



DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELACIONADOS CON LA COVID-19 EN LAS **RELACIONES LABORALES**

Beatriz RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra
Juez sustituta de los Juzgados de Pamplona

1

Aproximación a las causas de discriminación relacionadas con la Covid-19

La crisis sanitaria desatada por la pandemia provocada por el SARS-Cov-2 ha tenido importantes implicaciones en materia laboral. Sin duda, ha tenido un impacto económico notable en las empresas debido a los efectos del confinamiento y de las posteriores medidas de contención de la actividad social y también empresarial. Pero, más allá de estas consecuencias económicas, la pandemia ha puesto sobre la mesa interesantes cuestiones en torno a las posibilidades de actuación empresarial para evaluar y contener los riesgos de contagio y para imponer medidas de prevención. Este tipo de actuaciones empresariales, aun amparadas en el poder de organización y dirección, no pueden ejercitarse en detrimento de derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad y protección de datos y, muy en particular, el derecho a no ser discriminado. Resulta, por ello, necesaria una reflexión sosegada sobre los límites de las facultades empresariales de control y de actuación en aras de prevenir los riesgos derivados de la Covid-19 y sobre las posibles situaciones en las que se pueden dar conductas discriminatorias.

En una primera aproximación general, cabe identificar tres diferentes momentos en el desarrollo de la prestación laboral que pueden dar lugar a actuaciones empresariales discriminatorias o contrarias a derechos fundamentales por factores diversos relacionados con la enfermedad Covid-19.

Un primer estadio en el que pueden tener lugar actuaciones discriminatorias es el previo a la contratación, esto es, en la fase de selección. En este momento puede ocurrir que el empresario formule cuestiones relativas al estado de salud del trabajador o fije requisitos relacionados con el estado de salud, que pueden resultar discriminatorios.

Ya durante la vigencia de la relación laboral se pueden plantear situaciones discriminatorias cuando el empresario pretenda, por ejemplo, obligar al trabajador a realizar determinados reconocimientos médicos o tratamientos médicos. Asimismo, también se pueden plantear situaciones de discriminación cuando el trabajador se vea perjudicado en el disfrute de determinadas condiciones de trabajo por motivos relacionados con la Covid-19. Puede ocurrir, por ejemplo, que se le obligue al trabajador a prestar servicios en determinadas condiciones no recomendables por razones de seguridad y salud o que se le deniegue el derecho a la adaptación del puesto.

También durante la relación laboral pueden sobrevenir actuaciones empresariales en las que niegue el derecho del trabajador a acogerse a las especiales medidas de conciliación, reconocidas legalmente durante la pandemia.

Finalmente, puede ocurrir que el empresario adopte decisiones extintivas vinculadas a motivos relacionados con la Covid-19, derivados de la sospecha de que se está enfermo o se ha estado en contacto con enfermos o motivados por los inconvenientes de la consideración del trabajador como especialmente vulnerable y de la necesaria adopción de medidas preventivas específicas. También puede ocurrir que las medidas empresariales de extinción del contrato tengan su origen en la negativa del trabajador a someterse a reconocimientos o tratamientos médicos frente al virus.

En el análisis de este tipo de decisiones empresariales hay que valorar si pueden dar lugar a situaciones de discriminación, que se pueden vincular a alguna de las causas tasadas en el art. 14 de la Constitución, como, por ejemplo, la discriminación por circunstancias personales o por razón de género, o por otras causas prohibidas como la edad, enfermedad o discapacidad... Asimismo, puede ocurrir que las actuaciones empresariales derivadas de la negativa del trabajador al sometimiento a medidas de vigilancia de la salud, entrañen una vulneración del derecho a la intimidad. En los próximos epígrafes se analizan los límites que el respeto a los derechos fundamentales y a la prohibición de discriminación imponen en las actuaciones empresariales y las consecuencias de un eventual incumplimiento.

2

Vigilancia de la salud en el ámbito laboral y Covid-19: la posible obligatoriedad de reconocimientos y tratamientos médicos y sus consecuencias

2.1- Los reconocimientos médicos con fines de detección del virus: posibilidades y límites

En el momento de inicio de la pandemia, entre las medidas preventivas que se adoptaron con carácter generalizado se encontraba la realización de diferentes pruebas diagnósticas con el fin de detectar si una persona estaba infectada.

Las pruebas más comunes fueron la realización de pruebas PCR o test de antígenos, asimismo, se utilizaron pruebas tradicionales como la toma de temperatura para detectar si una persona presentaba síntomas.

Pronto se planteó si este tipo de medidas podían ser exigidas por el empresario con carácter obligatorio a los trabajadores y si podían justificar incluso la prohibición de entrada en el centro de trabajo.

Desde un punto de vista normativo para valorar la licitud de los citados tratamientos ha de tenerse en cuenta, por un lado, lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), por otro lado, habrá de tenerse en cuenta la normativa de protección de datos, en concreto, el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (en adelante, RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que lo adapta al ordenamiento interno (en adelante, LOPD).

El art. 22 LPRL recoge los principios esenciales que han de guiar las actuaciones empresariales en materia de vigilancia de la salud. En su interpretación ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia sentada por el TC, en concreto, la STC 3/2004, de 14 de enero (ECLI:ES:TC:2004:3). De acuerdo con este marco normativo la realización de reconocimientos médicos ha de tener carácter voluntario. Únicamente cabrá imponer la realización de determinadas pruebas con carácter obligatorio cuando se trate de pruebas imprescindibles “para evaluar 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 el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”.

