

CERTIFICADO COVID Y RELACIÓN LABORAL¹

Antonio Fernández García²

Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Abstract

Este trabajo analiza la posible licitud del certificado COVID digital UE (“pasaporte COVID”) en el ámbito de las relaciones laborales por cuenta ajena. Se examina el Reglamento (UE) 2021/953 y las resoluciones judiciales que avalan esta medida para acceder a diferentes establecimientos. Con esta base se distingue entre la vacunación, las pruebas diagnósticas y de superación de la enfermedad en distintos ámbitos: acceso al empleo, desarrollo de la relación laboral y extinción del contrato.

This paper analyses the EU digital COVID certificate's ('COVID passport') possible legality in the field of employment relationships. Regulation (EU) 2021/953 and the case law that endorse this measure to access different establishments are examined. With this basis, we made a distinction between vaccination, diagnostic and recovery's test in different areas: access to employment, employment relationship's development and contract's ending.

Title: COVID certificate and employment relationship

Palabras clave: acceso al empleo, certificado COVID digital UE, extinción del contrato, relación laboral.

Key words: access to employment, EU digital COVID certificate, contract's ending, employment relationship.

IUSLabor 1/2022, ISSN 1699-2938, p. 118-147

DOI. 10.31009/IUSLabor.2022.i01.05

¹ Parte de las ideas desarrolladas en este trabajo se derivan de la comunicación presentada al *3rd SBRLab International Virtual Conference* (15-16 de diciembre de 2021, Tarragona) con el título “COVID-19 y vulneración de derechos en el acceso al empleo”. Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades “Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar” (Ref. RTI2018-097947-B-I00), IPs: Ana María ROMERO BURILLO y Josep MORENO GENÉ.

² ORCID ID: 0000-0003-1382-4407. El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya “Fiscalidad, relaciones laborales y empresa”. Ref. 2017 SGR 258.

Fecha envío: 1.2.2022 | Fecha aceptación: 24.2.2022

Sumario

1. Introducción
2. El certificado COVID digital de la UE
3. Exigencia del certificado COVID para el acceso a determinados establecimientos: breve análisis jurisprudencial
4. El certificado COVID y el ámbito laboral
 - 4.1. El acceso al empleo
 - a) Ofertas de empleo con exigencia de haber superado el COVID-19
 - b) Ofertas de empleo con exigencia de vacunación
 - c) Reconocimiento médico previo a la contratación en caso de riesgo de enfermedad profesional
 - 4.2. La relación laboral
 - a) La distinción entre trabajadores vacunados y no vacunados
 - b) Las pruebas diagnósticas indiscriminadas o cribados
 - 4.3. La extinción del contrato
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

El objetivo de este artículo es determinar si la exigencia de disponer del certificado COVID digital de la Unión Europea (UE), denominado popularmente “pasaporte COVID”, resulta lícita en el ámbito de las relaciones laborales. En ese sentido, se ha dividido la exposición en tres apartados.

En el primero se analizará lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19 (en adelante, Reglamento 2021/953). Esta es la normativa comunitaria que regula el certificado.

En el segundo se analizarán las resoluciones del Tribunal Supremo y de algunos Tribunales Superiores de Justicia que abordan la exigencia del certificado para el acceso de los usuarios a establecimientos de hostelería, ocio nocturno, etc. Se identificarán los motivos y justificaciones que se han ofrecido para considerar lícita la exigencia de ese documento en dicho ámbito.

Finalmente, en un tercer apartado determinaremos si las consideraciones anteriores son aplicables al ámbito laboral, teniendo en cuenta los derechos fundamentales afectados. Para este análisis, diferenciaremos entre la fase de acceso al empleo, el desarrollo de la relación laboral y la extinción de contrato.

2. El certificado COVID digital de la UE

Para armonizar los criterios de entrada en los diferentes Estados miembros de la UE mientras dure la pandemia derivado del coronavirus SARS-Cov-2 que provoca la enfermedad COVID-19, se ha creado un certificado interoperable a nivel comunitario, regulado por el Reglamento 2021/953, cuya aplicación finalizará el 30 de junio de 2022. Este certificado puede contener información de tres tipos, es decir, puede contener tres certificados diferentes que facilitan a su poseedor el ejercicio del derecho a la libre de circulación por la UE sin necesidad de someterse a ninguna otra medida sanitaria (por ejemplo, una cuarentena).

En primer lugar, puede contener un certificado de vacunación que confirma que el titular ha recibido una vacuna contra la COVID-19 en el Estado miembro que expide el certificado (artículo 3.1.a). La norma aclara que no cabe interpretarse que se establezca un derecho o una obligación a ser vacunado (Considerando 36).

En segundo lugar, puede contener un certificado de prueba diagnóstica llevada a cabo por profesionales sanitarios o personal cualificado para realización de las pruebas en el Estado miembro que expide el certificado, y que indica el tipo de prueba, la fecha en que se realizó y su resultado. Se especifica que puede tratarse tanto de una prueba NAAT (más conocida en España como “prueba PCR”) como de una prueba rápida de antígenos (también conocida como “test de antígenos”) enumerada en la lista común y actualizada sobre la base de la Recomendación del Consejo de 21 de enero de 2021 (artículo 3.1.b).

En tercer lugar, puede contener un certificado de recuperación que confirma que, tras un resultado positivo de una prueba NAAT (PCR) realizada por profesionales sanitarios o personal cualificado para la realización de pruebas, el titular se ha recuperado de una infección por el SARS-CoV-2 (artículo 1.3.c). Este tipo de certificado se expide 11 días después de haberse realizado la prueba.

La norma anima a los Estados miembros a garantizar que haya posibilidades de realizar pruebas de detección asequibles y ampliamente disponibles así como a que faciliten el acceso universal, oportuno y asequible a las vacunas contra la COVID-19 (Considerando 21).

En relación a los datos personales contenidos en el certificado, solo pueden tratarse con fines de libre circulación dentro de la UE (artículo 10.2) y por parte de las “*autoridades competentes del Estado miembro de destino o tránsito, o por los operadores de servicios de transporte transfronterizo de viajeros obligados por la legislación nacional a aplicar determinadas medidas de salud pública durante la pandemia de COVID-19*” (artículo 10.3). Por lo tanto, no está previsto su uso para el ámbito laboral ni para cualquier otro ámbito que no sea la libre circulación de personas por la UE.

Finalmente, se otorga un valor equivalente a los tres posibles certificados, es decir, se prohíbe la discriminación basada en la posesión de una categoría específica de certificado, ya sea de vacunación, de prueba diagnóstica o de recuperación (artículo 3.7). Así, la norma considera que la posesión de cualquiera de los tres certificados implica que su titular no supone un riesgo significativo para la salud pública, de acuerdo con datos científicos sólidos, al no poder transmitir el SARS-CoV-2. Por ese motivo su libertad de circulación no debe restringirse, dado que tales restricciones no serían necesarias para alcanzar el objetivo de salvaguardar la salud pública (Considerando 7).

En nuestra opinión, esta equivalencia entre vacunación, prueba diagnóstica y de recuperación es el principal punto débil de este instrumento comunitario. De hecho en el Considerando 45 se admite que deben seguirse examinando los datos científicos

disponibles relativos “*la eficacia y duración de la inmunidad conferida por las vacunas contra la COVID-19, si las vacunas impiden la infección asintomática y la transmisión del SARS-CoV-2, el estado de las personas que se han recuperado de la COVID-19 y los efectos de las nuevas variantes del coronavirus SARS-CoV-2 sobre las personas que hayan sido vacunadas o ya infectadas*”.

También la Organización Mundial de la Salud (OMS) indica que las vacunas protegen de enfermar gravemente y de morir a causa de la COVID-19 pero se desconoce hasta qué punto evitan la infección por el virus y su transmisión a otras personas por lo que “*se pueden dar infecciones en personas vacunadas*”. Se afirma que hay algunas pruebas de que estar totalmente vacunado puede ayudar a proteger a otras personas, ya que es menos probable que el vacunado contraiga el virus y lo transmita. Así, “*se está investigando hasta qué punto estar vacunado evita que se infecte y transmita el virus a otras personas. Se necesitan más datos para conocer el alcance de esta protección*”. Por lo tanto, todavía existe la posibilidad de que una persona vacunada transmita el virus. Por estas razones, la OMS recomienda continuar manteniendo distancia de seguridad, mascarilla, lavado de manos, etc.³

Por su parte, los propios fabricantes (Pfizer, Moderna, Janssen y AstraZeneca) de estas nuevas vacunas informan de que, si bien se reduce la sintomatología del contagiado/vacunado, no existen evidencias científicas que excluyan la capacidad de contagio hacia otros, estén vacunados o no⁴.

