así lo ha expresado también el Tribunal de Justicia de la UE cuando indica que “esta Directiva es aplicable a una persona que trata de acceder a un empleo, incluso en lo referido a los criterios de selección y las condiciones de contratación para ese empleo”; lo que se extiende, tanto a la Directiva 2000/78, como a las Directivas 2000/43 y 2006/54, sobre igualdad y no discriminación por origen racial y étnico y entre mujeres y hombres, respectivamente.¹⁶

Así pues, no cabe duda de la aplicación de las Directivas antidiscriminación a los procesos de selección para el acceso al empleo, la oferta, la modalidad contractual elegida y todos aquellos actos jurídicos relativo al proceso de contratación; procesos, algunos de ellos, en los que la persona aspirante al puesto de trabajo aún no ha adquirido la condición de trabajador, lo que le sitúa en una posición aún más vulnerable.

Por último, no podemos olvidar la especial referencia que la Directiva hace a los conceptos de discriminación directa e indirecta en su artículo segundo, a través del cual nos recuerda la norma que los Estados miembros habrán de estar atentos para prevenir cualquier situación de discriminación en ambas modalidades, incluyendo, por tanto, aquellas disposiciones, normas o prácticas que, con una apariencia de legitimidad o neutralidad, ocasionen una desventaja particular a las personas en el proceso de acceso al empleo.

2. *La vigilancia de la salud del trabajador y la vacunación como instrumentos generadores de prácticas discriminatorias en el acceso al empleo*

Tras la crisis sanitaria de 2020, asistimos en el primer trimestre de 2021 a un proceso de vacunación a nivel mundial, cuya pretensión es la de inmunizar al

¹⁵ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10, *Caso Meister*, y del 28 de julio de 2016, Asunto C-423/15, *Caso Krazzer*.

mayor número posible de personas contra el virus causante del SARS-CoV-2, conocido como COVID-19. Este proceso tiene una finalidad sanitaria, sin duda, pero también persigue un fin de carácter económico; la superación de la crisis económica que se ha generado como consecuencia de la paralización o disminución de la productividad de muchas actividades, especialmente las relacionadas con el turismo y la hostelería. Una reactivación de estos sectores permitirá contribuir a la recuperación económica de muchos países, por lo que se barajan medidas relacionadas con la acreditación de la ausencia de enfermedad o de la situación de vacunación frente a la misma. Entre las medidas que se pretenden implantar, se incluye la de un certificado de encontrarse vacunado frente al COVID-19, lo que pretende garantizar que no se producirá el contagio masivo que ha dado lugar a la crisis sanitaria o, según indican algunos expertos, a mutaciones del virus que la ha causado y que podría eliminar la eficacia de las vacunas existentes.

La ausencia del riesgo de ser contagiado o bien de propagar la enfermedad se ha convertido en un factor decisivo a la hora de permitir el movimiento entre los diferentes países. Las autoridades gubernativas de la mayoría de los países han venido exigiendo pruebas clínicas, realizadas con una antelación suficiente al viaje, para permitir el ingreso de personas en sus respectivos países. Y ahora, en una segunda fase, iniciado el proceso de vacunación, se habla de la posibilidad de crear un documento oficial o “pasaporte” digital a nivel europeo, que contenga los datos de vacunación, como requisito necesario para el acceso a algunos países.¹⁷ E incluso hay países que ya lo han puesto en práctica.¹⁸

Tanto la OMS como las autoridades comunitarias europeas han advertido de los riesgos que estas medidas suponen para la discriminación, considerando, principalmente, que el acceso a las vacunas es hoy, aún, bastante restringido; por lo que se limitará, de momento, a facilitar la movilidad de las personas sin llegar a condicionar la libre circulación de personas, que es un derecho reconocido en la Unión Europea.¹⁹

¹⁷ La Comisión Europea ha presentado una Propuesta de Reglamento para la implantación del “Digital Green Pass” que es posible que se apruebe en los próximos meses. Puede consultarse la propuesta de Reglamento y el calendario de implantación en la dirección https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/covid-19-digital-green-certificates_es.

¹⁸ Tal es el caso de Israel, según la cadena de noticias CNN: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/02/26/desafios-globales-pasaporte-covid-19-israel-jose-levy-podcast-orix/>.

¹⁹ Así lo establece la página web de la Comisión Europea que explica la “Digital Green Pass”: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/covid-19-digital-green-certificates_es.