De acuerdo con este marco normativo, podrá imponerse la realización de reconocimientos médicos para detectar si una persona está infectada por el SARS cuando sea necesario porque se sospeche que las condiciones de trabajo pueden

tener como efecto la infección o cuando se sospeche que el trabajador está infectado y puede existir un riesgo de contagio para los demás trabajadores o terceros. Ahora bien, la interpretación de estas excepciones a la voluntariedad de los reconocimientos ha de estar presidida por el principio de proporcionalidad al riesgo. En consecuencia, solo procederá la realización de reconocimientos médicos obligatorios para detectar la Covid-19, cuando no existan otros medios que permitan determinar que no existe riesgo para el trabajador o terceros¹.

No cabe duda de que realización de pruebas PCR o de detección de antígenos constituye una medida eficaz para detectar posibles personas contagiadas; ahora bien, el que esas medidas sean eficaces no permiten su imposición obligatoria. Solo cuando sea estrictamente necesario realizar dichas pruebas porque no existan otras alternativas para evitar el riesgo de infección del trabajador o de terceros. Para precisar estas situaciones en las que la realización de reconocimientos médicos con el fin de detectar la Covid deviene imprescindible la aplicación de los protocolos elaborados por el Ministerio durante el transcurso de la pandemia. De acuerdo con estos protocolos, la realización de pruebas PCR o de antígenos procede en los casos sospechosos, esto es, en personas con síntomas compatibles con la enfermedad. Se prevé, asimismo, que se puedan realizar pruebas en casos probables, considerando estos como aquellos casos sospechosos, de personas con síntomas, y que no tienen una prueba concluyente. De acuerdo con el protocolo de los servicios de prevención, las pruebas para la detección de una infección activa son las RADT o test de antígenos y la RT-PCR, que detecta el ARN viral². También la Estrategia de Detección precoz, vigilancia y control de Covid-19 recoge los tipos de pruebas que se deben realizar y los criterios para su aplicación³.

Habrán ocasiones, no obstante, en las que habrá de analizarse las particulares circunstancias de cada caso para determinar si la exigencia de la realización de pruebas médicas de diagnóstico de la Covid resulta proporcional. Por ejemplo, en el caso resuelto por la SJS (Móstoles), de 29 de diciembre de 2020 (AS 2021/1532), se consideró que la exigencia de una PCR negativa a los trabajadores resultaba proporcional, debido a que van a prestar servicios en condiciones en las que no es posible mantener otras medidas de protección. Se trataba de personal artístico y técnico que iba a participar en un rodaje. La sentencia considera que se trata de una medida “proporcional a la finalidad pretendida, ya que entraña una fiabilidad que no puede lograrse con otros medios”. En consecuencia, entiende que la negativa del empleado a someterse a dicha prueba podría amparar actuaciones de ca-

-
- 1 Llorens Espada, J.: “Vigilancia de la salud, garantías de los trabajadores y protección de datos en los controles médicos de COVID-19 en las empresas”, en AA.VV. (dir.: Luquin Bergareche, R.): *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Bosch-Wolters Kluwers, 2020, págs. 331 y ss.
 - 2 Disponible en https://www.msccbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdfProtocolo, págs. 18 y ss.
 - 3 https://www.msccbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf

rácter disciplinario. Sin embargo, en el caso objeto de autos la empresa pretendía realizar dicha prueba en periodo de vacaciones y al negarse el trabajador procedió a la extinción del contrato temporal y no a la adopción de medidas disciplinarias. Por ello, la sentencia entiende que la actuación empresarial es nula. En este caso el derecho fundamental violado era el derecho a la tutela judicial efectiva, entendía el trabajador que se trataba de una represalia empresarial por su negativa a someterse a PCR.

Por último, a la luz de la regulación legal y de los protocolos que se han ido sucediendo conforme se disponía de más información sobre el virus, parece que habrán de descartarse aquellos reconocimientos médicos como la toma de temperatura, mediante termómetros o incluso cámaras termográficas. Este tipo de pruebas, en primer lugar, no resultan adecuadas para la finalidad que ha de presidir los reconocimientos médicos en el ámbito laboral, esto es, la prevención de riesgos laborales. Por medio de las mismas se puede determinar si un trabajador tiene fiebre lo cual, sin embargo, no es una prueba que determine que está infectado. Por otro lado, la forma en que se han realizado este tipo de pruebas resulta claramente desproporcionada. En efecto, en la mayoría de las ocasiones este tipo de pruebas de control de temperatura se han realizado con carácter generalizado e indiscriminado, sin que existiera un riesgo objetivo y real, que determinara la imprescindibilidad de esta prueba en detrimento de otras. Asimismo, en la realización de este tipo de pruebas se han dejado de observar las prescripciones que la LPRL y el RSP establecen sobre el personal habilitado para llevar a cabo la vigilancia de la salud. De acuerdo con el art. 22 LPRL, solo el personal sanitario puede realizar este tipo de reconocimientos médicos. Resulta, por ello, discutible el criterio mantenido por la STSJ (Canarias) de 30 de junio (ECLI:ES:TSJICAN:2020:2009) que ha admitido la realización de pruebas de control de temperatura en el acceso al centro de trabajo por personal de vigilancia⁴. Considera la sentencia que tal medida tiene como finalidad evitar que personas con sintomatología accedan al centro y entiende que encaja en las funciones de control de acceso encomendadas a los vigilantes.

