

OBESIDAD Y SOBREPESO, ¿CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL AUTÓNOMA O NECESARIA VINCULACIÓN CON LA DISCAPACIDAD O LA PROPIA IMAGEN?¹

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

Universidad de Sevilla

Orcid: 0000-0003-0345-5046

1. INTRODUCCIÓN

A mi modo de ver, el estudio de la obesidad como causa de discriminación exige situarse ante la condición física “peso” como elemento de la persona que el empresario puede tener en cuenta a la hora de proceder tanto a la contratación del trabajador como a la extinción del vínculo laboral². Creo que así se consigue una perspectiva más amplia, en lugar de centrar el análisis exclusivamente en la obesidad, que, habitualmente, se entiende como la de carácter “mórbido” y que puede justificar un rechazo más sencillo del trabajador. Lo que se puede

¹ Este estudio es resultado del Proyecto de Investigación Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social (US-1264479).

² Como en Derecho el significado que se dé a los términos es especialmente relevante, advertiré al lector que no siempre y en todo caso la “discriminación” va a tener en este Estudio el sentido peyorativo que con gran maestría le atribuyeran -atendiendo a diversos precedentes y usos sociales- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ en la señera y conocida obra *Igualdad y discriminación* (Edit. Tecnos, Madrid 1986, pp. 81-88). Es más, en no pocos casos, me inclinaré por el mero significado de “seleccionar entre varios” o “elegir a unos en lugar de a otros”, lo que subrayaré añadiendo el calificativo de “prohibida”. Así, por ejemplo, utilizaré las expresiones “causa de discriminación prohibida” o “causa prohibida de discriminación”.

considerar “discriminación” se da con mucha más frecuencia en los casos de sobrepeso o de mero peso que en los de obesidad mórbida, pese a ser estos últimos los que aparecen reflejados en las resoluciones judiciales. El estudio tiene también de interés su cierta actualidad, dado que, en estos tiempos de pandemia por COVID-19 que estamos atravesando, los periodos de confinamiento contribuyen a un aumento de peso de las personas, por sedentarismo y ansiedad, al verse obligadas a permanecer en sus domicilios y abstenerse de su vida laboral y social ordinaria³.

Según la OMS, la obesidad es “una compleja enfermedad multifactorial no transmisible, que se define por una adiposidad excesiva que puede perjudicar la salud”. Se considera un factor de riesgo de otras enfermedades, como la cardiopatía coronaria, la hipertensión, el accidente cerebrovascular, determinados tipos de cáncer, la diabetes tipo 2, etc⁴. Como marcador de la adiposidad se utiliza el Índice de Masa Corporal (IMC). En el caso de los adultos, “la obesidad se define por un IMC mayor o igual a 30 Kg/m². Un IMC comprendido entre 25 y 29,99 kg/m² también se asocia a un mayor riesgo de enfermedad y se denomina preobesidad. Este espectro continuo de riesgo se reconoce al considerar el sobrepeso, que afecta a los adultos con un IMC superior a 25,00 kg/m². En el caso de los niños de 5 a 19 años, la obesidad se define por un IMC para la edad de más de dos desviaciones típicas por encima de la mediana de los patrones de crecimiento de la OMS⁵. En el caso de los niños menores de 5 años, se utiliza como indicador el sobrepeso, que se define como un peso para la estatura de más de dos desviaciones típicas por encima de la mediana de los patrones de crecimiento infantil de la OMS⁶”.

³ LÓPEZ DE LA TORRE, M., “Ganancia de peso durante el confinamiento por la COVID-19; encuesta de la Sociedad Española de Obesidad”, *BMI Journal*, vol. 10, nº 2/2020, pp. 2774-2781.

⁴ Un Estudio realizado entre los pacientes de obesidad del Hospital Universitario “Infanta Leonor” muestra que suele ir acompañada de trastornos de tipo psíquico, como “depresión, ansiedad, trauma grave, trastorno por déficit de atención e hiperactividad y trastorno por atracón”: BACETE CEBRIÁN, S., *et al.*, “Obesidad, ¿es un trastorno mental?”, *BMI Journal*, vol. 9, nº 2/2019, pp. 2587-2590.