Sin embargo, en estos momentos podemos observar que estas decisiones se trasladan al ámbito del empleo, en forma de obligación de vacunación para los empleados, pero también al impedir el acceso al empleo de aquellos que no lo estén, lo que podría generar igualmente actos discriminatorios en el acceso al empleo.

Como regla general, podemos afirmar que, dadas las circunstancias actuales de limitación en el acceso a las vacunas, así como de control gubernativo de este proceso, la exigencia de un certificado de vacunación para poder acceder a un empleo no es, a nuestro entender, un requisito lícito ni respetuoso con el principio de igualdad y no discriminación, reconocido en nuestra Constitución y en numerosos textos fundamentales del derecho internacional y comunitario. Son varios los argumentos que nos llevan a la citada conclusión.

En primer lugar, hemos de considerar que los datos relacionados con la salud de los aspirantes o candidatos a un puesto de trabajo se encuentran dentro de la categoría de datos especialmente sensibles, que recoge el Reglamento Europeo y, por la misma razón, la Ley Orgánica de Protección de Datos en España.²⁰ Así, el artículo 9o. del Reglamento General de Protección de Datos Europeo²¹ extiende la prohibición de tratamiento de datos personales a “los datos relativos a la salud”, por lo que estamos dentro del ámbito de la protección de datos personales. El propio Reglamento los define como “datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”. Estos datos especialmente sensibles, no podrán ser recabados ni tratados por el empresario salvo que concurra alguna de las excepciones previstas en el apartado segundo del mismo precepto. Veamos algunas de ellas:

Por un lado, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la prohibición no es aplicable si existe un consentimiento explícito del interesado. Pero también dicho consentimiento tiene una limitación, amparada por el propio Reglamento que remite a los Estados miembros la posibilidad de regular los supuestos en los que la prohibición no pueda ser levantada por el interesado,²² con la intención de proteger y blindar el principio de igualdad y no discriminación. De forma que, si el tipo de dato personal al que se quiere acceder tiene carácter sensible

²⁰ Bolefín Oficial del Estado n.ºm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

²¹ Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la proteccf3n de las personas ffsicas en los que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulaci3n de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DO L 4.5.2016.

²² Artfculo 9.2 a) del Reglamento.

y puede dar lugar a conductas discriminatorias, podría verse limitada la eficacia del consentimiento por la normativa interna de los Estados.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica de Protección de Datos, con la intención de impedir la validez del consentimiento cuando el objetivo del tratamiento de datos se dirija a identificar factores que puedan ser causa de un trato discriminatorio de la persona, regula en el artículo 9o. las categorías de datos para los que el consentimiento del interesado no será suficiente para levantar la prohibición de tratamiento, aunque no menciona expresamente la salud o los datos biológicos, los cuales contempla en otros apartados de la norma para remitir, como veremos, a la normativa sobre protección de la salud de los trabajadores en el ámbito laboral.

Por otro lado, el Reglamento Europeo incluye una segunda limitación en aquellos casos en que el tratamiento de los datos especiales sea necesario “para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad”²³ o bien que sea necesario “para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social o gestión de sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros”.²⁴ Así, será preciso conectar esta excepción con la normativa interna sobre prevención de riesgos laborales.

La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales²⁵ contiene una previsión expresa de protección de los datos de los trabajadores en el ámbito de la vigilancia de la salud, garantizando que “las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”,²⁶ limitando el conocimiento por parte del empresario a aquellos datos de la salud del trabajador que tengan relación con “el desempeño del puesto de trabajo o la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección” y garantizando que “el acceso a la información médica se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores”. Y declarando expresamente que “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio

²³ Artículo 9.2 b).

²⁴ Artículo 9.2 h).

²⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 269, del 10 de noviembre de 1995, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>.

²⁶ Artículo 22.2.

del trabajador”.²⁷ Límites perfectamente extrapolables a los posibles controles de salud que se realicen a los participantes en un proceso de selección para el acceso a un empleo.²⁸ Incluso regula en qué supuestos puede resultar obligatorio el sometimiento a un reconocimiento médico en la empresa, como veremos más adelante.

Hemos de añadir que, además de esta regulación sobre el tratamiento de los datos relativos a la salud de las personas, el artículo 7o. de la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica,²⁹ también garantiza la confidencialidad de los datos sobre la salud y la necesidad de autorización “amparada por la ley” para poder acceder a ellos.