¿Por qué entonces la UE asume la equivalencia entre los tres tipos de certificados si parece que uno de ellos (vacunación) no ofrece los mismos resultados que el resto? En nuestra opinión, se trata de facilitar y armonizar un instrumento para favorecer el turismo y los viajes a nivel comunitario. Téngase en cuenta que el apartado 5 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de marzo de 2021, sobre la definición de una estrategia de la Unión en materia de turismo sostenible, ya exponía la necesidad de contar con un certificado de vacunación comunitario como alternativa a las pruebas PCR y a las cuarentenas, algo que sería posible cuando el proceso de vacunación se hubiera extendido y se constataste “*que una persona vacunada no puede contagiar el SARS-CoV-2*”. Parece

³ OMS, “Enfermedad por el coronavirus (COVID-19): Vacunas”, *web de la OMS* [en línea], 29 de noviembre de 2021 (disponible en: [https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines](https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines); consulta 20.1.2022).

⁴ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, SEGALÉS FIDALGO, Jaime y FOTINOPOULO BASURKO, Amalia, “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. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia* [en línea], nº 221, 2021, p. 52 (disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/04/Revista-Social-21-Abril-2021.pdf>; consulta 20.1.2022).

que han obviado esta segunda condición y se ha aceptado, de forma un tanto acrítica, que con la vacunación frente al COVID-19 es suficiente garantía de que una persona vacunada no es capaz de contagiar a otras.

En futuros apartados de este artículo volveremos a esta cuestión ya que nos parece un elemento clave a la hora de determinar si el certificado COVID digital UE resulta lícitamente aplicable a la relación laboral. De hecho, a la hora de abordar el análisis, en lugar de hablar de un certificado COVID distinguiremos entre sus tres modalidades: vacunación, prueba diagnóstica y prueba de recuperación.

3. Exigencia del certificado COVID para el acceso a determinados establecimientos: breve análisis jurisprudencial

En España, la mayoría de comunidades autónomas ha dictado normativa en la que se impone la exhibición del certificado COVID digital UE para acceder a establecimientos de hostelería, ocio nocturno, centros residenciales, gimnasios, etc. lo que ha provocado distintas resoluciones tanto de Tribunales Superiores de Justicia como del Tribunal Supremo porque se trata de una medida que afecta a derechos fundamentales (intimidad, igualdad, libre circulación, etc.).

Recuérdese que toda afectación o limitación a los derechos fundamentales puede ser lícita siempre que se cumpla con el denominado “principio de proporcionalidad” que establece lo siguiente: *“para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”* (SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 14/2003, de 28 de enero; 11/2006, de 16 de enero; y 39/2016, de 3 de marzo, entre otras).

Centraremos nuestra atención en la normativa de Andalucía, Galicia y País Vasco ya que son las que han llegado a ser examinadas por el Tribunal Supremo. No obstante, también analizaremos diversos autos de Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, Islas Baleares y Castilla-La Mancha, porque podemos extraer ideas interesantes, pero también normas directamente aplicables en el ámbito laboral.

El primer caso que llegó al Tribunal Supremo fue la normativa andaluza (Orden de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía), consistente en limitar el acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y de hostelería con música a aquéllas personas que puedan acreditar estar en posesión de certificado COVID digital de la UE en vigor o acreditación de test antígeno o PCR negativa en las últimas 72 horas realizada en centros, servicios o establecimientos sanitarios.

El ATSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) nº 405/2021, de 6 de agosto⁵, declaró la medida proporcional pero no idónea ni necesaria (F.J. 3). No resulta idónea, en parte, porque se admite que las personas vacunadas son posibles transmisores del virus lo que, *“lejos de evitar los contagios en el interior de los locales de ocio puede posibilitarlos”*. Y no resulta necesaria porque no se acredita con rotundidad que el mayor número de contagios tuvo su origen en los locales de ocio nocturno. Además, se impuso la medida con carácter indefinido y con vocación de permanencia, sin que se sepa qué criterio se seguirá para dejarla sin efecto o modificarla.

Por su parte, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) nº 1103/2021, de 18 de agosto⁶, rechazó también la medida porque no se motiva que el certificado COVID sea exigible en locales de ocio con música, y no en otros establecimientos similares o con semejante problemática. Además, la medida no resulta proporcional porque se contempla de forma indefinida y permanente (criterio temporal) y de aplicación para todo el territorio de Andalucía con *“independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución”* (F.J. 6).

Posteriormente, el ATSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) nº 97/2021, de 20 de agosto⁷, no aceptó la medida porque vulnera el derecho a la no discriminación (F.J. 1) y a la intimidad (F.J. 6). Además, no resulta idónea porque *“la vacunación no exime de contagiarse y las posibilidades de contagiar en ese caso llegan a ser moderadas, lo que -desde luego- parece desarbolar la eficacia, adecuación o aptitud para conseguir el objetivo de detener los contagios en los locales de hostelería. A mayor abundamiento, la prueba COVID negativa sólo es una foto fija del momento en el que se ha practicado, con lo que nada impide desgraciadamente que en un momento posterior a la misma y anterior a la entrada en el local se haya producido el contagio y, por lo tanto, el sujeto afectado sea un propagador del virus, que es el objetivo declarado de la medida”* (F.J. 5).

⁵ ECLI:ES:TSJAND:2021:65A.

⁶ ECLI:ES:TS:2021:3260.

⁷ ECLI:ES:TSJGAL:2021:176A.

En el caso gallego la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) nº 1112/2021, de 14 de septiembre⁸, aunque admite que el certificado COVID digital UE no proporciona una garantía absoluta de padecer en ese momento la infección (F.J. 8), considera adecuada su exhibición porque solo limita tenuemente diferentes derechos fundamentales en una situación gravísima de pandemia, donde prima el interés general de todos a sobrevivir (F.J. 7). Cede así la intimidad frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública *“toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos”* (F.J. 8). Además, *“impide el colapso hospitalario que puede acarrear la consiguiente desatención de otras enfermedades ajenas a la Covid-19”* (F.J. 9). Por lo tanto, considera ajustada la medida al principio de proporcionalidad porque es temporal y no se implanta en todo el territorio sino dependiendo de la influencia de la pandemia, además de que *“el beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local”* (F.J. 9). Destaca un voto particular que considera que la medida afecta intensamente a los derechos fundamentales y que no supera el test de proporcionalidad.

Los argumentos mencionados en dicha sentencia son los que se utilizarán en los autos de los distintos Tribunales Superiores de Justicia para avalar la exigencia del certificado COVID, en ocasiones reproduciendo literalmente las palabras dictadas por el Tribunal Supremo. Es el caso de, por ejemplo, el ATSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) nº 96/2021, de 4 de noviembre⁹, que avaló la medida durante 14 días para acceder a actividades con importante interacción entre personas como las recreativas musicales extraordinarias, conciertos, verbenas y otras fiestas populares, espacios culturales donde se pueda bailar e incluso al ocio nocturno. Posteriormente, el ATSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) de 25 de noviembre de 2021, aceptó la prórroga de la medida durante otros 14 días y su ampliación a toda Cataluña para acceder a establecimientos de restauración (incluidos los ubicados en centros comerciales, teatros, cines, circos, auditorios, gimnasios, parques de atracciones, salas de juego, etc.) y actividades musicales, discotecas, ocio nocturno, etc. Indica el juzgador que cuantas más actividades se añadan, será necesaria una mayor motivación y justificación por parte del gobernante (F.J. 7). En general, las actividades afectadas se desarrollan en un *“entorno con actitud jovial, aglomeración de personas, interacción social, dificultad de mantener la distancia social con mascarilla, con posibilidad de aumento de contagio por la relajación de algunas cautelas”* (F.J. 7).

⁸ ECLI:ES:TS:2021:3298.

⁹ ECLI:ES:TSJCAT:2021:968A.

En ese mismo mes de noviembre, el ATSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª) nº 91/2021, de 22 de noviembre¹⁰, rechaza la exigencia del certificado COVID para el acceso a restaurantes con capacidad de más de 50 comensales, locales de ocio nocturno (discotecas, salas de baile, etc.) y pubs (en este caso a partir de las 22:00 horas). La medida es efectiva en toda la comunidad autónoma en tanto los casos positivos sean iguales o superiores en los últimos 14 días a 150 por cada 100.000 habitantes. Debe destacarse que un voto particular manifiesta que debe seguirse la doctrina establecida en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) nº 1112/2021, de 14 de septiembre. La decisión de este Auto se anula por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) nº 1412/2021, de 1 de diciembre¹¹, que considera que el certificado COVID digital UE es: (i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, sin afectar a otros de manera apreciable (F.J. 5). Además, el criterio de delimitación geográfica de la medida pierde importancia por dos motivos: en primer lugar, no se puede circunscribir el uso del certificado a localidades concretas, porque su población puede trasladarse a otras con motivo de celebraciones o de las actividades enumeradas; en segundo lugar, debe tenerse en cuenta el contexto en el que, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, estamos viendo un *“generalizado incremento de las infecciones especialmente acusado en el País Vasco y, además, cuando asistimos a la extensión de esta medida en España y fuera de España”*.