⁵ “Los patrones de crecimiento de la OMS son una serie de valores de peso y altura correspondientes a cada edad, que se utilizan como referencia para determinar la evolución del crecimiento del niño... Los patrones de crecimiento infantil de la OMS son superiores a los patrones de referencia que se manejan actualmente. Permiten comparar parámetros del crecimiento importantes, como el peso y la talla/estatura de los lactantes y niños, con un valor de referencia óptimo. Hay gráficos para varones y para hembras y también gráficos para lactantes (hasta un año de edad) y para niños de hasta cinco años”. (https://www.who.int/childgrowth/1_que.pdf).

⁶ “Proyectos de Recomendaciones para la prevención y el tratamiento de la obesidad a lo largo del curso de la vida, incluidas las posibles metas”. *Documento de debate de la OMS* (versión de 19 de agosto de 2021). Versión española, p. 1.

La Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) utiliza el término “sobrepeso” como equivalente a “preobesidad”, lo cual hace que aquel tenga también un significado equivalente a “enfermedad”, si bien más leve, como ya se ha dicho. Ambas se consideran enfermedades endocrinas, ligadas a trastornos nutricionales. El “peso normal” se identifica con un IMC entre 18.5-24.9; el “sobrepeso” cuando el IMC se sitúa entre 25.0-29.9; la “obesidad Grado I” en un IMC entre 30.0-34.9; la “obesidad Grado II” en un rango entre 35.0-39.9; finalmente, la “obesidad Grado III” cuando el IMC alcanza 40 o más⁷. De este modo, desde un punto de vista médico, a partir de un IMC de 25 kg/m² estaríamos en el umbral de la enfermedad, menos grave en la franja 25-30 kg/m² y más grave a partir de 30 kg/m². Sería esta última la que se calificaría de “mórbida”. Sobre esto, no hay una absoluta unanimidad, ya que hay quienes sitúan el umbral de la obesidad mórbida en el IMC igual a 40 kg/m² o en 35 kg/m², siempre que en este último caso existan otros problemas de salud concurrentes⁸. También encontramos opiniones críticas con la utilización exclusiva del IMC para determinar la obesidad, ya que “no tiene en cuenta si el exceso de peso se debe al tejido adiposo (grasa) o al tejido magro (músculos) o por un problema de retención de líquidos (edema)”, ni “contempla la complexión de la persona (delgada, media o fuerte), sus perímetros corporales (cintura o cadera), la distribución de la grasa en el organismo ni las diferentes formas de adiposidad (algunas de las cuales pueden conllevar riesgo cardiovascular)”, por lo que se propone utilizar el “Índice Cintura/Cadera” (ICC), que consiste en el cociente entre “el perímetro de la cintura a nivel de la última costilla flotante, y el perímetro máximo de la cadera a nivel de los glúteos”. El riesgo de la salud, según el ICC, se inicia en la mujer a partir de 0,80 cm y en los hombres a partir de 0,96 cm⁹.

Pues bien, como ya puede constatarse, el Estudio no va a ser fácil, ya que, desde el momento inicial, existen dificultades de tipo terminológico-semántico, al menos en nuestro país. Me refiero a que el uso, en el lenguaje coloquial, del calificativo “(con) sobrepeso” no significa que la persona esté enferma, ni tampoco, claramente, el de “obeso/a”; suele ser necesaria una expresión del tipo “padece obesidad mórbida” para tomar conciencia de que existe un trastorno de cierta importancia. Pero, además, si analizamos las fotografías que internet proporciona de personas con sobrepeso, pero no obesas (25-30 kg/m²), resulta

⁷ <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2ficd%2fentity%2f1664144906>

⁸ BAILE AYENSA, J. I., HERREROS LÓPEZ, J. M., “Discriminación por obesidad en el ámbito laboral”, *TyD*, nº 74/2021, consultado *online*, quienes se remiten a MORENO, B., MONEREO, S., y ÁLVAREZ, J., *Obesidad, la epidemia del siglo XXI*, Edit. Díaz de Santos, 2000. El IMC, también llamado *Body Mass Index* (BMI) o Índice de Quetelet (IQ), se obtiene dividiendo el peso, expresado en kilogramos, entre la estatura, en metros cuadrados (Kg/m²).