Esto nos aclara el sistema de protección de datos de carácter sanitario y su tratamiento en el ámbito del acceso al empleo. Por ello, debemos considerar si, desde el punto de vista constitucional, la exigencia de un certificado o documento que acredite estar libre de la enfermedad o, más concretamente, haber sido vacunado frente a ella, constituye una medida lícita como requisito a imponer en un proceso de selección.

Desde la perspectiva constitucional española debemos considerar que dicha exigencia y su puesta en práctica podría tener implicaciones en muchos derechos de la persona, pero, sobre todo, en dos derechos fundamentales, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE y el derecho a no ser discriminado del artículo 14, relacionado con la protección de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10, y su intimidad, tal y como reconoce el artículo 18.

De este modo, como ya señalara algún autor, es preciso determinar si dicha exigencia, supera el test o juicio de validez constitucional, necesario para poder justificar la limitación de un derecho fundamental como el acceso al empleo.³⁰ Es decir, si la exigencia de este documento constituye una medida indispensable para el acceso al empleo, si es necesaria y no puede acudirse a otra medida menos lesiva con los derechos de los aspirantes, y, finalmente, si es proporcio-

²⁷ Artículo 22.4.

²⁸ De Val Tena, Ángel Luis, “La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores, en particular, aquellos datos especialmente sensibles”, *Documentación Laboral*, 119, 2020, p. 117.

²⁹ Boletín Oficial del Estado núm. 274, del 15 de noviembre de 2002.

³⁰ Pérez Domínguez, Fernando, “Pasaporte Covid: ¿pasaporte hacia un empleo?”, *Blog Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 30 de octubre de 2020, disponible en: <http://grupo.us.es/inpr/2020/10/30/pasaporte-covid-los-efectos-negativos-de-un-mero-anuncio-por-que-los-experimentos-conviene-hacerlos-con-gaseosa-en-lugar-de-con-derechos-fundamentales-pasaporte-hacia-un-empleo/>.

nal o equilibrada en relación con la limitación de otros derechos como los ya citados.³¹

En primer lugar, hemos de considerar que se trata de una medida restrictiva de derechos, que, en el caso de aplicarse como requisito para el acceso al empleo, limitaría el propio derecho al trabajo reconocido en nuestra Constitución en el artículo 35, pero, a su vez, generaría una conducta contraria al artículo 14 de la Constitución que reconoce el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación. La finalidad que persigue la exigencia de un certificado de vacunación o de estar libre de la enfermedad, podría considerarse legítima a priori, por razones de salud pública, especialmente en casos en que el trabajo requiera garantizar la ausencia total de contagio. Tal es el supuesto planteado en el ámbito sanitario y de los servicios sociales, en particular, en lo que se refiere a la atención de personas mayores y colectivos con enfermedades relacionadas con el sistema inmunitario, que son especialmente vulnerables a la enfermedad provocada por el COVID-19, a quienes podría generarles un resultado mortal. En estos supuestos, como decimos, podría considerarse una medida necesaria para evitar contraer la enfermedad; sin embargo, tal y como se ha venido demostrando y advirtiendo por las autoridades sanitarias, no lo es tanto para evitar el contagio. Es decir, que una persona vacunada contra la enfermedad podría contagiar igualmente, aunque no sufriera los efectos tan graves de la misma.

Desde este punto de vista, la medida superaría el juicio de necesidad, pero no el de idoneidad, que implica buscar la medida más adecuada al fin que se pretende conseguir; pues resultaría más adecuado realizar controles sanitarios, pruebas PCR, toma de temperatura, etcétera, que permitan conocer si la persona padece la enfermedad.³²

Finalmente, la medida tampoco superaría el juicio de proporcionalidad propiamente dicho, pues resulta claramente desproporcionada por afectar, como hemos dicho, a otros derechos o bienes jurídicos, como la intimidad y la protección de datos personales.³³

³¹ Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional Español, vienen aplicando este test de proporcionalidad para analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida que pueda limitar un derecho fundamental reconocido en cualquiera de las normas fundamentales de ambos ordenamientos; es decir, si la medida o medidas adoptadas que lesionan derechos fundamentales están justificadas por una finalidad legítima y si son adecuadas y proporcionales, observando en particular que la finalidad legítima perseguida por el empleador no podía alcanzarse con medidas menos intrusivas para los derechos afectados. Véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda) y Sentencia del Tribunal Constitucional Español 186/2000.

³² Pérez Domínguez, Fernando, *op. cit.*

³³ *Idem.*

En esta línea de argumentación, otra cuestión diferente es la obligatoriedad o no de someterse a reconocimientos médicos o pruebas dirigidas a detectar la enfermedad, porque, también en estos casos, existen importantes limitaciones cuyo objetivo es precisamente evitar los actos discriminatorios.