Junto a estos criterios legales en torno a la voluntariedad de los reconocimientos médicos, han de tenerse en cuenta los principios relativos a la protección de datos recogidos en el Reglamento Europeo (RGPD) y desarrollados en nuestro país por la LOPD.

De acuerdo con esta normativa, se considera dato personal “toda información sobre una persona física identificada o identificable”, además, en el caso de que esos datos revelen información sobre el estado de salud de la persona, serán considerados datos relativos a la salud, incluidos en la categoría especial de datos, para cuyo tratamiento habrá de tomarse en consideración lo dispuesto en el art. 9 RGPD.

4

Vid. también STSJ (C. Valenciana) de 22 de junio de 2020 (rec. 11/2020) (As 2020/2050).

El marco fundamental para el tratamiento de estos datos de salud se encuentra en los artículos 6 y 9 del RGPD. El artículo 6 recoge los supuestos en los que en el tratamiento de datos será lícito. En el caso de los datos de salud obtenidos para el control de la pandemia, cabía plantearse su encaje en el apartado b) del artículo, que autoriza el tratamiento cuando es necesario para la ejecución de un contrato. Asimismo, se autoriza el tratamiento cuando es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona (apartado d), o cuando es necesario en cumplimiento de una misión realizada en interés público (apartado e) o para la satisfacción de un interés legítimo (apartado f).

Además, en el caso de datos de salud, calificados como datos especiales, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 9 del mismo Reglamento, que, con carácter general, prohíbe el tratamiento de este tipo de datos, salvo que concurra alguna de las circunstancias recogidas en el apartado 2.

No cabe duda de que la toma de temperatura o la realización de pruebas diagnósticas de la Covid-19, llevan al conocimiento de un dato personal de salud y, en consecuencia, habrá de observarse lo dispuesto en el mencionado art. 9. Partiendo de este marco normativo, la propia AEPD ha aclarado que no cabe amparar su tratamiento en el consentimiento del interesado, debido a que en el marco de la relación laboral no cabe asegurar que este consentimiento sea prestado libremente. Ahora bien, también la Agencia ha señalado que el tratamiento de datos de salud por motivos de control de la pandemia podría hallar acomodo en las letras b), necesidad para el cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de trabajo; g e i), necesidad de proteger un interés esencial o público en el ámbito de la salud pública; en la letra h) necesidad para realizar un diagnóstico médico o evaluación de la capacidad del trabajador y en la letra c), necesidad de proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física⁵.

En cualquier caso, en el tratamiento de estos datos habrán de observarse los principios generales contenidos en el art. 5 RGPD de licitud, lealtad y transparencia, de limitación de la finalidad, de exactitud y de minimización. De conformidad con ello, la obtención de datos relativos a la salud habrá de limitarse a los estrictamente necesarios para contener la pandemia y proteger la salud pública y habrán de limitarse a esta finalidad.

Teniendo en cuenta este marco normativo general, cabe concluir, por tanto, que el tratamiento de datos derivados de pruebas diagnósticas para conocer si el trabajador sufre o ha sufrido la Covid-19 puede ser legítimo. No obstante, la realización de esas pruebas ha de limitarse a lo indispensable, esto es, tal y como la propia Agencia ha advertido ha de estar presente el criterio de necesidad y no de mera conveniencia. Partiendo de esta premisa, a la hora de decidir sobre las posibles

5 AEPD “Informe sobre los tratamientos de datos en relación con el COVID-19”, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>

pruebas diagnósticas verdaderamente necesarias para controlar la incidencia de la pandemia, resultan fundamentales los protocolos desarrollados por las autoridades públicas. En el ya mencionado Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2 y en la Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de Covid-19, se limita la realización de las pruebas diagnósticas a los casos sospechosos o probables y a los posibles casos de reinfección. Las pruebas que en dichos documentos se aconsejan son la realización de PCR o test de antígenos.

Desde esta perspectiva, sin embargo, no parece que tengan fácil acomodo la realización de controles genéricos, como por ejemplo la toma de temperatura, que no ofrecen datos fiables sobre la posible infección del trabajador y no responden, en consecuencia, a los principios de limitación y exactitud⁶.

Por último, ha de tenerse en cuenta que el art. 9.1 LOPDGDD prohíbe expresamente la utilización de los datos de salud con fines discriminatorios. De acuerdo con ello, no cabría utilizar la información sanitaria relativa al trabajador con fines de selección, ni tampoco adoptar medidas de extinción del contrato basadas exclusivamente en el estado de salud del trabajador.

2.2.- Consecuencias de la negativa al sometimiento a reconocimientos médicos frente al SARS

Una vez dibujado a grandes rasgos el espacio para la exigencia con carácter obligatorio de determinados reconocimientos médicos, la cuestión que se plantea es cuáles serán las consecuencias de la negativa del trabajador.

De acuerdo con la regulación legal, cabe la posibilidad en supuestos en los que exista un riesgo real para el trabajador o terceros, de que se imponga la realización de una prueba de diagnóstico de la enfermedad. En estos casos, si el trabajador se niega a su realización, el empresario puede adoptar medidas disciplinarias e, incluso podría plantearse el despido disciplinario.