⁹ DÍAZ RICO, J. J., *El libro negro de los secretos de la obesidad*, Edit. Bubok Publishing, 2012, pp. 48-50.

difícil que podamos considerarlas enfermas. Pese a todo, tomaré la referencia de 25 kg/m² para identificar a la persona con sobrepeso y, por tanto, con una leve enfermedad de trastorno nutricional.

Si avanzamos ya hacia la perspectiva laboral, en una primera aproximación, en cuanto la obesidad es una enfermedad bien visible externamente, parece complejo que se pueda obligar a un empresario a contratar a un candidato/a con dicho perfil. Y ello, básicamente, porque será indicio de dificultad de movimiento, de posibles enfermedades futuras, etc. Todo ello podrá contribuir a su no selección, optando por otro/a con un peso menor. Esta puede ser la reacción lógica del empresario, quien, habitualmente, tratará de resolver el problema del reclutamiento con la máxima rapidez y seguridad posibles. Es cierto que puede tratar de comprobar la capacidad concreta del obeso, pero esto puede conllevarle un plus que, en principio, no se sentirá inclinado a dar o realizar. No significa esto que su libertad de elección en materia de contratación sea siempre absoluta y sin límite alguno, pues, como es sabido, existe la obligación de contratar a un 2% de trabajadores discapacitados (y los obesos, en determinado grado y circunstancias, podrán entrar en esta calificación), siempre que su plantilla supere los cincuenta trabajadores. Cabe pensar que el empresario utilizará de modo habitual la entrevista personal como una prueba más de selección, lo que le permitirá el descarte de candidatos tras su visualización física. En caso de que un trabajador cuestione el criterio de selección seguido, la entrevista es la prueba que permite un mayor margen de discrecionalidad empresarial a la hora de justificar su opción por un candidato en lugar de otro¹⁰.

También podemos encontrar trabajos o actividades, en donde el peso se indique como un requisito de selección. Lógicamente, tal condición debe estar expresamente mencionada en la oferta de empleo y ser justificada. Si se cumple inicialmente por el trabajador, pero, una vez iniciado el contrato, la deja de respetar, no resultará especialmente difícil la justificación de la extinción contractual anticipada. En cambio, todo lo anterior resultará más complejo si dicho requisito no aparecía de modo explícito como condición de obligado

¹⁰ Sobre la cuota de puestos para personas con discapacidad: arts. 17.3 ET y 42 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante: LGDPD). En la doctrina, con detalle: PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Edit. Lex Nova-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2015; y CAVAS MARTÍNEZ, F., "Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual", en VVAA (FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., Dtor.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 252-265. En cuanto al frecuente recurso a la entrevista para perfilar todo proceso de selección en la empresa privada: JABBOUR, R. E., *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain: approche comparatiste*, Tesis Doctoral, pp. 119-120 (localizada en <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01085673/document>).

cumplimiento para el desempeño de la actividad. Por lo demás, tampoco será igual el tratamiento de un supuesto de obesidad, muy probablemente de extinción contractual más sencilla, que otro de sobrepeso. Incluso cabrá admitir que se podrán dar supuestos de exigencias empresariales de lo que se denomina “infrapeso” o “peso bajo”. Será en este último caso donde la justificación empresarial se complicará aún más, ya que el trabajador podrá alegar la defensa de su derecho al trabajo, y, en especial, a la propia imagen, que será fácil que puedan prevalecer sobre la libertad de empresa¹¹.