Es interesante considerar la jurisprudencia sobre la obligatoriedad de someterse a un control o vigilancia de la salud antes del acceso al empleo. Esta obligación aparece recogida en muchos convenios colectivos, de modo que nuestros tribunales han venido aceptando esta obligatoriedad de someterse a reconocimientos médicos con ciertas limitaciones:

En primer lugar, es el Reglamento de Servicios de Prevención³⁴ el que establece, en desarrollo del deber de vigilancia de la salud recogido en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales,³⁵ la obligación del empresario de la evaluación inicial de la salud de los trabajadores después de la incorporación al trabajo. No tratándose, por tanto, de una obligación previa al proceso de selección sino a la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo.³⁶ Interpretación que es corroborada por el propio Tribunal Constitucional que considera que “el reconocimiento médico en la relación laboral no es una facultad que se reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar”.³⁷

Se configura, así, la obligación legal del empresario de vigilar la salud de los trabajadores, para quienes someterse o no a los reconocimientos médicos constituye un derecho, que requiere su consentimiento libre, voluntario e informado.³⁸

Tan solo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece como excepciones a esa voluntariedad los supuestos en los que

la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evitar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa

³⁴ Aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, Boletín Oficial del Estado núm. 27 del 31 de enero.

³⁵ Ley 31/1995, del 8 de noviembre, Boletín Oficial del Estado núm. 269, de 10 de noviembre.

³⁶ Igartua Miró, María Teresa, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, Tecnos, 2011, p. 169.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, del 15 de noviembre, Boletín Oficial del Estado núm. 306, del 21 de diciembre de 2004.

³⁸ De nuevo Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004.

o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

De ese modo, salvo que nos encontremos ante alguna de estas tres excepciones, es decir, ante la posibilidad de que un trabajador presente síntomas compatibles con la enfermedad o hubiese estado en situación de riesgo de contagio, los reconocimientos médicos y pruebas dirigidas a la comprobación del estado de salud de los trabajadores, serán, como regla general, voluntarios. Ahora bien, estas reglas son compatibles con lo preceptuado en el artículo 243 de la Ley General de la Seguridad Social para aquellas empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, las cuales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos, sin que puedan contratar a aquellos trabajadores que no hayan sido considerados aptos en el mismo.³⁹

Por tanto, dependiendo de la actividad y el puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador, nos encontraremos ante un supuesto u otro. Habremos de distinguir cuándo un determinado puesto de trabajo exige un control periódico de la salud del trabajador por la exposición permanente al virus —por ejemplo, el personal sanitario de un hospital— y qué medidas de control son las adecuadas para respetar las garantías recogidas en nuestra legislación en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.⁴⁰ Estas garantías son la obligación de optar por los reconocimientos o pruebas que causen menores molestias al trabajador, que sean proporcionales al riesgo, respetuosas con el derecho a la intimidad y la dignidad del trabajador, y la obligación de que se realicen por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada, respetando siempre la confidencialidad de toda la información relacionada con el estado de salud del trabajador. En consecuencia, la empresa sí puede obligar, entendemos, a los trabajadores a someterse a una prueba de diagnóstico como es la PCR, ya que es la única manera de poder preservar la salud del colectivo de

³⁹ Debemos considerar que la Directiva (UE) 2020/739 del 3 de junio, de la Comisión Europea, incluye este virus SARS-CoV-2 como agente biológico a efectos de su consideración en el mundo del trabajo; y el Gobierno de España desarrolló a Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre por la que se modificó el Real Decreto 664/1997, del 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

⁴⁰ También será preciso seguir el procedimiento de actuación establecido por el Ministerio de Trabajo para los Servicios de Prevención frente a la exposición al SARS-CoV-2, y publicado el 15 de febrero de 2021.

trabajadores y evitar contagios, y es respetuosa con la protección de la intimidad y la dignidad del trabajador ya que sólo detecta si se padece o no la enfermedad en un determinado momento.

El empresario sólo conocerá si del resultado del reconocimiento o prueba se deduce el carácter de apto o no del trabajador; que, en caso de que se detecte que padece la enfermedad COVID-19, constituirá una razón para impedir su incorporación inmediata al puesto de trabajo, pero no su contratación.

