

# Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Jesús Cruz Villalón

*di J. Cruz Villalón - 2 febbraio 2021*

## **Despido por negativa a vacunarse.**

Vaya por delante que soy un decidido defensor de las vacunas y que tengo plena confianza en la eficacia de las mismas, especialmente esperanzado de que la vacunación generalizada entre la población constituye la garantía última de superación de la pandemia que estamos sufriendo desde hace ya un año. En todo caso, la forma más eficaz de alcanzar ese objetivo de vacunación generalizada los es por la vía del convencimiento a la población y, por tanto, la extensión de una cultura favorable a la misma, lo que se logra de verdad por la vía de una transmisión de los fundamentos científicos que validan la eficacia de las vacunas y la ausencia de efectos negativos salvo para situaciones personales muy singulares. Incluso cualquier debate que se pueda plantear al efecto debe efectuarse sobre la premisa de que la población española ha sido tradicionalmente favorable a la vacunación, especialmente de las que se programan para la infancia. Dicho de otro modo, el porcentaje de población antivacunas es claramente marginal y más sobre la base del desconocimiento que de una desconfianza científicamente fundada. En definitiva, en términos generales es un asunto escasamente conflictivo. Prueba elocuente de ello es que las vacunas recomendadas para niños se atienden de manera casi universal, sin necesidad de haber impuesto ningún tipo de obligación jurídica al efecto. Esto mismo explica que el proceso de vacunación frente a la COVID se esté desarrollando con plena aceptación por el conjunto de la población, donde, si se manifiestan quejas, lo son sobre todo respecto de su lentitud. Teniendo presente que esta es la realidad en la que nos movemos, se explica que las autoridades sanitarias no hayan impuesto la obligatoriedad de la vacunación, porque es una medida en estos momentos de todo punto innecesaria. Diferente sería si se detectara una resistencia en ciertos sectores a la vacunación, que impidiese lograr la inmunidad de rebaño; pero la impresión es que esta resistencia va a ser marginal, por lo que se va a poder generalizar la vacunación con toda naturalidad.

Por ello, no deja de sorprender que en determinados ámbitos se haya pretendido abrir un amplio debate acerca de la vacunación obligatoria y, mucho menos que se haya querido plantear la posibilidad de que el empresario, en el marco de sus deberes de garantizar la seguridad y salud laboral, pueda despedir a un trabajador por negarse a vacunarse. En todo caso, a la vista de la extensión de ciertas conclusiones en este terreno, creo que conviene expresar cual es el marco legal en el que nos movemos y, dentro de la categoría siempre de lo opinable, cual es mi personal criterio al respecto.

La premisa de partida a estos efectos es que en nuestro país no existe ninguna norma que imponga como obligatoria la vacunación y, específicamente ninguna que imponga la vacunación frente al coronavirus. En definitiva, en nuestra [Ley General de Salud Pública](#) la

vacunación se contempla como un derecho de la ciudadanía, que no como un deber. Y ello es comprensible si se tiene en cuenta que desde el punto de vista constitucional se encuentra en juego el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). A pesar de ello, como ha señalado la alguna destacada constitucionalista, sería viable imponer con carácter obligatorio la vacunación de la población apelando a la protección de la salud de la ciudadanía ([Ana Carmona Contreras](#)). Sería posible con el fundamento debido que se procediera al establecimiento de la obligatoriedad de la vacunación, específicamente para concretos grupos sociales que, por su profesión o por sus relaciones sociales, potencialmente pueden transmitir el virus de manera más intensa. Ello sería posible en la medida en que con ello no se limitaría el contenido esencial de los referidos derechos fundamentales y libertades públicas. Eso sí, tal imposición necesariamente debería efectuarse de manera expresa y a través cuando menos de una norma con rango de Ley (art. 53 CE). Comoquiera que no existe norma alguna que lo prevea en tal sentido, ha de concluirse que en estos momentos no se puede obligar a la vacunación. Excepción sería la previsión legal que permite a las autoridades sanitarias competentes adoptar medidas de tratamientos “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas ([art. 2 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas Especiales en Materia de Salud Pública](#)). De ahí que los casos en los que se ha dictado una resolución judicial imponiendo la vacunación han sido de carácter marginal y ante situaciones muy excepcionales, de ausencia de capacidad decisoria por ancianos que han perdido sus capacidades volitivas por el deterioro personal y ante una resistencia injustificada para la administración de la vacuna por parte de los familiares.