En cualquier caso, ni el concepto de sobrepeso-obesidad, en cuanto enfermedad, está absolutamente determinado, ni coloquialmente existe un uso de términos distintos y utilizados con rigor y unívocamente por toda la sociedad, ni pueden darse reglas o leyes generales al respecto; dado que el enfoque del problema podrá variar mucho de unas actividades profesionales a otras. Veamos todo esto con mayor detenimiento.

2. LA OBESIDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO INTERNO

Ni la Directiva 2000/78 ni los arts. 14 CE y 17 ET mencionan la obesidad ni el sobrepeso como causas de discriminación prohibidas¹². Ahora bien, precisamente porque la obesidad es una enfermedad y esta, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, puede, en determinados casos, equipararse a “discapacidad”, puede encontrar acomodo en la Directiva mencionada. Esto supondría que un trabajador aquejado de discapacidad por obesidad tendría derecho a que su empresario llevara a cabo los ajustes razonables precisos antes de proceder, por ejemplo, a la extinción de su contrato por una ineptitud sobrevenida a resultas de dicha obesidad. Así se establece también en la LGDPD¹³.

En cuanto al art. 14 CE, este no menciona la obesidad como causa de desigualdad prohibida. No obstante, resulta un precepto bastante problemático *per se*, ya que parece referirse a la igualdad de todos ante la ley, en un sentido pasivo, y no a un derecho de igualdad de oportunidades para todos, sin que

¹¹ Arts. 35.1, 18.1 y 38 CE, respectivamente.

¹² En relación con la constatación de la ausencia en Derecho Comunitario de una prohibición de discriminación por motivo de obesidad; y, más en concreto, en el ámbito del empleo y la ocupación, v. STJUE 18 de diciembre 2014, Asunto C-354-13, FOA, apdos. 32-40: “Por lo que se refiere más en concreto al artículo 19 TFUE, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que no contiene sino una regulación de las competencias de la Unión y que, al no contemplar la discriminación por motivo de obesidad como tal, no puede ser fundamento jurídico de medidas del Consejo de la Unión Europea destinadas a combatir ese tipo de discriminación” (ap. 34).

¹³ Arts. 63 y ss.

quepan limitaciones arbitrarias o injustificadas¹⁴. A mi juicio, esta igualdad material estaría mejor reflejada en el art. 9.2 CE, cuando señala que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Pese a todo, el art. 14 CE se viene interpretando como integrado por dos partes: una primera, consagrando el derecho a la igualdad en sentido amplio, y otra segunda, dedicada a la mención de las causas que podrán dar lugar a la discriminación prohibida. Se entienden tales las enunciadas explícitamente por el precepto. La referencia contenida en su final a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” deja abierta la posibilidad de ampliar el número de causas¹⁵. Ahora bien, cuando

¹⁴ La complejidad del precepto se comprueba, igualmente, si atendemos a las consideraciones de RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *op.cit.*, pp. 64-78. Una complejidad que también hace suya GARCÍA MURCIA, J., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en VVAA (CASAS BAAMONDE, M^a. E., DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J., Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Edit. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2006, pp. 385-386.

¹⁵ Algo tempranamente observado por la doctrina, si bien exigiendo el aspecto “social” en la característica considerada: “Bajo ningún concepto es admisible que las palabras “condición”, “situación” o “status” (las dos últimas propias de los ordenamientos francés y británico, respectivamente) puedan ser utilizadas para hacer referencia exclusiva a actos puntuales de diferenciación desfavorable, cuando estos actos no repercuten globalmente en la posición que el individuo ocupa en la sociedad; fuera de estos casos podrá haber desigualdad de trato, e incluso podrá estar prohibida, pero no se trata de discriminación (...) Se trata así de dar cabida a supuestos de discriminación jurídica o social frente a grupos sociales o culturales especialmente desconsiderados en cuanto tal grupo” (RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *op.cit.*, pp. 239-240). Con claridad: STC 269/1994, 3-10: “La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la O.I.T.) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas” (FJ 4^o). En la doctrina, más recientemente: GARCÍA MURCIA, para quien “la «condición personal o social» alude...o bien a rasgos de la persona, o bien a su pertenencia a un colectivo social muy singularizado, o bien al ejercicio de derechos básicos o fundamentales” (*op.cit.*, p. 397); y ÁLVAREZ DE LA ROSA: “la enumeración del artículo 14 CE, aunque amplia, es enunciativa y se presta a una lectura abierta, ya se trate de las discriminatorias originadas por las propias condiciones de una persona (raza, sexo, circunstancia personal), ya por las heredadas o adquiridas (situación económica, religión, opinión, (...)