Esta última postura del Tribunal Supremo es seguida por el ATSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 23 de diciembre de 2021¹², que prorroga por tercera vez¹³ durante 14 días la exigencia de certificado COVID para el acceso a la extensa lista de establecimientos, además de avalar un toque de queda. Se justifica la medida por el entorno navideño, proclive a reuniones y aglomeraciones, *“por la incidencia que aún se mantiene en Cataluña de propagación de virus muy especialmente con el azote de la nueva variante ómicrom (sic)”* y por último, *“habida cuenta la ponderación entre la reducida restricción de derechos que supone las medidas propuestas que se han relacionado y la protección de bienes jurídicos como la salud individual y colectiva y la vida”* (F.J. 5).

¹⁰ ECLI:ES:TSJPV:2021:281A.

¹¹ ECLI:ES:TS:2021:4309.

¹² ECLI:ES:TSJCAT:2021:984A.

¹³ La segunda fue acordada por el ATSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de diciembre de 2021.

Finalmente, el ATSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 5 de enero de 2022, reproduce la doctrina de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) nº 1112/2021, de 14 de septiembre, para imponer la cuarta y última prórroga de la medida. La Sala indica que la transmisibilidad de la nueva variante Ómicron es más alta, afectando a más población (vacunados y no vacunados), lo que provoca un elevado impacto hospitalario (F.J. 3). Además, admite que la exigencia de certificado COVID lleva en vigor desde el 3 de diciembre de 2021 y que no ha sido suficientemente efectiva para estabilizar la curva de contagios. A nosotros nos cuesta asumir la idoneidad de una medida que no reduce la transmisión del SARS-CoV-2 tras llevar un mes en vigor, aplicándose en multitud de establecimientos y en un territorio con un 76% de personas vacunadas mayores de 12 años. De hecho, alguna comunidad autónoma ha rechazado prorrogar la medida en 2022 porque afirma que no es efectiva frente a la última variante del virus¹⁴.

4. El certificado COVID y el ámbito laboral

Se ha dicho por el Tribunal Supremo que la exhibición del certificado COVID para el acceso a establecimientos de hostelería y ocio afecta tenuemente a los derechos a la igualdad y a la intimidad, no afectando al resto de forma apreciable. Por el contrario, en el ámbito de las relaciones laborales por cuenta ajena sí quedan afectados muchos más derechos en el momento en que se instaura este tipo de medida. Por eso, a la hora de someter la medida al principio de proporcionalidad, deberán tenerse en cuenta estas particularidades, como son el derecho a la integridad física (artículo 15 de la Constitución Española, CE), el derecho a la no discriminación (artículo 14 CE), el derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE), el derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 18.4 CE), el derecho a la salud (artículo 43 CE) y, finalmente, el propio derecho al trabajo (artículo 35 CE).

Aunque fuera de forma indirecta, aborda la cuestión de la exigencia del certificado COVID a trabajadores el ATSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 15 de diciembre de 2021. Así, no acepta la medida para el acceso al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento apoyándose en lo dictado por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) nº 1112/2021, de 14 de septiembre y por la más reciente STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) nº 1412/2021, de 1 de diciembre.

¹⁴ Gobierno de Cantabria, “Sanidad no prorroga la obligatoriedad del pasaporte Covid y detecta “señales” que apuntan a la estabilización de la pandemia”, *web del Gobierno de Cantabria* [en línea], 18 de enero de 2022 (disponible en: https://www.cantabria.es/web/gobierno/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_DETALLE/16413/19773623; consulta 21.1.2022).

El principal motivo para denegar la medida es que el redactado de la misma parece incluir a los trabajadores de estos establecimientos ya que habla de “*personas mayores de 12 años*” sin distinguir entre usuarios y trabajadores. Ese sería el motivo para no considerar proporcional la medida porque, según la Sala: (i) se obligaría a los trabajadores a vacunarse cuando no es obligatorio, aunque fuera de forma indirecta por el coste de las pruebas diagnósticas; (ii) se les obligaría a realizarse pruebas cada 48 o 72 horas y asumir su coste; (iii) se les obligaría a haber pasado el COVID en los 6 meses anteriores; (iv) no se puede imponer porque usan mascarilla en todo momento y ni comen ni beben en el trabajo, que es el motivo por el que se impone el certificado a los usuarios; (v) existen establecimientos afectados donde trabajan personas con distinto cometido que puede no estar relacionado con espacios interiores o interacción con clientes, por lo que hay que estar a las circunstancias de cada profesión y ocupación laboral. Por otro lado, no se motiva su necesidad pues no se aportan datos en los informes relativos al colectivo de trabajadores. Tan solo dos días después, el ATSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), nº 550/2021, de 17 de diciembre, avala la medida porque se aplica únicamente a personas usuarias.

Esta resolución nos permite observar nuevas variables a la hora de imponer el certificado COVID digital UE en un entorno laboral: diferente posición jurídica del trabajador frente al titular del establecimiento; posibilidad de utilizar medidas protectoras en todo momento (mascarilla, distancia, etc.); normativa específica de aplicación; intensidad en la interacción con otros trabajadores o personas; posibilidad de trabajo a distancia; coste de las pruebas diagnósticas que se traslada al empleador, etc.

Antes de empezar con el análisis referido estrictamente a la relación laboral debemos señalar que, puesto que ya hemos manifestado nuestra no conformidad con el carácter equivalente de los tres certificados contenidos en el certificado COVID digital UE, consideramos que el estudio debe realizarse por separado, distinguiendo entre la vacunación, las pruebas diagnósticas y las de recuperación. Asimismo, es referible dividir el ámbito de estudio en tres partes o fases: acceso empleo, desarrollo de la relación laboral y extinción del contrato.

En la primera destacamos prácticas de selección de personal que exigen a la persona candidata estar vacunada o haber superado enfermedad, así como la posibilidad de llevar a cabo reconocimientos médicos obligatorios previos a la contratación. En la segunda, nos centraremos en las medidas aplicables o no en función del estado de vacunación del trabajador así como en la realización de pruebas diagnósticas en la empresa. Por último, trataremos la cuestión del despido cuando este se relaciona con el COVID-19, ya sea de forma directa (contagio o sospecha de infección) o indirecta (negativa a vacunarse o a realizarse pruebas diagnósticas).

4.1. El acceso al empleo

a) Ofertas de empleo con exigencia de haber superado el COVID-19

Durante los meses de mayo y junio de 2020, los medios de comunicación informaron de que en las ofertas de empleo publicadas en Internet se empezaba a indicar como requisito o mérito para los candidatos el “*haber superado la COVID-19*” o fórmulas similares con la misma intención: garantizar que quien se incorporaba al puesto de trabajo no podía volver a contraer la enfermedad y así no podría contagiar a nadie (clientes, trabajadores, etc.).

En nuestra opinión, estas prácticas fueron exageradas por los propios medios ya que, tras una búsqueda¹⁵ en el portal privado de empleo InfoJobs, en el portal público de empleo Feina Activa (Cataluña) y en el portal de segunda mano Milanuncios.com, solo pudimos localizar en este último una de esas ofertas. Estaba destinada a una “*empleada de hogar externa*” y las tareas descritas eran “*hogar, cocina y cuidado de niños*”. Se indicaba que se “*valorará positivamente que la empleada haya pasado el COVID*”¹⁶.

No obstante, en Milanuncios.com sí que localizamos algunos anuncios de personas que buscaban empleo donde se informaba de que habían superado la enfermedad y que eran inmunes a la misma. De este modo, pretendían mostrar esta condición personal como una ventaja para el empleador y así obtener un puesto de trabajo.

El 18 de junio de 2020 la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicó un comunicado en su página web argumentando que estas prácticas consistentes en solicitar a los candidatos a un puesto de trabajo información de si han pasado la COVID-19 y desarrollado anticuerpos como requisito para acceder al puesto de trabajo ofertado, vulneraban la normativa sobre protección de datos personales¹⁷.

Toda esta información requerida constituyen datos personales relativos a la salud, es decir, relativos “*a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación*

¹⁵ La búsqueda se efectuó el 25 de junio de 2020 utilizando las siguientes palabras clave en el buscador de esos portales: “COVID” y “coronavirus”.

¹⁶ Véase la oferta B19 en FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio, “Recopilación de ofertas de empleo discriminatorias”, *Blog AFLabor*, 18 de diciembre de 2019 (disponible en: <https://aflabor.wordpress.com/2019/12/18/recopilacion-de-ofertas-de-empleo-discriminatorias/>; consulta: 21.1.2022).

¹⁷ Agencia Española de Protección de Datos, “Comunicado sobre la información acerca de tener anticuerpos de la COVID-19 para la oferta y búsqueda de empleo”, *web de la AEPD* [en línea], 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>; consulta: 21.1.2022).

de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud” [artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD)]. Esto significa que el tratamiento de dicho dato conlleva unas mayores garantías por ser una “*categoría especial de dato personal*” (artículo 9 RGPD) además de que, según la AEPD, la solicitud de dicho dato de salud no resulta necesaria para la ejecución o formalización del contrato de trabajo. Por ese motivo, dicho tratamiento sería excesivo y contravendría el principio de minimización de datos fijado en el artículo 5.1.c) RGPD, en relación con lo que se dispone en el artículo 7.4 RGPD.