El panorama no difiere si nos referimos al ámbito de la legislación laboral, donde por algunos se ha planteado la posibilidad de que el empleador pueda imponer la vacunación de sus trabajadores, o bien de algunos de ellos, en el marco de sus responsabilidades de prevención de riesgos laborales. Discrepo desde muy diversos puntos de vista de quienes han defendido tal posibilidad, por cuanto que no existe fundamento legal alguno para defender esta hipótesis de imposición empresarial. Para empezar, como principio general, ha de tenerse presente que en relación con el coronavirus nos enfrentamos a una pandemia, cuyo impacto trasciende el ámbito concreto de lo laboral, con riesgos de transmisión al conjunto de la población y no exclusivamente entre los trabajadores y en el ambiente de trabajo. De ahí que se trate de un asunto que se sitúa en el terreno estricto de la salud pública y no de la prevención de riesgos laborales. Por ello, a quien le corresponde decidir la obligatoriedad o no de la vacuna frente al COVID es a la autoridad sanitaria y no al empleador. Más aún, es la autoridad sanitaria la que tiene el conocimiento científico y la capacidad política para decidir si se impone la obligatoriedad de la vacunación, conocimiento y capacidad de la que carece el empleador, mucho más para seleccionar si se deben vacunar unos u otros trabajadores.

Al final, este criterio viene confirmado por la concreta legislación vigente. En concreto, el Reglamento regulador de la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo prevé que cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación. En concreto se prevé también que el ofrecimiento al trabajador de la medida correspondiente,

y su aceptación de la misma, deberán constar por escrito ([art. 8.3 RD 664/1997, de 12 de mayo](#)). Es claro que, conforme a esta previsión legal, el empleador tiene la obligación del ofrecimiento de las vacunas, pero no su imposición, por cuanto que se está exigiendo la aceptación expresa por parte del trabajador a ser vacunado, que deberá constar por escrito. Es cierto que podría existir una cierta duda respecto de la aplicabilidad de este Reglamento al caso concreto del riesgo de contagio por coronavirus, dado que la norma podía dar la impresión de que se movía en el terreno de exposición a agentes biológicos derivados del proceso productivo y que los mismos podrían provocar riesgos de contagios al trabajador al que se le ofrece la vacunación; pero no al caso específico del coronavirus que tiene un origen externo al proceso productivo y el riesgo es no sólo del contagio del trabajador sino también de que este lo extienda a terceros. Sin embargo, tal duda ha quedado superada, cuando recientemente Una Directiva de la Unión Europea ha incluido el Coronavirus de síndrome respiratorio entre los nuevos agentes biológicos ([Directiva 2020/739, de 3 de junio](#)). A los efectos de transponer esta última Directiva se recientemente se ha aprobado una Orden que ha actualizado la lista de agentes biológicos para incluir dentro incluirlo dentro del anexo de agentes biológicos, con precisa explicación al efecto por parte de la exposición de motivos de la norma reformadora ([Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre](#)).

Sí que conviene señalar que se produce una cierta incoherencia legal en la imposición al empleador el deber de ofrecer la vacunación al trabajador, con lo que ello supone de asumir los costes derivados de ello. En la medida en que hemos defendido que se trata de una cuestión de salud pública, que no de prevención de riesgos laborales, a quien le debe corresponder la responsabilidad y coste de la vacunación debe ser a la autoridad sanitaria y no al empleador.

En definitiva, todo lo anterior deja meridianamente claro que el empleador no puede obligar a la vacunación, de modo que cualquier desobediencia a tal orden sería lícita, lo que desembocaría en que un posible despido basado en la negativa a vacunarse habría de calificarse como contrario a derecho, como igualmente sería ilícita cualquier otra medida sancionatoria de menor entidad.

Más aún, como quiera que con anterioridad hemos vinculado la posible negativa a vacunarse del trabajador con concretos derechos fundamentales y libertades públicas, tal despido habría de calificarse como nulo por lesivo a tales derechos (art. 55.5 ET), lo que comporta la necesaria condena a la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo.