se ha analizado si la “enfermedad” podría entenderse incluida en dicha mención, la postura del TC ha sido restrictiva, pues se ha interpretado como requisito para la protección del art. 14 CE que se trate de un rasgo que haya estigmatizado históricamente a un sector de la población española o que la enfermedad se esté considerando al margen del trabajo en cuestión. De este modo, de manera ordinaria -y por la influencia de la jurisprudencia comunitaria-, tan solo la enfermedad intrínsecamente ligada a la discapacidad alcanzaría el carácter de causa discriminatoria¹⁶. Por su parte, la postura del TS ha sido más restrictiva todavía¹⁷. En conclusión: si consideramos la obesidad como enfermedad, será

pertenencia o no pertenencia a un grupo) y casi siempre en mezcla con la vulneración de otros derechos y libertades” (cfr. *El valor de la Igualdad y el Derecho del Trabajo*, Edit. Comares, Granada 2020, p. 61). Ese carácter abierto de los motivos de discriminación es observado por BARRERO ORTEGA en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (“Artículo 21. No discriminación”, en VVAA, LÓPEZ CASTILLO, A., Dtor., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 651, 656).

¹⁶ STC 62/2008, 26-5: “Pues bien, *no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo*. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, *así ocurrirá singularmente*, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, *cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado*, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que *en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo*. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla” (FJ 6º). La cursiva es mía.

¹⁷ “Así, pues, manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad “en sentido genérico”, “desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo”, no puede ser considerada en principio como un motivo o “factor discriminatorio” en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001, citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que “el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa” (STS 29-1-2001, citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación” (STS 3 de mayo de 2016, recud. 3348/2014, FJ 3º.3). Con posterioridad: SSTS de 22 de febrero de 2018 (recud. 160/2016), 15 de marzo de 2018 (recud. 2766/2016), 22 de mayo de 2020 (recud. 2684/2017), 15 de septiembre de 2020 (recud. 3387/2017).

pues, preciso, que la misma ocasione esa discapacidad, entendiendo este último concepto como lo hace la jurisprudencia comunitaria, lo que será objeto del siguiente apartado. Solo si esa obesidad ocasiona una limitación funcional de larga duración recibirá la tutela antidiscriminatoria; lo que, curiosamente, produce el paradójico efecto de que obesidades no limitantes van a quedar sin protección. Y lo mismo ocurrirá en el caso del sobrepeso¹⁸.

Si atendemos al ET, como núcleo de la legislación laboral, el art. 17 ET no menciona la enfermedad, ni tampoco la obesidad, como causas prohibidas de discriminación. Pero sí la discapacidad, lo que vuelve a situarnos en la Directiva comunitaria y su transposición más perfeccionada llevada a cabo por la LGDPD.