En conclusión, ni la empresa puede solicitar el dato ni la persona candidata debe incluirlo en su currículum ya que “*el potencial destinatario del mismo no puede utilizar esa información que por lo demás requeriría de una verificación que, como se ha señalado, sería ilícita, por lo que la empresa deberá proceder a suprimirla para no infringir la normativa de protección de datos, lo que podría llegar a implicar la destrucción del currículum cuando no fuera posible asegurar que el dato de la inmunidad no va a influir en la decisión que finalmente se adopte, y la eliminación del candidato del proceso selectivo*”.

En su momento se llegó a afirmar que, si se aceptasen este tipo de prácticas, se daría el perverso caso de que quien no hubiera padecido la COVID-19 quedase excluido del acceso a un empleo, vulnerándose su derecho al trabajo (artículo 35 CE) de por vida, “*por un mero cálculo de riesgos empresarial*” ya que se evitarían situaciones de incapacidad temporal vinculadas a esta enfermedad¹⁸.

Con el paso del tiempo quedó demostrado que una persona que había pasado la enfermedad podía volver a padecerla, por ejemplo, por una nueva variante del virus SARS-CoV-2. Esta revelación, sumada al inicio de las campañas de vacunación, modificó ligeramente estas prácticas de reclutamiento y de búsqueda de empleo, como veremos a continuación. En todo caso, queda clara la ilicitud de solicitar el certificado de recuperación tras infección por COVID-19.

¹⁸ PÉREZ DOMÍNGUEZ, Fernando, “Pasaporte COVID: ¿pasaporte hacia un empleo?”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* [en línea], n° 2, 2021, p. 261 (disponible en: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2021.i2.08>; consulta 21.1.2022).

b) Ofertas de empleo con exigencia de vacunación

En fecha 10 de agosto de 2021 realizamos una nueva búsqueda en InfoJobs, Feina Activa y Milanuncios.com utilizando en el buscador las palabras “vacuna” y “vacunado”, obteniendo la siguiente información en las dos primeras páginas de resultados.

En el portal de empleo público catalán encontramos una oferta de empleo para auxiliar de enfermería en una residencia y centro de día que establecía como requisito “*estar vacunado con las dos dosis de la COVID-19*”¹⁹.

En el portal de empleo privado InfoJobs también localizamos una sola oferta de empleo para gerocultor/a donde se requería estar “*correctamente vacunado*”²⁰.

Pero fue en la web Milanuncios.com donde observamos hasta 22 ofertas de empleo que exigían la vacunación frente a la COVID-19: 18 ofertas correspondían a empleos relacionados con las tareas del hogar y con el cuidado de personas mayores o niños²¹. También se establecía este requisito para puestos de conductor, albañil, cocinero y limpiadora²². Y respecto a las personas que buscan empleo en dicha web, localizamos a 39 que informaban de su vacunación completa, ofreciéndose la mayoría para tareas de cuidados de personas mayores pero también para puestos de limpieza, conducción y hostelería.

Nótese que en la fecha en la que llevamos a cabo esta búsqueda el debate público estaba centrado en la exigencia del certificado COVID digital UE para el acceso a establecimientos de hostelería en las diversas comunidades autónomas. Además, la campaña de vacunación estaba avanzada y la propia existencia de dicho certificado normalizado favorecería la prueba de dicha vacunación frente a terceros.

Pese a estas prácticas generalizadas, y no meramente anecdóticas como sucedía en junio de 2020 respecto de la exigencia de inmunidad, a la luz de la normativa española no existe obligación alguna de vacunarse frente a la COVID-19. Así, las personas que buscan empleo ven vulnerados diversos derechos de una forma particularmente intensa por su

¹⁹ Véase la oferta C3 en FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio, “Segunda recopilación de ofertas de empleo discriminatorias”, *Blog AFLabor* [en línea], 22 de septiembre de 2021 (disponible en: <https://aflabor.wordpress.com/2021/09/22/segunda-recopilacion-de-ofertas-de-empleo-discriminatorias/>; consulta 21 de enero de 2022).

²⁰ Véase la oferta C1 en FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio, “Segunda recopilación de ofertas...”, *ob cit.*

²¹ Véanse, por ejemplo, las ofertas C4, C6, C7 y C9 en FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio, “Segunda recopilación de ofertas...”, *ob cit.* La oferta C8 únicamente recomienda la vacunación.

²² Véanse, por ejemplo, las ofertas C5, C10 y C11 en FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio, “Segunda recopilación de ofertas...”, *ob cit.*

situación de debilidad frente a empresarios que consideran que la vacuna evita el riesgo de contagio a sus clientes (por ejemplo, personas mayores) y al resto de trabajadores.

En España, el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE) impide la vacunación obligatoria generalizada tal y como se desprende de diversa normativa (artículo 5.2 Ley 33/2011, General de salud pública; artículo 2.4 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Esta prohibición afecta incluso a trabajadores expuestos a agentes biológicos pues solo se obliga al empresario a ofrecer a dichos trabajadores la posibilidad de vacunarse (artículo 8 Real Decreto 664/1997 de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo)²³. El precepto, además, habla de “vacunas eficaces” por lo que, *sensu contrario*, “parece obvio inferir que una ausencia de datos relativos a la eficacia de la eventual vacuna impediría un consentimiento informado, constituyendo éste el factor indispensable para la administración de cualquier tratamiento”²⁴. Adviértase que la vacunación en el ámbito laboral viene motivada por la prevención de la salud de los trabajadores mientras que en las ofertas de empleo lo que se está buscando es impedir la transmisión del virus del trabajador a otras personas, evitando futuros perjuicios económicos para el empleador.

Un sector doctrinal sostiene que, según lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, en casos de epidemias se podría imponer legalmente la vacunación con carácter obligatorio cuando exista un riesgo colectivo para la salud pública, desplazando en dichos supuestos el principio general de voluntariedad en la vacunación²⁵. No obstante, otro sector matiza que la medida excepcional alcanzaría únicamente a “escenarios determinados por una persona o grupo de personas, cuya enfermedad podría representar un peligro para el

²³ En el mismo sentido, artículo 6 Orden ESS/1451/2013, de 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario hospitalario.

²⁴ SEGALÉS FIDALGO, Jaime, “Vacunas y trabajo”. *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia* [en línea], n° 217, 2020, p. 13 (disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/12/Revista-Social-DICIEMBRE-2020-2-1.pdf>; consulta 20 de enero de 2022).

²⁵ TOLOSA TRIBIÑO, César, “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley*, n° 9784, 2021; ABRIL LARRAÍNZA, María del Puy, “Sobre la posibilidad de imponer a los trabajadores la realización de una prueba PCR o la vacunación frente a la covid-19”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, n° 2, 2021, p. 111; POQUET CATALÀ, Raquel, “¿Es posible establecer la obligatoriedad de la vacunación contra el SARS-COV-2 en el ámbito laboral?”, *IUSLabor*, n° 2, 2021, p. 12 (disponible en: <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i02.01>; consulta 21 de enero de 2022).

resto de la sociedad” sin aludir de forma expresa a la posibilidad de “*estrategias de contención generalizadas*”²⁶.

En su momento, la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, estipuló que, a fin de controlar las enfermedades transmisibles se podrían “*adoptar las medidas oportunas para el control de las personas enfermas, de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas y del ambiente inmediato, así como las que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*”. Entre esas medidas destacaba el nuevo redactado del artículo 38.2.b.5ª que permitía el “*sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización*”. Este precepto fue declarado inconstitucional porque “*la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que ha de someterse a la vacunación si se adopta esta medida, so pena de poder ser sancionado, en caso de negativa injustificada a vacunarse*” (ATC 74/2021, de 20 julio).

En conclusión, la exigencia de un certificado de vacunación frente a la COVID-19 no resulta lícita ni siquiera en el ámbito sanitario o de los cuidados. Así, la no obligatoriedad de las vacunas dentro de un sector naturalmente abocado al riesgo de contagio, en ocasiones con un marco de mortalidad y transmisibilidad superior al caso de la COVID-19, enmarca un rigor perfectamente exportable hacia el resto de actividades cuando éstas hayan de verse afectadas por un riesgo de idéntica morfología²⁷.

c) Reconocimiento médico previo a la contratación en caso de riesgo de enfermedad profesional

El artículo 243 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece que “*todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos*”. Estos reconocimientos son de carácter obligatorio para el trabajador y a costa de la empresa. En la fase de acceso al empleo este precepto adquiere importancia porque en su punto 3 se estipula que no se “*podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no*

²⁶ SEGALÉS FIDALGO, Jaime, “Vacunas y trabajo”, *ob cit.*, p. 9.

²⁷ SEGALÉS FIDALGO, Jaime, “Vacunas y trabajo”, *ob cit.*, p. 14.

hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate”²⁸.