### **Despido de trabajador contagiado.**

Por otra parte, recientemente también se han producido en algunos casos despidos de trabajadores a resultas del conocimiento por parte del empleador de que se encuentran contagiados los propios trabajadores o personas de su entorno. Por contraste a ello, una de las primeras medidas adoptadas a resultas de la propagación del virus fue la de otorgar el tratamiento equivalente al accidente de trabajo a los períodos de aislamiento o contagio de los trabajadores provocados por el coronavirus, así como a quienes no puedan acudir a sus centros de trabajo desde sus domicilios a resultas de restricciones de la movilidad derivadas de la pandemia, la empresa mantenga abierto el centro de trabajo y no puedan realizar su trabajo de forma telemática ([art. 5 Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo](#), modificado por la disp. final 10 del [Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre](#)).

En estas circunstancias, estos trabajadores se encontrarán con sus contratos suspendidos, lo cual como es obvio no justifica el despido. En principio, al tratarse de un despido no justificado procedería entender que ese despido debería calificarse como improcedente.

No obstante, en algunos supuestos singulares podría valorarse que la decisión resolutoria empresarial tiene el carácter de discriminatoria, derivada del contagio o de las restricciones impuestas por la autoridad sanitaria, en cuyo caso habría que declarar el despido como nulo, con el correspondiente efecto de la condena a la empresa a la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo a partir del instante en el que concluya la causa determinante de la suspensión de la relación laboral.

No se trata ni es posible reproducir aquí todo el debate desarrollado en los últimos años acerca de la posibilidad o no de identificar la enfermedad del trabajador con una discapacidad, bastando a tal efecto dos ideas básicas. Una primera, que el estado de enfermedad es diferente de la discapacidad como posible causa de discriminación, de modo que no cabe asimilar automáticamente un tratamiento peyorativo por la situación de enfermedad y suspensión de trabajo por este motivo con una conducta discriminatoria, que merezca por tanto ser calificada como nula por lesiva de derechos fundamentales, tanto se contemple ello desde la perspectivas del derecho interno por parte de nuestro Tribunal Supremo (SSTS 3 de mayo de 2016, rec. 3348/2014, [ECLI:ES:TS:2016:2351](#); 12 de julio de 2012, rec. 2789/2011, [ECLI:ES:TS:2012:5912](#), con voto particular de contrario; 27 de enero de 2009, rec. 608/2008; 11 de diciembre de 2007, rec. 4355/2006, [ECLI:ES:TS:2007:9075](#); 29 de enero de 2001, rec. 1566/2000, [ECLI:ES:TS:2001:502](#)), como desde el punto de vista europeo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Chacón Navas, [ECLI:EU:C:2006:456](#)). Una segunda, complementaria de la precedente, que en ciertas ocasiones un tratamiento negativo de un trabajador, entre ellos un despido, derivado de un concreto estado de enfermedad puede ser percibido como un elemento de segregación por la estigmatización que lleva unida como tal dicha enfermedad (STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008), bien cuando la enfermedad acarrea una limitación a largo plazo que, al interactuar con otras barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva del trabajador (STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, Fago g Arbejde, [ECLI:EU:C:2014:2463](#), en un caso de obesidad). De este modo, en la medida en que se pueda detectar que se despide a una persona contagiada por el coronavirus como portadora de una enfermedad altamente contagiosa, cuya potencialidad de contagio se presume incluso una vez que se vaya a superar el período de suspensión del contrato de trabajo, puede tener dicho carácter estigmatizante y, por ello, cabe vincularlo a la cláusula abierta de discriminación constitucionalmente vedada en base a cualquier otra circunstancia personal o social. Precisamente así lo ha entendido, a nuestro juicio con la suficiente argumentación, alguna sentencia de instancia, que ha procedido a declarar dicho despido como nulo (SJS Murcia núm. 9, de 10 de diciembre de 2020, núm. 231/2020, procedimiento 275/2020, Aranzadi, JUR2021\1928).

Jesús Cruz Villalón, cattedratico di diritto del lavoro nell'Università di Siviglia