Ahora bien, ha de recordarse que solo en los casos en los que la realización de las pruebas de reconocimiento médico se revele como la medida más adecuada y proporcionada para evitar el riesgo de contagio en el ámbito laboral cabrá su imposición con carácter obligatorio. Asimismo, ha de recordarse que no cabe la exigencia de cualquier medida de reconocimiento médico. Tal y como se ha apuntado, medidas de vigilancia como la toma de temperatura no resultan idóneas para la detección del virus y, en consecuencia, no parece viable su exigencia con carácter obligatorio. Mucho menos en aquellos supuestos en los que la toma de temperatu-

6 AEPP: "Comunicado de la AEPP en relación con la toma de temperatura pro parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos", disponible en <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-aepd-temperatura-establecimientos>

ra se realiza con carácter indiscriminado y sin poner en práctica otras medidas de protección colectiva frente al virus menos intrusivas.

2.3.- La vacunación como tratamiento obligatorio: posibilidades a la luz de la normativa genérica y laboral

La pandemia provocada por el coronavirus ha reabierto el debate sobre la posibilidad de imponer la vacunación obligatoria. Las aproximaciones a esta cuestión realizadas en los últimos meses concluyen que, conforme con el marco legal vigente, la vacunación en España es voluntaria, aunque, el legislador podría reformar la normativa para imponerla como obligatoria.

Con carácter general, la LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, se limita a señalar en su art. 3: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Como cabe observar el precepto no contempla de manera expresa la vacunación obligatoria entre las medidas preventivas, si bien, cabría entender que la vacunación puede ser una medida necesaria para prevenir el riesgo de enfermedades transmisibles. No obstante, el Tribunal Constitucional en su reciente auto de 21 de julio de 2021, en relación con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, acordó mantener la suspensión de la vigencia del apartado quinto del art. 38.2 b) de la mencionada ley; este apartado recogía la posibilidad de que las autoridades adoptaras medidas de “sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación”. Considera el TC que la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, y, en consecuencia, acuerda no levantar la suspensión del artículo.

Por su parte, la Ley 33/2011 de salud pública no contempla tampoco la vacunación como obligatoria. Únicamente en su art. 5.2 señala que: “Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública”.

Por último, la Ley 41/2002, de autonomía del paciente en su art. 9.2 recoge la posibilidad de que la salud pública justifique el sometimiento obligatorio a un tratamiento, no obstante, para ello resulta necesario la previa aprobación de una norma jurídica que lo autorice.

Como precipitado de todo lo anterior, cabe concluir, que la normativa de salud pública española no contempla de forma expresa la vacunación como obligatoria y que sería precisa una regulación normativa expresa en tal sentido.

En el ámbito específico laboral, el RD 664/1997, de 12 de mayo, de protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, obliga al empresario a informar a los trabajadores de la existencia de vacunas eficaces frente a dichos agentes y ofrecerles la posibilidad de vacunación. Por lo tanto, con esta norma, el empresario está obligado a ofrecer al trabajador la existencia de la vacuna, si bien no puede exigir al trabajador que se vacune. En lo que se refiere al coronavirus, el RD ha incorporado recientemente este agente biológico en su anexo II, si bien, todavía no ha recogido la existencia de una vacuna eficaz.

Parece, por tanto, que tanto la normativa genérica en materia de salud como la norma específica de protección frente a agentes biológicos en el ámbito laboral, no contemplan la vacunación como obligaría. No obstante, cabe plantearse si, teniendo en cuenta la regulación del art. 22 LPRL que, excepcionalmente, permite la imposición de reconocimientos médicos obligatorios, cabe también, conforme a los mismos criterios, la imposición de un determinado tratamiento médico como obligatorio⁷.

Tal y como se ha visto, de acuerdo con la regulación específica en materia de vigilancia de salud, cabe la posibilidad de imponer un reconocimiento médico cuando sea estrictamente necesario para proteger la salud del trabajador o de terceros. Mutatis mutandis, cabe plantearse si la vacunación frente al SARS puede erigirse en obligatoria en aquellos ámbitos en que se muestre como una medida imprescindible para garantizar un medio laboral libre de riesgos para el trabajador y terceros. Ciertamente, este escenario en el que la vacunación se convierte en una medida preventiva eficaz y proporcionada podría haber parecido sumamente hipotético, sin embargo, la crisis desencadenada por el coronavirus ha puesto de manifiesto cómo en el ámbito sanitario y, muy en particular, en el ámbito de las residencias de la tercera edad el potencial lesivo de coronavirus era extremo y, a su vez, las vacunas se han convertido en el medio más eficaz para atajar la propagación del virus en estos ámbitos y frenar el ritmo de fallecimientos. Por ello, teniendo en cuenta la legislación laboral en materia de vigilancia de la salud cabría plantearse la posibilidad de exigir la vacunación como obligatoria.