¿Esta obligación ampara la realización de pruebas PCR o test de antígenos en la fase previa la contratación? En nuestra opinión, no es posible porque se trata de una medida establecida para proteger al futuro trabajador de enfermedades profesionales y el COVID-19 solo se considera enfermedad profesional cuando se prestan servicios sanitarios y sociosanitarios²⁹. Lo que significa esta norma es que, en el caso de candidatos a esos puestos de trabajo con exposición al SARS-CoV-2, se les debe realizar un reconocimiento médico por si padecieran alguna patología que pudiera agravarse por el desempeño de sus tareas. Por ejemplo, según consta en el documento “*Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2. Versión del 18 de noviembre de 2021*”, una persona sin vacunar con una enfermedad pulmonar crónica no debería desarrollar un puesto de trabajo del ámbito sanitario o sociosanitario en zona COVID³⁰. En todo caso, observando lo dispuesto en el mencionado documento, resulta muy raro que una persona vacunada, aun padeciendo alguna patología, quede excluida de la mayoría de las tareas relacionadas con pacientes con COVID-19³¹. Respecto a las personas no vacunadas con patologías, la mayoría podría desarrollar tareas en áreas no COVID, tanto asistenciales como de soporte estratégico, y tareas con exposición a pacientes sospechosos o confirmados de COVID-19, con equipos individuales de protección (EPI) adecuados³². Además, el empresario debería facilitarle la opción de vacunarse tal y como hemos señalado en el anterior epígrafe.

²⁸ Si bien las disposiciones de aplicación y desarrollo determinarán los casos excepcionales en los que, por exigencias de hecho de la contratación laboral, se pueda conceder un plazo para efectuar los reconocimientos inmediatamente después de la iniciación del trabajo (artículo 243.4 LGSS).

²⁹ Artículo 6 Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico

³⁰ Ministerio de Sanidad *et al*, “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2. Versión del 18 de noviembre de 2021”, *web del Ministerio de Sanidad* [en línea], 18 de noviembre de 2021, p. 29 (disponible en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf; consulta 20.1.2022).

³¹ Puede realizar asistencia directa a pacientes o intervención directa con casos sospechosos o confirmados, con equipo de protección adecuado y sin mantener la distancia de seguridad, incluida la movilización de pacientes y aseo. También podría realizar maniobras generadoras de aerosoles (RCP, intubación, extubación, etc.). Véase Ministerio de Sanidad *et al*, “Procedimiento de actuación para los servicios...”, *ob cit.*, p. 29.

³² *Ibidem*.

4.2. La relación laboral

a) La distinción entre trabajadores vacunados y no vacunados

Durante la relación laboral únicamente pueden realizarse distinciones entre trabajadores vacunados y no vacunados en materia de prevención de riesgos laborales y vigilancia de la salud. Como ya se ha indicado, la vacunación influye a la hora de determinar las tareas que un trabajador puede realizar, en concurrencia con determinadas patologías que pueda padecer. También tiene importancia en la necesidad de guardar cuarentena y en la posibilidad de iniciarse una incapacidad temporal (IT). Pero carece de importancia en el proceso diagnóstico de casos sospechosos. Así, tanto los trabajadores vacunados como no vacunados que presenten sintomatología compatible con infección por SARS-CoV-2 (infección respiratoria aguda, fiebre, tos, disnea y otros síntomas) serán considerados casos sospechosos y deberán someterse a pruebas diagnósticas obligatoriamente, realizadas por el servicio de vigilancia de la salud correspondiente³³.

En materia de cuarentenas se establecen las siguientes diferencias: (i) los trabajadores no vacunados realizarán cuarentena en su domicilio durante los 10 días posteriores al último contacto con un caso confirmado; (ii) los trabajadores vacunados con pauta completa y que sean consideradas como contacto estrecho de un caso confirmado estarán exentos de la cuarentena excepto si son personas inmunodeprimidas o han tenido contacto con casos producidos por variantes Beta o Gamma³⁴; (iii) las personas trabajadoras de centros sanitarios o sociosanitarios estarán exentas de la cuarentena si están vacunadas y utilizan EPI adecuados³⁵.

También existen diferencias en el caso de personas asintomáticas que han tenido una infección por SARS-CoV-2 confirmada por PCR o test de antígenos en los 180 días anteriores (lo que equivaldría al certificado de recuperación) y son contactos estrechos:

³³ Ministerio de Sanidad, “Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de COVID-19. Actualizado a 22 de diciembre de 2021”, *web del Ministerio de Sanidad* [en línea], 22 de diciembre de 2021, p. 5 (disponible en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf; consulta 20.1.2022). De hecho, siempre que en el citado documento se habla de casos sospechosos se centra la cuestión en los síntomas y no en el estado vacunal de la persona (véase, por ejemplo, el supuesto de la p. 10). Sí que se tiene en cuenta el haber superado el COVID-19 en los últimos 90 días, salvo excepciones (véase la p. 5).

³⁴ Sin embargo, en los 10 días posteriores al último contacto con un caso confirmados, se les indicará que realicen únicamente actividades esenciales y reduzcan todo lo posible sus interacciones sociales utilizando de forma constante la mascarilla. Especialmente se debe evitar el contacto con personas vulnerables, Ministerio de Sanidad, “Estrategia de detección precoz...”, *ob cit.*, p. 18.

³⁵ Se tendrá en cuenta la unidad hospitalaria en la que desarrollan su actividad asistencial pudiendo valorar cada caso si es necesario, Ministerio de Sanidad, “Estrategia de detección precoz...”, *ob cit.*, p. 19.

quedarán exentas de realizar la cuarentena, aunque rigen las mismas consideraciones y excepciones descritas en el párrafo anterior para los contactos vacunados³⁶.

Finalmente, causarán baja por IT los casos sospechosos, los casos confirmados y los contactos estrechos no vacunados de casos confirmados ocurridos en la empresa. Asimismo, también causarán IT las personas trabajadoras con especial sensibilidad en relación a la infección de SARS-CoV-2 sin posibilidad de adaptación del puesto de trabajo, protección adecuada que evite el contagio o reubicación en otro puesto exento de riesgo de exposición a dicho virus³⁷.

Por lo tanto, visto lo anterior, un trabajador solo debe informar de su estado de vacunación si (i) pertenece a un grupo vulnerable y debe realizar las actividades descritas en los anexos III y IV del documento “*Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*”; (ii) tiene contacto con un caso confirmado de COVID-19. Fuera de estos casos, la única información relacionada con la enfermedad que se tiene obligación de comunicar a la empresa es la posible sintomatología y el posible contacto estrecho con casos confirmados.

Así pues, solo cabe aplicar las distinciones enumeradas anteriormente sin que resulte lícito separar a ambos grupos de trabajadores, por ejemplo, obligando a realizar trabajo a distancia a las personas no vacunadas, reorganizando turnos de trabajo u horarios en función del estado vacunal, etc.

Sin embargo, como veremos en el próximo epígrafe, tenemos alguna normativa autonómica que distingue entre vacunados y no vacunados a la hora de establecer un régimen de pruebas diagnósticas en el ámbito de las residencias asistenciales y de los centros sanitarios.

b) Las pruebas diagnósticas indiscriminadas o cribados

En la empresa solo se realizarán pruebas diagnósticas a los casos sospechosos antes mencionados³⁸. Fuera de esos supuestos, las pruebas en personas asintomáticas o cribados se llevarán a cabo únicamente en centros sanitarios y sociosanitarios tras una valoración efectuada por cada comunidad autónoma, dependiendo de la situación epidemiológica del territorio o de la situación específica de cada centro, aunque, de forma general, no se

³⁶ Ministerio de Sanidad, “Estrategia de detección precoz...”, *ob cit.*, p. 19.

³⁷ Ministerio de Sanidad *et al.*, “Procedimiento de actuación para los servicios...”, *ob cit.*, p. 14.

³⁸ Ministerio de Sanidad, “Estrategia de detección precoz...”, *ob cit.*, p. 5.

recomienda llevar a cabo cribados periódicos en trabajadores en aquellos centros con altas coberturas de vacunación³⁹.

Esta cuestión puede ser abordada desde dos prismas: (i) desde la perspectiva de la obligación del trabajador de someterse a dichas pruebas diagnósticas ante las indicaciones de su empleador; (ii) desde la óptica de la obligación de la empresa de realizar a sus empleados dichas pruebas⁴⁰.

La primera cuestión ha quedado parcialmente analizada en el epígrafe anterior y al inicio de este: es obligatorio someterse en caso sospechoso de tener síntomas de COVID-19. También resulta obligatorio someterse a las pruebas, sin necesidad de tener síntomas, cuando una norma autonómica lo habilite. En cualquier otro supuesto, prima la voluntariedad del trabajador, esto es, su consentimiento. No entendemos aplicable lo dispuesto en el artículo 22.1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que exceptúa de ese carácter voluntario, previo informe de los representantes de los trabajadores, a “*los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible 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*”⁴¹. En nuestra opinión, en la diversa documentación oficial analizada a lo largo de este artículo, están especificadas detalladamente las situaciones en las que deben llevarse a cabo las pruebas diagnósticas de forma obligatoria. Si quisieran ampliarse los supuestos ya se habría estipulado en todo este tiempo transcurrido de pandemia. En todo caso, nótese que las importantes controversias que han llegado a los tribunales provienen de trabajadores que solicitaban a la empresa la realización de pruebas diagnósticas periódicas.