Cuestión distinta es la que tiene que ver con los denominados “test de anticuerpos” o pruebas que van dirigidas a detectar la existencia de anticuerpos de la COVID-19, es decir, a detectar si la persona ha estado infectada. En este caso, la Agencia Española de Protección de Datos sostiene, de acuerdo con nuestra legislación, que

solicitar información sobre el estado de inmunidad frente a la COVID-19 iría más allá de las obligaciones y derechos específicos que impone a la empresa la legislación del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en particular, del deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.⁴¹

Por último, hemos de considerar que la exigencia de la realización de pruebas diagnósticas del padecimiento de la enfermedad, por cuenta de la persona que accede al proceso de selección, también podría generar una causa de discriminación de carácter económico, dado el conocido precio al que ascienden estas pruebas.

III. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CAUSAS RELATIVAS A LA COVID-19

Otro aspecto que debemos considerar cuando analizamos las causas de discriminación relacionadas con la COVID-19 afecta a la extinción de la relación laboral que tiene su causa en el padecimiento de la enfermedad o guarda relación con ella.

⁴¹ Comunicado de la Agencia Española de Protección de Datos sobre la información acerca de tener anticuerpos de la COVID-19 para la oferta y búsqueda de empleo, 18 de junio de 2020, disponible en: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-AEPD-covid-19-oferta-busqueda-empleo>.

Poco a poco nuestros tribunales van conociendo supuestos de despido en los que la causa está relacionada con la enfermedad, sus secuelas, la falta de asistencia al trabajo por miedo al contagio o la negativa de los trabajadores a realizarse ciertas pruebas diagnósticas o incluso a vacunarse. Y en todos ellos, hemos detectado que falta uniformidad a la hora de declarar la improcedencia, por falta de causa justificada en el despido, o la nulidad, por tener por móvil cualquiera de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley.

Hasta ahora, teníamos claro que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo los dictados del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, distinguía el despido por “enfermedad en cuanto tal” del despido por discapacidad;⁴² siendo este último nulo, al estar protegido por la Directiva anti-discriminación 2000/78.⁴³

En una interpretación extensiva del concepto de “discapacidad”, incluido como causa de discriminación directa o indirecta en la Directiva 2000/78, el TJUE considera que la Directiva “se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, incluso cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de este trabajador”.⁴⁴ Pues el concepto de discapacidad que contiene la Directiva debe entenderse referido a “una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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”,⁴⁵ siendo por tanto indiferente al efecto de aplicar la Directiva, la declaración o no en el ámbito nacional de la discapacidad.⁴⁶

⁴² Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 11 de julio de 2008 (asunto C-13/05, *Chacón Navas*) y de 11 de abril de 2013 (asuntos C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark*).

⁴³ Sobre esta materia vid en extenso el Post-blog de Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, “Extinción del contrato durante enfermedad o dolencia de larga duración: Doctrinas Chacón Navas, Danmark, Daoudi y Ruiz Conejero y su recepción interna”, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/03/19/extincion-del-contrato-durante-enfermedad-o-dolencia-de-larga-duracion-doctrinas-chacon-navas-danmark-daoudi-y-ruiz-conejero-y-su-recepcion-interna/>.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo 2017 (asunto C-406/15, *Milkova*).

⁴⁶ De nuevo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*).

Por tanto, corresponde al juez nacional determinar cuándo estamos ante la situación de enfermedad de larga duración asimilable al concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 y cuándo el despido obedece, como única causa, a enfermedad del trabajador, si ésta reunía una serie de características, como “estigmatizante” o “de larga duración” relacionada con su discapacidad.

Considerando esta interpretación del TJUE, cuando el despido tiene lugar con causa única y exclusiva en la baja del trabajador por causa de enfermedad que da lugar a una incapacidad temporal, el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, viene manteniendo que se trata de un despido improcedente y no nulo; pues la situación de incapacidad temporal en la que se encuentre un trabajador al ser despedido “no permite identificarla con la noción de discapacidad”, distinguiendo este concepto del de “enfermedad en cuanto tal”.⁴⁷

Aun así, en el caso de la enfermedad conocida como COVID-19, podemos encontrar algún pronunciamiento judicial declarando nulo el despido objetivo basado en la enfermedad; es decir, el despido que se produce por el único motivo de que la baja médica del trabajador se prolonga en el tiempo y es costosa para la empresa;⁴⁸ o bien porque se padece una enfermedad contagiosa, lo que ha venido a considerar la justicia como “enfermedad estigmatizante”.⁴⁹

Podemos advertir que hay supuestos en los que, a pesar de lo poco que se conoce de la enfermedad COVID-19, la duración de las secuelas es mayor que otros, denominándose estos casos como “COVID persistente”, cuando la enfermedad no llega a desaparecer y genera importantes secuelas físicas incapacitantes a la persona que la padece. Lo que podría acercarnos a la definición de discapacidad de la Directiva.