Con todo, lo cierto es que hubiera sido deseable que el legislador llevara a cabo las reformas necesarias para imponer en determinados ámbitos la vacunación obligatoria. Tal y como ha señalado CRUZ VILLALÓN resulta ciertamente difícil defen-

7 Gofi Sein, J.L.: "La obligatoriedad de la vacunación contra la covid-19 del personal laboral: entre la libertad individual y el deber de prevención", *El Cronista*, núm. 93-94, abril mayo 2021, págs. 38 y ss. Desde una perspectiva más general en la misma revista: Cierco Sieira, C.: "La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid-19", págs. 18 y ss. Muy críticos con la posibilidad de imponer la vacunación obligatoria: Preciado Domènech, C.H., Segalés Fidalgo, J. y Fontinopulu Basurko, A.: "La estrategia covid y su incidencia sobre el derecho a la intimidad: notas a propósito de la oportunidad hecha Sentencia (STEDH de 8-4-2021, Vavricka y otros Vs República Checa)", *Jurisdicción Social*, núm. 221, págs. 21 y ss.

der la posibilidad de que el empresario obligue a la vacunación, cuando el propio legislador no ha querido abrir esta posibilidad mediante una regulación expresa amparada en la necesidad de proteger la salud pública⁸.

3 Discriminación de colectivos especialmente vulnerables frente a la Covid-19

3.1- Definición de colectivos vulnerables y trabajadores especialmente sensibles

El procedimiento de actuación para los servicios de prevención elaborado por el Ministerio de Sanidad, recoge en su Anexo III, la guía de actuación para la gestión de la vulnerabilidad y el riesgo en el ámbito sanitario y sociosanitario y en el Anexo IV, la Guía de actuación para la gestión de la vulnerabilidad y el riesgo en ámbitos no sanitarios o socio sanitarios. En tales Anexos se definen los grupos vulnerables en atención a dos variables: la patología que padecen y el nivel de riesgo.

En cuanto a los niveles de riesgo se diferencian cuatro situaciones en atención al riesgo de transmisión. En el primer nivel, el riesgo de transmisión es comunitario, en el nivel de riesgo dos, se está ante un trabajo en contacto con personas sintomáticas con distancia de seguridad, en el nivel tres, existe intervención directa con personas sintomáticas con EPI adecuado y sin distancia de seguridad, en el nivel de riesgo cuatro, se encuadran profesionales no sanitarios que deben realizar maniobras generadoras de aerosol a personas con Covid.

En el Anexo III se recoge la guía de actuación para colectivos vulnerables en ámbitos sanitarios. En este caso los niveles de riesgo se adecúan a las tareas propias de estos profesionales.

No cabe duda, que la guía de actuación ha llevado a cabo una descripción precisa de los colectivos que, por padecer una determinada patología y estar en un determinado nivel de riesgo, tienen la condición de colectivo vulnerable. Asimismo, esta guía lleva a cabo una descripción de las medidas preventivas que deban adoptarse.

Desde el punto de vista jurídico laboral, la consideración de una persona trabajadora como colectivo vulnerable, entraña su encuadramiento en el art. 25 LPRL, esto es, su consideración como trabajador especialmente sensible. En efecto, de acuerdo con este artículo son trabajadores especialmente sensibles aquellos que por cualquier circunstancia personal o estado biológico sea especialmente sensi-

⁸ Cruz Villalón, J.: “Despido por negativa a vacunarse”, febrero 2021, disponible en <https://www.rivistalabor.it/nulidad-del-despido-por-negativa-vacunarse-y-por-contagio/>

ble a los riesgos derivados del trabajo. En consecuencia, los colectivos especialmente vulnerables serán trabajadores especialmente sensibles ya que reúnen el doble requisito exigido por el artículo.

Con todo, es preciso, notar que no solo los trabajadores definidos como especialmente vulnerables frente a la Covid tienen la consideración de especialmente sensibles. Puede haber otro tipo de trabajadores, cuyas patologías no han sido expresamente recogidas en la guía y que también presentan una especial sensibilidad derivada de una condición personal. La propia guía señala que el servicio de prevención será quien finalmente determine si un trabajador es especialmente sensible, mediante la correspondiente evaluación⁹.

3.2.- Las medidas de adaptación y reubicación para trabajadores vulnerables y las consecuencias de su falta de adopción

El hecho que un trabajador tenga la consideración de colectivo vulnerable obliga al empresario a poner en práctica las medidas recomendadas en la guía, que pueden consistir en el suministro de EPIS adecuados, en la evitación del contacto con personas sintomáticas o en el cambio de puesto. En caso de que no fuera posible la adopción de estas medidas, la propia guía señala que habrá de tramitarse la IT como trabajador especialmente sensible.

Estas medidas son la concreción para este tipo de trabajadores de la obligación general de adaptar el puesto de trabajo a las condiciones de los trabajadores especialmente sensibles recogida en el art. 25 LPRL. En virtud de este artículo, el empresario tiene la obligación de adoptar estas medidas, siempre que resulten factibles y, en consecuencia, el trabajador puede exigir del empresario su adopción y, tal y como se verá a continuación, si el empresario adopta medidas extintivas cabrá plantearse su nulidad por discriminatorias.