De este modo llegamos a la segunda cuestión anunciada, que es analizar los supuestos en los que existe una obligación empresarial de realizar este tipo de pruebas. El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, al menos, en tres ocasiones. En primer lugar, la

³⁹ Ministerio de Sanidad *et al*, “Procedimiento de actuación para los servicios...”, *ob cit.*, p. 13.

⁴⁰ ABRIL LARRAÍNZA, María del Puy, “Sobre la obligación empresarial de realizar test de antígenos o PCR a sus empleados”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, nº 3, 2021, p. 178.

⁴¹ A favor de la aplicación de este precepto en la materia que nos ocupa, GARCÍA SALAS, Ana Isabel, “El dilema de los test de coronavirus como medida de vigilancia de la salud de los trabajadores”, *El Foro de Labos* [en línea], 11 de febrero de 2021 (disponible en: <https://www.elforodelabos.es/el-dilema-de-los-test-de-coronavirus-como-medida-de-vigilancia-de-la-salud-de-los-trabajadores/>; consulta 21.1.2022) y ABRIL LARRAÍNZA, María del Puy, “Sobre la posibilidad de imponer...”, *ob cit.*, p. 110. Asimismo, la SJS nº 3 de Móstoles (Madrid), de 29 de diciembre de 2020, considera proporcional efectuar una prueba PCR a toda la plantilla de un rodaje audiovisual tras su período de vacaciones.

STS (Sala de lo Social, Pleno), nº 218/2021, de 18 de febrero⁴², relativa a policías y sanitarios del País Vasco, estableció que hay que estar a lo dispuesto en la documentación técnica elaborada por la autoridad sanitaria para determinar los supuestos en los que resulta obligatorio la realización de pruebas diagnósticas por parte de un empleador. Posteriormente, la STS (Sala de lo Social, Pleno), nº 425/2021, de 22 de abril⁴³, también relativa a la Ertzaintza, reiteró esa doctrina, al igual que la STS (Sala de lo Social, Pleno), nº 562/2021, de 20 de mayo⁴⁴, relativa a técnicos de transporte sanitario.

No es hasta verano de 2021 cuando se dicta normativa en Castilla-La Mancha imponiendo la realización de pruebas diagnósticas cada 7 ó 14 días a la totalidad de la plantilla de residencias de personas mayores. El ATSJ de Castilla La-Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), nº 273/2021, de 9 de agosto⁴⁵, y posteriormente la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 19 de agosto de 2021⁴⁶, no avalan la medida por falta de datos concretos sobre incidencia de la COVID-19 en esos centros y trabajadores, es decir, no se suministran los elementos adecuados indispensables que le permitan valorar si la limitación pretendida es acorde con el principio de proporcionalidad, ya que se observa una clara incidencia en el derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18 CE). Asimismo, se compromete el derecho de circulación del artículo 19 CE al contemplarse el aislamiento obligatorio de aquellos sospechosos de síntomas de la enfermedad hasta el momento de la prueba (F.J. 7).

En las mismas fechas, el Gobierno de Islas Baleares estableció pruebas diagnósticas obligatorias para trabajadores de centros o residencias asistenciales, medida que fue prorrogándose periódicamente. Así, se estipuló: (i) la realización de una prueba diagnóstica, con una antelación máxima de 72 horas, a trabajadores de nueva incorporación⁴⁷ o que se incorporasen de un periodo de permiso o vacaciones; (ii) la realización de tres pruebas semanales, mínimo dos de ellas por PCR, a los trabajadores no vacunados; (iii) la realización de una prueba con una periodicidad quincenal a los trabajadores vacunados y aquellos que han pasado la enfermedad durante los 6 meses anteriores⁴⁸. Este trato diferenciado entre personal vacunado y no vacunado se justifica

⁴² ECLI: ES:TS:2021:502.

⁴³ ECLI: ES:TS:2021:1523.

⁴⁴ ECLI:ES:TS:2021:2144.

⁴⁵ ECLI:ES:TSJCLM:2021:34A.

⁴⁶ ECLI:ES:TS:2021:3259.

⁴⁷ Se entiende que la persona ya ha sido contratada y, en caso de dar positivo por COVID-19, causará incapacidad temporal. Véase el caso de la SJS nº 3 de Móstoles (Madrid), de 29 de diciembre de 2020.

⁴⁸ Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de septiembre de 2021 por el que se establecen condiciones excepcionales en el régimen de visitas y salidas a los servicios sociales de tipo residencial, viviendas supervisadas para personas mayores, personas en situación de dependencia y personas con discapacidad,

en la norma afirmando que los primeros, aunque menor, también tienen cierta capacidad de transmisión del virus en el caso de que se contagien.

Esta medida se extendió a finales del año 2021, con los mismos términos⁴⁹, al ámbito de los centros sanitarios (hospitales, centros de atención primaria, clínicas dentales, centros de cirugía mayor ambulatoria, centros de diálisis y centros de salud mental). El ATSJ de Islas Baleares (Palma de Mallorca) nº 397/2021, de 16 de diciembre, avaló la medida hasta el 24 de enero de 2022. La Sala examinó una serie de datos⁵⁰ y la posible afectación a los derechos de los trabajadores (igualdad, integridad física e intimidad personal, F.J. 6). Se justificó la medida por la especial vulnerabilidad de la tercera edad y las personas con discapacidad que residen en esos centros, lo que obliga a una especial protección. Se justificó el trato diferenciado entre vacunados y no vacunados porque el periodo de transmisión de la enfermedad en los segundos es más largo que en los primeros, reiterando la doctrina del Tribunal Supremo al señalar la no prevalencia del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de los datos personales cuando ello es necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población (F.J. 6). Finalmente, la exigencia de PCR se considera adecuada y proporcional porque con ello se permite conocer con exactitud si se está o no contagiado y se evitan ulteriores contagios (F.J. 6). Destacamos que, a diferencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, se afirma en esta resolución que *“la adopción de pruebas o reconocimientos de salud del empleado, incluso en contra de su voluntad cuando pueda poner en riesgo la salud de terceros, se contempla con naturalidad en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, por lo que con mayor razón está justificada ante una pandemia y en personal que le incumbe un especial deber de colaboración”*.

4.3. La extinción del contrato

La SJS nº 6 de Bilbao, nº 439/2021, de 8 de octubre, declara nulo el despido disciplinario de una cuidadora de un centro sanitario para personas dependientes. La trabajadora era la única persona de la plantilla que no se había vacunado y entiende el juzgador que el

como medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19 (BOIB de 28 de septiembre de 2021).

⁴⁹ Únicamente se estableció que las personas que habían pasado la infección por COVID-19 estarían exentas de la realización de estas pruebas de cribado preventivo durante los 90 días siguientes al diagnóstico de la infección.

⁵⁰ Incidencia acumulada, datos de la expansión del virus, ocupación de camas (incluyendo UCI), brotes en residencias, número de residentes y trabajadores contagiados, número de defunciones en dichos centros y de residentes hospitalizados y contagiados, porcentaje de población vacunada (83%), tasa de vacunación de usuarios y trabajadores de los centros, éxito en la detección de casos confirmados a causa de los cribados periódicos, etc.

motivo del despido fue precisamente *“la negativa a someterse al tratamiento prescrito por las autoridades sanitarias para la contención de la pandemia”*. Entiende el juzgador que se ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE) por lo que impone, además, una indemnización de 600 euros⁵¹.

En nuestra opinión, todo despido relacionado con la enfermedad COVID-19, lo que incluiría el estado de vacunación y una negativa lícita a someterse a pruebas diagnósticas, es susceptible de atentar contra el derecho fundamental a la no discriminación. En principio, el hecho de padecer una enfermedad no constituye un factor de discriminación encuadrable en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* del artículo 14 CE. Para ello se requiere una *“naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10 CE)”* (STC 62/2008, de 26 de mayo, F.J. 5).

Por otro lado, según la doctrina comunitaria solo cabe la discriminación por razón de enfermedad cuando se la asimila a la discapacidad. Por ejemplo, cuando un proceso de incapacidad temporal pueda derivar en una incapacidad *“duradera”*, es decir, cuando la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o bien cuando dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona (STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto Daouidi⁵²).

Por lo tanto, para obtener tutela antidiscriminatoria por padecer una enfermedad esta debe cumplir los requisitos expuestos por la doctrina comunitaria o bien constituirse como un *“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”* (STC 62/2008, de 26 de mayo, F.J. 6). Antes de la crisis COVID-19 el ejemplo más claro de enfermedad estigmatizante y segregadora era ser portador del VIH que causa el SIDA, lo que etiquetaba a las personas y provocaba su exclusión de actividades sociales como la escuela o el empleo.

⁵¹ La sentencia cita en su argumentación la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 19 de agosto de 2021, relativa a las pruebas diagnósticas en residencias de Castilla-La Mancha.

⁵² ECLI:EU:C:2016:917.