Otra causa de despido que llama nuestra atención, atendiendo a lo que hemos expuesto en el epígrafe anterior en relación con las garantías legales para la realización de pruebas diagnósticas y reconocimientos médicos, nuestros jueces han tenido ocasión de pronunciarse sobre la nulidad del despido que tiene lugar como consecuencia de la negativa de un trabajador a realizarse una prueba PCR durante sus vacaciones y en el tiempo entre contratos.⁵⁰ Atendiendo a los hechos, interesa la reflexión del magistrado que afirma que

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de marzo de 2018 (recurso de casación en unificación de doctrina a 2766/2016).

⁴⁸ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 28 de marzo de 2019 (recurso 2467/2018) y Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró, del 1 de febrero de 2021.

⁴⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró, del 1 de febrero de 2021.

⁵⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Móstoles del 29 de diciembre de 2020 (recurso 1/2020).

el trabajador manifestó a la empresa su disconformidad a realizar el Test PCR antes de firmar el nuevo contrato dado que no solo se le pretendía realizar en período destinado al disfrute de sus vacaciones sino que, al estar dado de alta por cuenta de la empresa, caso de arrojar resultado positivo, se vería privado de la prestación económica de incapacidad temporal por dicha circunstancia y además temía no ser contratado de nuevo.

El magistrado recuerda la jurisprudencia de nuestros tribunales en relación con que los reconocimientos médicos, pese a su voluntariedad, “no deben suponer una carga, coste o consecuencia negativa y perjudicial para el trabajador, por lo que generalmente deben realizarse dentro de la jornada laboral y, cuando se realicen fuera de ella, su tiempo invertido deberá ser tenido en cuenta como tiempo efectivo de trabajo”.⁵¹

Tampoco parecen acercarnos a la nulidad los supuestos en los que el despido tiene causa en el conocimiento, de forma ilegítima, por parte del empresario de la existencia o no de anticuerpos, o de una posible inmunidad frente a la enfermedad, del trabajador o el aspirante a un empleo; ya que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre el carácter de improcedencia y no de nulidad, del acto de despido que tiene lugar sobre la base de una prueba obtenida vulnerando los derechos de intimidad y dignidad del trabajador. Es decir, sobre si la declaración de la nulidad de la prueba, obtenida por vulneración de derechos fundamentales del trabajador se extiende a la decisión de despido misma, o, por el contrario, no determina su calificación.

El Tribunal Constitucional considera que, en estos casos, no puede confundirse el despido con violación de derechos fundamentales, con el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el proceso de obtención de la prueba. Por lo que la calificación como despido improcedente de aquel que basa su decisión en la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales “no es arbitraria ni irrazonable”.⁵²

Para finalizar nuestra exposición, también ha sido considerado por nuestros jueces nacionales el supuesto de la negativa del trabajador a acudir al centro de trabajo “por miedo al contagio”. Algún pronunciamiento judicial ha habido ya en relación con la improcedencia del despido cuando, ante la falta de incorporación del trabajador “por miedo cervical” declarado y acreditado, el empresario

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Nacional del 2 de marzo de 2020 (rec. 279/2019) y STSJ de Galicia del 17 de octubre de 2019 (recurso 3241/2019)

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional de 61/2021, del 15 de marzo.

considera que se trata de una dimisión.⁵³ En este caso, el magistrado considera que “si se obvian las circunstancias, esto es, si se pasa por alto el dramatismo de lo vivido en los primeros momentos de la pandemia del coronavirus, no cabe duda de que se podrían poner en tela de juicio los motivos esgrimidos por la actora”, destacando que los hechos enjuiciados acontecieron a los pocos días de declararse el Estado de Alarma. El juzgador reprocha a la empresa que, en lugar de reprender a la trabajadora, sancionarla o acudir al despido disciplinario o a la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida, opta por la solución que le produce el menor quebranto económico, la baja voluntaria; constituyendo un acto de mala fe que genera un perjuicio en la trabajadora. En este caso, tampoco es factible acudir a la nulidad, debiendo declararse el despido improcedente.

Estos son los supuestos que, por el momento, han sido resueltos por la jurisprudencia española; de lo que estamos seguros es de que no serán los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales.