Puede ocurrir que el empresario decida la extinción del contrato de un trabajador especialmente vulnerable. Con carácter general, la causa comúnmente alegada por el empresario para proceder a tal despido es la ineptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo. Esta extinción puede sobrevenir una vez que el empresario ha intentado, sin éxito la adaptación o reubicación del trabajo, o puede incluso ser adoptada por el empresario sin ni siquiera haber intentado tales medidas de adaptación. La cuestión que se plantea en estos casos es cuál es la

9 Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2 Pág. 11, disponible en https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf

calificación que merecerá tal despido¹⁰.

a) Extinción del contrato por ineptitud una vez agotadas las medidas de adaptación

Con carácter general, en los casos en los que se pruebe que el empresario podía haber adoptado medidas de adaptación del puesto que hubieran permitido la continuidad de la prestación laboral del trabajador especialmente sensible, los tribunales han considerado que el despido será improcedente, dado que el empresario podía haber adoptado medidas de adaptación y, en consecuencia, no hay causa que justifique el despido. No obstante, cuando la especial sensibilidad se pueda vincular a un motivo de discriminación, el despido puede ser calificado como nulo. Así ha sucedido respecto de aquellos trabajadores especialmente sensibles que, además, reúnen la condición de persona con discapacidad. En este supuesto, la falta de adopción de medidas de adaptación del puesto supone un incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables y se considera discriminatoria, dando, en consecuencia, lugar a la nulidad del despido.

Partiendo de la anterior interpretación, en el caso específico de los colectivos calificados como vulnerables a la COVID-19 cabe plantearse la posibilidad de entender que se está ante un colectivo especialmente marginado, que podría encajar en la causa abierta de discriminación por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” recogida en la cláusula final del art. 14 CE. En efecto, tal y como es sabido este artículo recoge un elenco de factores de discriminación especialmente repudiables y que han generado históricamente la discriminación de determinados colectivos. Así, se recogen como causas de discriminación el género, el origen racial, el sexo; ahora bien, el TC ha admitido la posibilidad de considerar nuevas causas de discriminación, en el marco de la cláusula final del artículo, siempre y cuando se trate de factores que efectivamente justifiquen tal consideración por dar lugar a la marginación de un determinado colectivo. Es necesario, por tanto, cuando se trata de estas causas de discriminación no expresamente previstas construir de manera sólida el factor de diferenciación y justificar su consideración como causa de discriminación prohibida.

Partiendo de esta perspectiva, en el caso de los colectivos especialmente vulnerables a la COVID, cabría plantearse que concurren razones suficientes

10 Vid ampliamente Goñi Sein, J.L. y Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, 2016. Gutiérrez Colominas, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, bomarzo, 2019. Vid también: Moreno Solana, A.: “La extinción causal del contrato de trabajo vinculada al a discapacidad”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020, págs. 75 y ss; Iturri Gárate, J.C.: “La extinción “no causalizada” del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *Documentación laboral*, núm. 120, 2020, págs. 97 y ss.

para considerarlo un grupo susceptible de ser discriminado por sus particulares circunstancias de salud.

Así lo ha entendido la SJS (Barcelona) de 14 de diciembre de 2020, (ECLI:ES:JJSO:2020:5286). En este caso la trabajadora tenía la condición de persona de riesgo y había solicitado a la empresa el certificado de riesgos relacionados con la Covid 19, si bien la empresa no se lo había dado. La empresa le solicita que se incorpore a trabajar o que tramite la baja, pero la trabajadora no puede tramitar la baja por no tener el certificado de riesgos. Finalmente, obtiene la baja por enfermedad común, si bien, hay día en los que no acudió a trabajar y debido a ello la empresa procedió a despedirla por faltas injustificadas. En este caso, la sentencia concluyó que existía una “Vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación, en atención a la situación especialmente sensible de la trabajadora como paciente de riesgo frente al Covid 19”. También consideró la sentencia que la actuación empresarial entrañaba una vulneración de la garantía de indemnidad, debido a que era consecuencia de las reiteradas peticiones de la trabajadora para la tramitación del certificado de riesgo.

Otra posibilidad, para el caso de aquellos trabajadores que por su edad presente un mayor riesgo frente al riesgo, es que se considere que las actuaciones empresariales puedan entrañar una discriminación por razón de edad. Es lo que ha sucedido en la SJS (Orense) de 5 de octubre de 2020 (ECLI:ES:JJSO:2020:2673) en un caso en el que la Universidad obligó a un profesor de 69 años que padece diabetes tipo dos a impartir clases presenciales. El profesor solicitaba que se le permitiera dar las clases online. La sentencia concluye que se está ante una persona vulnerable que ha de ser encuadrada en el nivel de riesgo 3, conforme con el protocolo elaborado por el Ministerio y que, en consecuencia, se deben adoptar medidas para que continúe con su actividad laboral evitando la posibilidad de contacto con personas contagiadas. De acuerdo con ello, concluye la sentencia que la actuación de la Universidad que impide al profesor la impartición de sus clases a distancia constituye una discriminación por razón de edad.

En relación con la edad como posible causa de discriminación de las personas vulnerables a la Covid, es preciso advertir, en primer lugar, que la edad no es un factor común a todos los grupos vulnerables a la Covid-19 y, en consecuencia, no es una causa de discriminación que ampare a todas las personas consideradas vulnerables. Quedarían excluidas, entre otras, las personas jóvenes, pero con patologías que determinan su consideración como especialmente vulnerables al virus. En segundo lugar y desde una perspectiva más específica, cabe dudar de que en el caso de las personas mayores especialmente vulnerables a la Covid-19 sea la edad el factor determinante de la discriminación. Más bien parece que el factor desencadenante de las posibles actuaciones discriminatorias es la calificación de estas personas como vulnerables y la obligación exigida al empresario de que lleve a cabo medidas organizativas de adaptación e incluso reubicación del trabajador.