Ahora bien, el planteamiento que yo propongo en este Estudio es diverso: considero que cuando nos referimos a la obesidad como causa de discriminación laboral no estamos hablando de la enfermedad en general o con carácter neutro respecto del conjunto global de enfermedades, que es lo que yo entiendo que el TC ha venido a excluir como causa o motivo de discriminación prohibida, sino que se trata de una enfermedad concreta, que goza de ese estigma y de un prejuicio real -muchas veces subjetivo e inconsciente en su producción-, pero existente y de fácil aplicación como recurso para el descarte. Según esta consideración, se podría defender su carácter de enfermedad provista de dicha segregación histórica, particularmente para los casos más graves¹⁹. Pero, por otro lado, también es cierto que, en sus grados más leves, y teniendo presente igualmente la perspectiva social, resultaría difícil su encuadre en esta categoría estigmatizadora (me refiero al sobrepeso). Lo anterior no significa que un empresario particularmente exigente en la condición física de sus trabajadores pueda utilizar el mero sobrepeso, sin límite alguno, como condición de descarte de candidatos. Al control de su decisión va a contribuir que en el acervo legislativo español disponemos de una prohibición clara de la discriminación por sobrepeso y obesidad, como de inmediato se verá, así como la posible invocación del derecho fundamental a la propia imagen del trabajador.

En oposición al carácter de causa de discriminación del sobrepeso-obesidad, existe la tesis que limita el "listado" a condiciones de las personas que son inamovibles, es decir, que no pueden experimentar una mutación, como la raza, el sexo, la edad... Se trataría de circunstancias que sobrevienen al individuo y que este no puede modificar como fruto de su libre albedrío. Este planteamiento se

¹⁸ Coincido con GARCÍA ÁLVAREZ, M^a. J., "Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física", *TyD*, n^o 35/2017, consultado *online*. La atribución de responsabilidad por la obesidad al trabajador, sin matiz alguno de tipo patológico, no es tan extraño, como lo demuestran la STSJ C. Valenciana, 22-10-2019, rec. 2283/2018, y la SAP Madrid, 24-6-2008, rec. n^o 787/2007.

¹⁹ Un Estudio de carácter esencialmente divulgativo el de ÁLVAREZ CORDERO, R., *¡Me caes gordo! La discriminación "light"*, Edit. Plaza y Valdes, México 2004.

topa hoy día con la dificultad de que los avances médicos están permitiendo, por ejemplo, el cambio de sexo de quien lo solicita (a través de un tratamiento hormonal y quirúrgico de cambio en los órganos sexuales, etc.); también tiene más años de historia el cambio de color del artista Michael Jackson, o la cirugía estética como forma de modificar los rasgos faciales o corporales...etc. De seguirse esta tesis, la enfermedad equiparable a discapacidad debería tener siempre carácter definitivo, lo que -como se verá- no se adecúa plenamente al concepto comunitario. También se debate el carácter mudable o no del sobrepeso-obesidad: la genética o lo que conocemos como “metabolismo” o “constitución física originaria” influye, pero no con una intensidad tal que se deba considerar irreversible; es más bien el resultado de una historia personal de malos hábitos alimenticios o una falta de control de la ansiedad y del estrés la que desemboca en este trastorno alimenticio²⁰.

Una vez superado el obstáculo anterior, el art. 37 Ley sobre Seguridad Alimentaria y Nutrición, lleva por título “Prohibición de discriminación” y se refiere expresamente a la obesidad y al sobrepeso²¹. El esquema del mismo es similar al seguido por la Directiva comunitaria para otras causas de discriminación, como la edad, la discapacidad, etc. Es cierto, como ha observado la doctrina pionera en la repercusión laboral de la obesidad, que el enfoque de la Ley es generalista²², abarcando los casos de discriminación en la escuela, o en otros lugares, de los menores de 18 años, pero no creo que el ámbito laboral se deba considerar excluido de su aplicación. No tendría mucha lógica la protección en unos ámbitos de la vida pero no en otros. También es cierto que hay aspectos que están poco perfilados a los efectos que a nosotros interesa (posibilidad de la exigencia del peso como requisito profesional, cierta volatilidad de la sanción ante el acto discriminatorio, indicándose tan solo su nulidad sin determinación de multa alguna, ausencia de desarrollo a través de reglamento, etc.)²³. Pero, al

²⁰ A esta conclusión llego tras mi entrevista con el Dr. Francisco Javier González Mejías, nutricionista, titular de la Clínica NES en Sevilla (19-1-2022), a quien le expreso mi agradecimiento por su atención. En la doctrina, GONZÁLEZ BIEDMA menciona el peso entre los rasgos inmutables (“La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema”, en VVAA, CASAS BAAMONDE, M^o. E., ... *op.cit.*, p. 678).