IV. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LAS COMPETENCIAS DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL CUANDO LA DISCRIMINACIÓN TIENE LUGAR EN UN PROCESO DE SELECCIÓN

Una de las cuestiones más importantes a la hora de tratar el aspecto procesal de la protección del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo es la determinación de la persona sobre la que recaerá la carga de la prueba.

En este aspecto, es clara la Directiva 2000/78, cuando afirma en su trigésimo primer considerando que

las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual.

⁵³ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres del 5 de octubre de 2020 (recurso 191/2020).

Y así lo suscribe el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia del 19 de abril de 2012.⁵⁴

Además, el artículo 10 de la citada Directiva incluye un mandato dirigido a los Estados miembros para que adopten, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. De este modo, nos recuerda el Tribunal que incumbe a la persona perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta; de modo que, cuando la persona ha podido acreditar tales hechos, corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación.⁵⁵ Así, la apreciación de los hechos de los que pueda resultar dicha presunción, corresponde a los órganos judiciales nacionales, con arreglo al derecho nacional.

En esta línea, el artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁵⁶ establece que “una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del 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”, obligación que se repite, en relación con la regulación de la prueba, en el artículo 96.1 de la misma norma. Así, una vez que la víctima de la discriminación ha aportado indicios suficientes sobre la misma, a través de sus alegaciones, se produce una inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario titular del proceso de selección a ofrecer una explicación razonable y objetiva que pueda constituir prueba suficiente de que su conducta no es discriminatoria, es decir, que responde a los criterios de proporcionalidad exigidos constitucionalmente.

Ahora bien, el acceso a la información que pueda permitir a la persona agraviada presentar elementos suficientes que acrediten la discriminación, no es tan claramente un derecho reconocido por la Directiva. Así, el TJUE en su sentencia *Kelly*, ya citada, concluyó, que la Directiva entonces vigente, 97/80,

⁵⁴ STJUE del 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10.

⁵⁵ STJUE del 19 de abril de 2021, Asunto 415/10, *Caso Meister*, recordando la doctrina emanada del Tribunal desde la Sentencia del 21 de julio de 2011, Asunto C-104/10, *Caso Kelly*.

⁵⁶ Ley 36/2011, de 10 de octubre, Boletín Oficial del Estado núm. 245 del 11 de octubre.

no preveía, a favor de la persona que se considerase perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato, un derecho específico a acceder a información para que le fuera posible acreditar los hechos referidos, que, a su vez, permitiesen activar la presunción de existencia de discriminación directa o indirecta; aunque reconocía el propio Tribunal, que la negativa de la empresa a facilitar dicha información “puede frustrar la realización del objetivo pretendido por la Directiva y privar así a dicha disposición de su efecto útil, en particular”. Por ello, el Tribunal, en su sentencia del 19 de abril de 2012 (Asunto 415/10), vino a aclarar que “en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta, es preciso garantizar que una denegación de información por la parte demandada no pueda frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54”. Así, conforme a la doctrina del TJUE, no existe un derecho del candidato que participa en un proceso de selección para el acceso a un empleo y no es seleccionado, a acceder a la información que indica si al término del proceso de selección, el empresario ha contratado a otro candidato; pero es preciso considerar que “una denegación total de información por parte de la empresa puede constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta”.

Así, correspondería al tribunal nacional considerar si existen indicios suficientes para considerar acreditados los hechos, pero también para determinar si la ausencia total de información sobre el proceso de selección o la negativa de la empresa a facilitar dicha información, es un factor que lleva a frustrar los objetivos de la directiva cuando se refiere a la acreditación de los hechos constitutivos de trato discriminatorio.

Tal doctrina podría servir de base para exigir a las empresas, finalizado un proceso de selección de personal, información sobre los criterios utilizados. Algunos autores han abogado por que sea la legislación interna la que determine el derecho de acceso a dicha información, por ejemplo, de los representantes de los trabajadores; lo que sucede en el caso de los reconocimientos médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Derecho que podría regularse también en la negociación colectiva.