Hasta aquí, por tanto, cabe concluir que la falta de adopción por el empresario de las medidas de adaptación o reubicación del puesto para las personas especialmente sensibles a la COVID-19 y la consiguiente extinción del contrato atenta contra la prohibición de discriminación por circunstancias personales.

b) Agotamiento de las medidas de adaptación del puesto y extinción del contrato

Mayores problemas se plantean en el caso de que el empresario haya intentado sin éxito poner en práctica tales medidas de adaptación y reubicación. La consecuencia que claramente se deriva de lo dispuesto en el art. 25 LPRL es que el trabajador no podrá continuar en su puesto de trabajo, las dudas surgen en el caso de que esta situación se prevea definitiva y el empresario decida proceder a la extinción por ineptitud sobrevenida.

En el supuesto de los trabajadores especialmente vulnerables a la Covid-19, lo habitual será que en caso de que no exista puesto compatible pasen a la situación de IT. Los problemas se pueden plantear cuando la IT se agote, el riesgo persista y no exista puesto compatible. En estos casos, con carácter general para los trabajadores especialmente sensibles, los tribunales han admitido la posibilidad de que el empresario extinga su contrato por ineptitud sobrevenida. En el caso de los trabajadores especialmente vulnerables a la Covid-19 cabría también plantearse la calificación del despido como procedente, siempre y cuando se hubieran agotado las medidas de adaptación y reubicación y suspensión por incapacidad.

4

La Covid-19 como enfermedad estigmatizante y sus consecuencias en el ámbito laboral

4.1.- La construcción del concepto de enfermedad estigmatizante como causa de discriminación y el encaje de la covid-19

Durante algún tiempo se mantuvo un debate académico y también judicial sobre la posibilidad de despedir a personas en situación de incapacidad temporal. La cuestión fue zanjada por el Tribunal Constitucional en su STC 62/2008, de 26 de mayo en la que señaló que con carácter genérico el estado de salud no puede considerarse una causa de discriminación, subsumible en la referencia genérica que el art. 14 CE contiene a la prohibición de cualquier tipo de discriminación por circunstancia personal o social. Ahora bien, esta premisa genérica ha de ser matizada según señala el propio Tribunal: “cuando el factor de enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona

enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”

Esta jurisprudencia ha sido recibida por el Tribunal Supremo en STS de 27 de enero de 2009 (rec. 602/2008) y más recientemente en STS de 3 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2351). En ambas sentencias el Tribunal concluyó que el despido de un trabajador durante la situación de incapacidad temporal no merecía la calificación de nulo por cuanto la enfermedad, sin más adjetivos, no constituye una causa de discriminación.

A la luz de esta jurisprudencia sobre la enfermedad como causa de discriminación procede plantearse si en el contexto de la actual pandemia, cabe la posibilidad de considerar que la Covid-19 merece la calificación de enfermedad estigmatizante. La respuesta a esta cuestión ha de ser positiva, tal y como han concluido algunos de los primeros pronunciamientos judiciales sobre la cuestión.

En efecto, en el caso de la Covid-19 se está ante una enfermedad altamente infecciosa, para la que no existe un tratamiento efectivo, que genera una gran alarma social y de la cual se desconocen todavía los efectos a largo plazo. Se dan, por tanto, circunstancias para, en línea con lo exigido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, considerar que estamos ante un factor evidente de discriminación merecedor de ser incluido entre las condiciones o circunstancias personales a las que se refiere el art. 14 CE.

Así lo entendió la SJS (Murcia) de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:JP:2019:1288) que declaró la nulidad del despido sufrido por una trabajadora temporal, tras comunicar a la empresa su baja por posible contagio por Covid. La sentencia concluye que: “la empresa habría decidido despedir a la trabajadora por temor al as consecuencias que podrían derivarse del hecho de que una de las empleadas de atención al público en la sección de carnicería estuviera infectada por una enfermedad altamente contagiosa y que estaba (y está) generando una gran alarma social. El verdadero motivo del despido es el hecho de que la trabajadora, que prestaba servicios de atención al público, era sospechosa de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa”.

También la SJS (Mataró) de 1 de febrero de 2021 (AS 2021/46), califica como nulo el despido de un trabajador respecto del cual se sospechaba que estaba contagiado por Covid. Concluye la sentencia que: “el verdadero motivo del despido es el hecho de que el actor, que prestaba servicios como peón especialista, era sospechoso de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa. Y esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir enfermedad que producen en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo”.

Cabe advertir, además, que en el contexto actual de la pandemia no sería nece-

sario siquiera tener un diagnóstico cierto de la enfermedad, bastando, incluso, el ser sospechoso de portarla. Asimismo, deberían también incluirse como casos de discriminación por razón de asociación, las situaciones de personas que hayan estado en contacto con personas infectadas y que sufran posibles discriminaciones provocadas por la sospecha de una posible infección.

5 Los enfermos crónicos de Covid-19 y su posible consideración como personas con discapacidad

Las dificultades para que la enfermedad o el estado de salud sean por sí mismas consideradas como causa de discriminación, unida a la tendencia expansiva del concepto discapacidad han provocado en los últimos años un interesante debate en los círculos académicos, y en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y TJUE sobre cuándo una enfermedad puede equipararse a discapacidad¹¹.