Estas doctrinas podrían cambiar en un futuro porque la Carta Social Europea (revisada), ratificada por España en 2021 (BOE de 11 de junio de 2021), incluye en su Parte V, Artículo E, el factor “salud”, concepto conexo aunque diferente al de discapacidad y al de enfermedad, por lo que no cabría discriminación alguna basada en ese motivo a la hora de disfrutar de los derechos reconocidos en dicha Carta.

En todo caso ¿puede incluirse la COVID-19 en la categoría de enfermedad estigmatizante y segregadora? Sin lugar a dudas. El estigma social en el contexto de la salud es la asociación negativa entre una persona o grupo de personas que comparten ciertas características y una enfermedad específica. La pandemia COVID-19 ha provocado estigma social y comportamientos discriminatorios que han afectado negativamente a quien tiene la enfermedad, así como a sus cuidadores, familia, amigos y comunidades, en definitiva, a quien se perciba que ha estado en contacto con el virus⁵³. Así lo han entendido, además, las resoluciones judiciales que se han dictado en casos de despido relacionados con esta enfermedad.

Respecto a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), nº 249/2021, de 17 de marzo⁵⁴, declara nulo el despido de un gericultor producido al día siguiente de comunicar a la empresa el contagio, estando vigente el período de prueba. Entiende el juzgador que se vulnera el derecho a la salud y a la no discriminación porque por el contexto social se considera a la COVID-19 una enfermedad estigmatizante. En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº 1586/2021, de 19 de octubre⁵⁵, se apoya en la doctrina constitucional para calificar como nulo el despido durante el período de prueba de una profesora presuntamente infectada. Afirma que esta circunstancia puede ser considerada como “una situación de posible rechazo, exclusión o marginación, que estigmatice o connote subjetivamente a la persona” (F.J. 7) “en un entorno de riesgo y alarma con 5 millones de infectados y 85.000 fallecidos por COVID-19”. Asimismo, impone una indemnización de 6.251 euros.

En cuanto a los Juzgados de lo Social, la SJS nº 9 de Murcia, nº 231/2020, de 10 de diciembre⁵⁶, califica como discriminatorio el despido de una trabajadora de carnicería el mismo día en que inicia un proceso por incapacidad temporal por posible contagio por

⁵³ IFRC, UNICEF y OMS, “Estigma social asociado a COVID-19. Una guía para la prevención y el tratamiento del estigma social. Traducción de la Cátedra UCM – Grupo 5 Contra el Estigma”, *web de la Cátedra UCM – Grupo 5 Contra el Estigma* [en línea], 2020, p. 3 (disponible en: <https://www.contraelestigma.com/wp-content/uploads/2018/10/GUIA-ESTIGMA-SOCIAL.pdf>; consulta 21.1.2022).

⁵⁴ ECLI:ES:TSJM:2021:3268.

⁵⁵ ECLI:ES:TSJPV:2021:2857.

⁵⁶ ECLI:ES:JSO:2020:5285.

COVID-19 (20 de abril de 2020), que suponía, entre otras medidas, una cuarentena domiciliar durante dos semanas. Afirma el juzgador que en esas fechas “*se había declarado el estado de alarma y había miedo generalizado en la población por riesgo de contagios*” actuando la empresa “*por el temor a las consecuencias que se podrían derivar de conocerse que una empleada del establecimiento de carnicería había sufrido un posible contagio por coronavirus*”. Se vulneran así los derechos a no sufrir discriminación (artículo 14 CE) y la integridad física y a la salud (artículo 15 CE) al fundarse el despido en una enfermedad estigmatizante, es decir, enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo (“*podía ser percibida por terceras personas como un foco de riesgo de contagios*”). Además, se produjo el despido en unas fechas concretas en la que se vivió una situación sin precedentes de temor generalizado a contagios masivos. Para el juzgador resulta indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no (alejándose así de la doctrina comunitaria) pues “*lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás, al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio*”⁵⁷.

Por su parte, la SJS nº1 de Mataró (Barcelona), nº 39/2021, de 1 de febrero⁵⁸, aplica la misma solución en el caso del despido de un trabajador (peón especialista) dos días después de que comunique a la empresa (27 de marzo de 2020) el inicio de un proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, por infección de COVID-19. Afirma que hay suficiente prueba para estimar que la empresa acordó el despido del actor porque era sospechoso de haberse contagiado de COVID-19 y podía ser percibido “*por terceras personas como foco de riesgo de contagios*” utilizando además, argumentos literalmente idénticos a los de la anterior SJS nº 9 de Murcia.

Esta tutela antidiscriminatoria puede alcanzar no solo a personas infectadas o sospechosas de estarlo, sino también a quien padece patologías previas que suponen un especial riesgo frente a la COVID-19. Así, la STSJ de Cataluña (Sala de Social, Sección 1ª) nº 2918/2021, de 2 de junio⁵⁹, confirma íntegramente la SJS nº 26 de Barcelona, de 14 de diciembre de 2020⁶⁰, que califica como “*falso despido disciplinario por faltas de asistencias injustificadas*” al que en realidad venía motivado por la condición de vulnerabilidad de la trabajadora como integrante del colectivo de riesgo ante la COVID-19 por patologías previas. Se trata de situaciones “*a cuya protección se orienta la ingente legislación de*

⁵⁷ Por el contrario, la SJS nº 2 de Palencia, nº 110/2020, de 8 de octubre, ECLI:ES:JSO:2020:4527, no declara nulo, sino improcedente el despido de un trabajador por faltas de asistencia injustificadas debidas a su contagio por COVID-19.

⁵⁸ ECLI:ES:JSO:2021:161.

⁵⁹ ECLI:ES:TSJCAT:2021:6644.

⁶⁰ ECLI:ES:JSO:2020:5286.

*urgencia, integrada por más de 20 reales decretos leyes, y susceptible de ser objeto de discriminación en el ámbito laboral*⁶¹.

A la vista de lo anterior puede concluirse que, tanto negarse a recibir la vacuna o a someterse a una prueba diagnóstica cuando no resulta obligatorio, estar infectado por COVID-19 o estar a la espera de los resultados de las pruebas diagnósticas, así como presentar una vulnerabilidad específica hacia esta enfermedad, al menos mientras dure la pandemia decretada por la OMS⁶², pueden considerarse factores merecedores de la tutela antidiscriminatoria prevista en nuestro ordenamiento jurídico⁶³.

5. Conclusiones

Con el fin de retomar los desplazamientos por la UE en un escenario de pandemia que los paralizó con mayor o menor intensidad, se diseñó un instrumento para armonizar los requisitos de entrada en todos los Estados miembros. Así nació el certificado COVID digital UE o “pasaporte COVID”, regulado por el Reglamento 2021/953 donde no se preveía su uso para el ámbito laboral. Esta herramienta nació de forma apresurada, quizás por intereses económicos, y lo hizo con una tara importante: otorga la misma eficacia para evitar la transmisión del virus a una vacuna (*ad aeternum*), a una prueba diagnóstica (durante 48 o 72 horas) y a una prueba de recuperación (durante 6 meses). Esta equivalencia resulta contraria a la información difundida por la OMS, por la propia UE y por los fabricantes de vacunas. Aun así, se han mantenido las características de este certificado sin cambios.

Con la campaña de vacunación ya extendida y la entrada en vigor de dicho certificado, los gobiernos autonómicos no tardaron en imponerlo como medida de contención de la pandemia en aquellos momentos en los que aumentaban los contagios. Ya a finales del año 2021 se extendió por casi todas las comunidades autónomas la exigencia de mostrar el certificado COVID para el acceso a múltiples establecimientos de hostelería, ocio, etc. donde no podían mantenerse permanentemente el uso de mascarilla, distancia social,

⁶¹ Por el contrario, la STSJ de Galicia (Sala de Social, Sección 1ª) de 1 de febrero de 2021, ECLI:ES:TSJGAL:2021:547, declara improcedente el despido de un conductor perteneciente al colectivo de riesgo ante la COVID-19. El trabajador desobedece a la empresa negándose a viajar y no se considera grave la desobediencia en atención a su patología (enfermedad pulmonar obstructiva crónica) y a la situación de pandemia.

⁶² “Habrá que valorar con el paso del tiempo y los avances médicos (vacunación, tratamientos médicos...) si sigue existiendo en la sociedad esta misma percepción de riesgo”, ROMERO BURILLO, Ana María, “La extinción del contrato por enfermedad: ¿es la covid-19 una enfermedad estigmatizante?”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, nº 2, 2021, p. 87.

⁶³ Recuérdese que el artículo 22.4 LPRL establece que “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador”.

ventilación, etc. Esta medida fue avalada por el Tribunal Supremo que la consideró proporcional poniendo en relación sus beneficios y con la afectación a los derechos fundamentales.