En cuanto a la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las cuestiones litigiosas relacionadas con los procedimientos de selección e intermediación laboral, el artículo 2 p) de la LRJS, se refiere expresamente a ellos, tanto cuando son llevados a cabo por entidades públicas como privadas, si bien con una expresión literal que puede generar bastantes dudas en relación con la

posibilidad de incluir en el ámbito de aplicación a las empresas o a las plataformas que ponen en conexión a los demandantes de empleo con las empresas oferentes. El precepto de la ley procesal indica que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de los litigios “en materia de intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquéllos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente”. Dada la literalidad de la norma hay quien ha manifestado la dificultad de incluir en el concepto de “entidades colaboradoras” a las empresas o a las plataformas de búsqueda de empleo,⁵⁷ lo que haría difícil el encaje de los litigios suscitados entre la empresa y el candidato a un puesto de trabajo en este precepto.

Coincidimos en mantener las dudas sobre la competencia del orden jurisdiccional social en estos casos en que se vulneran derechos fundamentales en el proceso de selección o simplemente en las entrevistas personales de los candidatos a dichos procesos. Sin embargo, sí resulta incluido en el ámbito de aplicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, por tanto, serán competentes los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan “en impugnación de resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral” (artículo 2 n). De este modo, si, como consecuencia de una actuación discriminatoria por parte de la empresa durante un proceso de selección de personas trabajadoras, la Inspección de Trabajo interviniera y extendiera Acta de Infracción, la resolución administrativa que pone fin a la vía administrativa en este proceso sancionador sí sería impugnabile ante la jurisdicción social, entrando a conocer el juzgador del orden social la cuestión sobre la protección del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo.⁵⁸

V. CONCLUSIONES

La pandemia provocada por la COVID-19 ha golpeado fuertemente nuestras economías y ha tenido un importante impacto en las relaciones laborales

⁵⁷ Olarte Encabo, Sofía, “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020, p. 95.

⁵⁸ Podemos ver por ejemplo la STSJ de Canarias de 7 de abril de 2014 (rec. 923/2012), o la Sentencia del Juzgado de los Social de Murcia, del 7 de mayo de 2018 (procedimiento 13/2018) en los que se consideran supuestos de discriminación en procesos de selección de trabajadores.

generando situaciones hasta ahora desconocidas para empresarios y trabajadores. Los conflictos se han sucedido en el ámbito laboral como consecuencia de la aplicación de las normas, aparentemente neutras, frente a estas soluciones; pero también como consecuencia de decisiones extintivas o limitativas del acceso al empleo de las personas, sobre la base de causas relacionadas con la enfermedad.

Hemos intentado recopilar las principales cuestiones que han ido apareciendo a raíz de los primeros pronunciamientos judiciales sobre la materia, intentando aportar una solución conforme a las normas comunitarias y leyes internas vigentes, así como a la jurisprudencia existente hasta el momento. En ciertas ocasiones, podemos concluir que el debate sigue abierto, al tratarse de pronunciamientos de primera instancia que deberán resolver los tribunales de segunda instancia y, por último, el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional. Por todo ello, sin perjuicio de haber avanzado lo que consideramos una primera solución del conflicto, deberemos estar atentos a los citados pronunciamientos judiciales o a las soluciones que el legislador pueda aportar ante la nueva situación sanitaria por la que atravesamos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO ORTEGA, Abraham, “Igualdad, no discriminación y acción positiva (un apunte desde la carta)”, en el Blog *Trabajo, persona, derecho y mercado*, 9 de diciembre de 2020, disponible en: <http://grupo.us.es/inpr/2020/12/09/igualdad-no-discriminacion-y-accion-positiva-un-apunte-desde-la-carta/>.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Extinción del contrato durante enfermedad o dolencia de larga duración: Doctrinas Chacón Navas, Danmark, Daouid y Ruiz Conjero y su recepción interna”, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/03/19/extincion-del-contrato-durante-enfermedad-o-dolencia-de-larga-duracion-doctrinas-chacon-navas-danmark-daouidi-y-ruiz-conjero-y-su-recepcion-interna/>.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, “Igualdad y no discriminación en el acceso al empleo”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea*, España, 2017.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborals*, Tecno, 2011.

- OLARTE ENCABO, Sofía, “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020.
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, Fernando, “Pasaporte COVID: ¿pasaporte hacia un empleo?”, *Blog Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 30 de octubre de 2020, disponible en: <http://grupo.us.es/impr/2020/10/30/pasaporte-covid-los-efectos-negativos-de-un-mero-anuncio-por-que-los-experimentos-conviene-hacerlos-con-gaseosa-en-lugar-de-con-derechos-fundamentales-pasaporte-hacia-un-empleo/>.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, citando la STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*.
- VAL TENA, Ángel Luis de, “La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores, en particular, aquellos datos especialmente sensibles”, *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020.