En efecto, tal y como se ha señalado, la enfermedad no constituye por sí misma una causa de discriminación. Ahora bien, si la enfermedad se equipara a discapacidad entonces sí que se estaría ante una causa de discriminación que podría dar lugar a la nulidad de determinadas actuaciones empresariales tales como el despido.

La definición de personas con discapacidad se encuentra actualmente en el art. 4 del TRDPCD, que transpone la Directiva (RD Leg. 1/2013, de 29 de noviembre) según el cual “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Teniendo en cuenta esta definición, el TJUE ha ido perfilando los requisitos para en los que una enfermedad puede ser equiparada a la discapacidad:

En primer lugar, en su STJUE de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas) señaló que no cabe la equiparación automática de enfermedad como discapacidad. Posteriormente, en la STJUE de 11 de abril de 2013, asunto Danmark Ring, matizó que la enfermedad que acarrea una limitación de larga duración puede equipararse a discapacidad. En cuanto al concepto de limitación duradera, el TJUE ha señalado que debe apreciarse en el momento de despido atendiendo a

11 Sobre el concepto de persona con discapacidad vid.: Esteban Legarreta, R.: “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/8 y en el RD Leg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, *Trabajo y derecho*, núm. extraordinario 6, 2017; Beltrán de Heredia, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, *Trabajo y derecho*, núm. Extraordinario 6, 2017. Moreno Solana, A.: “La discapacidad y la especial sensibilidad: dos conceptos diferentes llamados a encontrarse tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Trabajo y derecho*, núm. 64, 2020

los indicios que permitan concluir que no existe una perspectiva bien delimitada en cuanto a la finalización de la limitación a corto plazo (STJUE de 22 de julio de 2015, caso Daouidi).

Recientemente, el TJUE ha aclarado que la consideración como trabajador especialmente sensible no implica la consideración como personas con discapacidad, ello solo será así cuando el estado de salud entrañe una limitación para la participación activa y plena en la vida profesional (STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto Nobel Plastiques Ibérica SA).

Esta jurisprudencia del TJUE ha sido asumida por el Tribunal Supremo y está siendo aplicada por los tribunales ordinarios, no sin dificultades, debido a lo complejo que resulta en ocasiones determinar cuándo una enfermedad acarrea una limitación duradera¹².

Nuevamente, partiendo de esta doctrina hemos de plantearnos si la Covid-19 puede ser una enfermedad equiparable a discapacidad. En este punto, no cabe dar una respuesta unívoca, puesto que dicha equiparación dependerá de las limitaciones que acarree la enfermedad. Dicho de otro modo, por sí misma la Covid-19 no es una enfermedad que en términos generales se pueda equiparar a discapacidad, pero en aquellos casos en que la enfermedad se cronifique y entrañe algún tipo de limitación duradera sí que podrá ser equiparada. Conforme avanza el conocimiento científico de la enfermedad puede anticiparse que existen ya casos de pacientes en los que la infección resulta persistente y para los que se han objetivado limitaciones en el aparato respiratorio y psicomotor de carácter previsiblemente duradero.

6

Discriminación por razón de género

Aunque parezca un tanto peregrino también la pandemia ha dado lugar a situaciones de discriminación por razón de género. En efecto, las especiales condiciones para el desarrollo del trabajo durante la crisis del coronavirus han generado especiales necesidades de conciliación que se han visto respaldadas mediante la

12 Esta jurisprudencia del TJUE ha sido aplicada por los tribunales ordinarios, en función de las concretas circunstancias de cada caso. Así, han reconocido la nulidad del despido la SDTSJ País Vasco de 6 de noviembre de 2018, rec. 2021, o de Galicia de 28 de marzo de 2018, rec. 359, o de Cataluña de 17 de febrero de 2015. En cambio, han considerado que el despido, en este caso por falta de rendimiento, era improcedente y no nulo porque la enfermedad no constituía discapacidad la STS de 2 de mayo de 2016, rec. 3348/2015, de 21 de septiembre de 2017 y de 22 de febrero de 2018, (rec. 782/2016 y 160/2016).

aprobación de una serie de medidas especiales, encuadradas en el denominado Plan Me Cuida, con el fin de facilitar la atención de las necesidades familiares a las personas durante la pandemia.

Con el objeto de garantizar el cuidado de hijos y familiares durante la crisis generada por la pandemia, el artículo 6 del RD 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, estableció el derecho de adaptación de jornada y reducción de jornada, para el caso de que no fuera posible optar por el teletrabajo, para atender al cuidado de cónyuge o pareja de hecho y familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, siempre que concurren circunstancias excepcionales.

Pues bien, en el marco del ejercicio de estos especiales derechos de conciliación también se han producido situaciones de discriminación respecto de personas que han tratado de ejercitar los extraordinarios derechos de conciliación previstos por la legislación de emergencia. Así sucedió en el caso enjuiciado STSJ (Aragón) de 17 de noviembre (ECLI:ES:TsjAR:2020:1291), en el que se denegó la solicitud de teletrabajo realizada por la trabajadora por motivos de conciliación. La empresa alegó que no resultaba posible acceder a tal solicitud por razones de privacidad del trabajo e imposibilidad de comprar un portátil y la trabajadora fue incluida en un ERTE. La sentencia concluyó que no existían motivos para negar dicha solicitud y que la actuación empresarial supone una discriminación por motivos de conciliación.