Diferentes propuestas para exigir el certificado COVID en el ámbito laboral no se han hecho esperar. A lo largo de este trabajo hemos demostrado la existencia de ofertas de empleo que exigen ilícitamente la vacunación del aspirante y también se han dado casos de despido de quien se niega a vacunarse. En el ámbito laboral no resulta tan sencillo imponer este tipo de medidas porque afectan con más intensidad a derechos fundamentales y se cuenta con medidas más proporcionales como el uso de mascarillas, distancia social, EPI, etc. El empresario que las demanda lo puede hacer por dos motivos: en primer lugar, garantizar la salud del trabajador individualmente considerado, lo que de forma indirecta reduciría las ausencias por cuarentena o enfermedad, ahorrando costes a la empresa; en segundo lugar, evitar contagios entre trabajadores o entre clientes, lo que evitaría también cierres temporales de la empresa o mala reputación.

La práctica ha reducido el debate a dos medidas y no al certificado COVID en sí mismo: la vacunación obligatoria de los trabajadores y la realización de pruebas diagnósticas periódicas a toda la plantilla, con mayor incidencia en las personas no vacunadas. La primera no es posible en nuestro ordenamiento y la segunda depende de la regulación autonómica o de la voluntariedad del trabajador.

Respecto a la eficacia de las vacunas en relación con la transmisión del SARS-CoV-2, opinamos que no han dado el resultado esperado y no pueden seguir considerándose idóneas para evitar los contagios. La aparición de la variante Ómicron a finales del año 2021 ha provocado en España la mayor cantidad de contagios desde el inicio de la pandemia en un entorno donde un elevado porcentaje de la población está vacunada y con la obligación vigente de mostrar el certificado COVID para acceder a muchos establecimientos en la mayoría de comunidades autónomas⁶⁴.

Parece que las pruebas diagnósticas, y en menor medida las pruebas de recuperación de la enfermedad⁶⁵, serían las nuevas herramientas idóneas para la lucha contra los contagios

⁶⁴ Como señala el ATSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª) nº 91/2021, de 22 de noviembre, una valoración jurídica de una medida puede poner de manifiesto soluciones o premisas ilógicas o infundadas para cualquier persona media. También pueden evidenciarse errores evidentes para cualquier persona sin necesidad de ser conocedor de la ciencia o técnica de que se trate (F.J. 1).

⁶⁵ La respuesta inmune es menor en diversos grupos poblacionales (personas de mayor edad, inmunodeprimidos...) y puede verse afectada por la circulación de nuevas variantes, Ministerio de Sanidad *et al*, “Procedimiento de actuación para los servicios...”, *ob cit.*, p. 11. Además, 6 meses de eficacia del certificado de recuperación es un tiempo demasiado indeterminado para poder asumir una idoneidad sin riesgo de error.

por COVID-19, no solo en el ámbito laboral sino en cualquier otro. Esta nueva situación resulta significativa a la hora de establecer pruebas diagnósticas a los trabajadores pues no cabría distinguir entre los vacunados y los no vacunados, como hasta el momento se ha venido haciendo. En ese sentido, una persona vacunada y otra que no lo esté no pueden recibir diferente trato en este aspecto, pues sería discriminatorio⁶⁶ y en el ámbito sanitario y sociosanitario podría estar poniéndose en riesgo a personas vulnerables.

De hecho, la tutela antidiscriminatoria cobra importancia al considerarse la COVID-19 como una enfermedad estigmatizante que afecta no solo a quien la padece, sino a cualquiera que por su causa genere temor o rechazo, como podría ser una persona sospechosa de infección, o no vacunada, o una persona trabajadora que no accediese a someterse a una prueba diagnóstica de carácter no obligatorio, etc.

Finalmente, a la hora de prevenir contagios en las empresas, consideramos que debería flexibilizarse en la normativa el recurso a las pruebas diagnósticas obligatorias por varias razones: (i) la eficacia de las vacunas a la hora de evitar contagios ha sido desarticulada, aunque mantienen su eficacia en la reducción de síntomas y gravedad de la enfermedad; (ii) existen sectores u ocupaciones donde no es posible el uso permanente de la mascarilla o la distancia (audiovisual, por ejemplo); (iii) en el ámbito sanitario y sociosanitario se debe proteger eficazmente a las personas vulnerables; (iv) la afectación a los derechos fundamentales es muy reducida, siendo una además una medida demandada por sindicatos y trabajadores; (v) todo ello de forma temporal, en situaciones de elevada incidencia del SARS-CoV-2.

6. Bibliografía

ABRIL LARRAÍNZA, María del Puy, “Sobre la obligación empresarial de realizar test de antígenos o PCR a sus empleados”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, nº 3, 2021, p. 172-179.

ABRIL LARRAÍNZA, María del Puy, “Sobre la posibilidad de imponer a los trabajadores la realización de una prueba PCR o la vacunación frente a la covid-19”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, nº 2, 2021, p. 103-114.

Agencia Española de Protección de Datos, “Comunicado sobre la información acerca de tener anticuerpos de la COVID-19 para la oferta y búsqueda de empleo”, *web de la AEPD*

⁶⁶ En contra, el ATSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 15 de diciembre de 2021, que considera que no es comparable la situación de un vacunado y la de un no vacunado, porque concurre una justificación objetiva y razonable (F.J. 4). Como hemos afirmado, a partir de enero de 2022 no puede mantenerse esa postura (y quizás nunca se puede mantener).

[en línea], 18 de junio de 2020 (<https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-AEPD-covid-19-oferta-busqueda-empleo>; consulta 21 de enero de 2022).

FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio, “Segunda recopilación de ofertas de empleo discriminatorias”, *Blog AFLabor* [en línea], 22 de septiembre de 2021 (<https://aflabor.wordpress.com/2021/09/22/segunda-recopilacion-de-ofertas-de-empleo-discriminatorias/>; consulta 21 de enero de 2022).

FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio, “Recopilación de ofertas de empleo discriminatorias”, *Blog AFLabor* [en línea], 18 de diciembre de 2019 (<https://aflabor.wordpress.com/2019/12/18/recopilacion-de-ofertas-de-empleo-discriminatorias/>; consulta 21 de enero de 2022).

GARCÍA SALAS, Ana Isabel, “El dilema de los test de coronavirus como medida de vigilancia de la salud de los trabajadores”, *El Foro de Labos* [en línea], 11 de febrero de 2021 (<https://www.elforodelabos.es/el-dilema-de-los-test-de-coronavirus-como-medida-de-vigilancia-de-la-salud-de-los-trabajadores/>; consulta 21 de enero de 2022).

Gobierno de Cantabria, “Sanidad no prorroga la obligatoriedad del pasaporte Covid y detecta “señales” que apuntan a la estabilización de la pandemia”, *web del Gobierno de Cantabria* [en línea], 18 de enero de 2022 (https://www.cantabria.es/web/gobierno/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_DETALLE/16413/19773623; consulta 21 de enero de 2022).

IFRC, UNICEF Y OMS, “Estigma social asociado a COVID-19. Una guía para la prevención y el tratamiento del estigma social. Traducción de la Cátedra UCM – Grupo 5 Contra el Estigma”, *web de la Cátedra UCM – Grupo 5 Contra el Estigma* [en línea], 2020 (<https://www.contraelestigma.com/wp-content/uploads/2018/10/GUIA-ESTIGMA-SOCIAL.pdf>; consulta 21 de enero de 2022).

Ministerio de Sanidad, “Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de COVID-19. Actualizado a 22 de diciembre de 2021”, *web del Ministerio de Sanidad* [en línea], 22 de diciembre de 2021 (https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf; consulta 20 de enero de 2022).

Ministerio de Sanidad *et al*, “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2. Versión del 18 de noviembre de 2021”, *web del Ministerio de Sanidad* [en línea], 18 de noviembre de 2021 (https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf; consulta 20 de enero de 2022).

OMS, “Enfermedad por el coronavirus (COVID-19): Vacunas”, *web de la OMS* [en línea], 29 de noviembre de 2021 ([https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines](https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines); consulta 20 de enero de 2022).

PÉREZ DOMÍNGUEZ, Fernando, “Pasaporte COVID: ¿pasaporte hacia un empleo?”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* [en línea], nº 2, 2021, p. 255-266 (<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2021.i2.08>; consulta 21 de enero de 2022).

POQUET CATALÀ, Raquel, “¿Es posible establecer la obligatoriedad de la vacunación contra el SARS-COV-2 en el ámbito laboral?”, *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball* [en línea], nº 2, 2021, p. 6-27 (<https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i02.01>; consulta 21 de enero de 2022).

PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, SEGALÉS FIDALGO, Jaime y FOTINOPOULO BASURKO, Amalia, “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. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia* [en línea], nº 221, 2021, p. 21-54 (<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/04/Revista-Social-21-Abril-2021.pdf>; consulta 20 de enero de 2022).

ROMERO BURILLO, Ana María, “La extinción del contrato por enfermedad: ¿es la covid-19 una enfermedad estigmatizante?”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, nº 2, 2021, p. 82-89.

SEGALÉS FIDALGO, Jaime, “Vacunas y trabajo”. *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia* [en línea], nº 217, 2020, p. 5-18 (<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/12/Revista-Social-DICIEMBRE-2020-2-1.pdf>; consulta 20 de enero de 2022).

TOLOSA TRIBIÑO, César, “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley*, nº 9784, 2021.