²¹ Ley 17/2011, 5-7 (en adelante: LSAN). Se trata de una realidad legal que no es compartida por otros países de nuestro entorno, como puede ser el caso de Francia o de Italia, ni tampoco -como he indicado- por el Derecho Comunitario.

²² RIVAS VALLEJO, P., “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”, *IUSlabor*, nº 1/2015, consultado *online*.

²³ Muy críticos con la norma se manifiestan BAILE AYENSA y HERREROS LÓPEZ, tanto por su ubicación en una Ley de corte técnico, que les hace dudar “sobre su conocimiento por los aplicadores del Derecho”, como por la indefinición de las consecuencias discriminatorias por obesidad, al no establecerse “ni una graduación (faltas leves, graves o muy graves) ni el tipo de sanción que acarrearía”. Igualmente observan que, pese a la antigüedad de que goza ya, “no ha sido la (...)

mismo tiempo, el precepto es muy similar a la clásica estructura comunitaria, en particular cuando, al referirse a la discriminación directa contempla que una disposición, criterio o práctica, pueda ocasionar una desventaja a las personas con sobrepeso u obesidad, siempre que respete el juicio de proporcionalidad (justificación objetiva, fin legítimo, y medios necesarios y adecuados).

Todo lo anterior me lleva a concluir que se trata de una norma cuya aplicación, hasta ahora desconocida en el ámbito laboral, podría proteger al trabajador con sobrepeso-obesidad²⁴; al menos, a quien no llegara a alcanzar la tutela procedente de la consideración de la obesidad como discapacidad.

3. LA INCLUSIÓN DE LA OBESIDAD EN EL CONCEPTO COMUNITARIO DE “DISCAPACIDAD”

El TJUE, en Sentencia de 18 de diciembre de 2014, confirmó que, pese a no existir en el Derecho Comunitario una prohibición de discriminación por obesidad, sí resultaba posible calificar como “discapacidad” el exceso de peso de un trabajador, siempre que le supusiera una serie de dolencias físicas o psíquicas que, a su vez, le limitaran, durante un largo periodo de tiempo, su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores. Dicha carencia de igualdad podría ser debida a la movilidad reducida o a otras patologías que le impidieran trabajar de modo pleno o que le ocasionaran un esfuerzo particular para desarrollar su actividad profesional²⁵.

En dicha sentencia, el TJUE hace algunas observaciones que merecen ser comentadas:

a) En primer lugar, recuerda que no es obstáculo para que pueda existir una discapacidad, el hecho de que el trabajador pueda tener alguna responsabilidad en la limitación que padece; en el ámbito de la obesidad, esto es ciertamente importante, ya que obvia la cuestión que siempre está presente y que se identifica con atribuirle parte de culpa de la obesidad al propio trabajador²⁶ (cuando esto no es habitualmente así);

referencia legal por excelencia en los contenciosos judiciales, cuando su rotunda prohibición de la discriminación es una base legal de enorme fuerza” (*op.cit.*, consultado *online*).

²⁴ Coincido con VELASCO PORTERO, M^o. T., “La discriminación por razón de apariencia física”, en VVAA (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.), *El Principio de Igualdad en la negociación colectiva*, Edit. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid 2016, pp. 593-594.

²⁵ Asunto C-354-13, FOA, cit.

²⁶ “...en lo que respecta a la obesidad, a efectos de la Directiva 2000/78 carece de pertinencia que la obesidad haya sido producida simplemente por una ingesta de calorías excesiva frente a la energía consumida o si se debe a un problema fisiológico o metabólico, o constituye un efecto secundario de una medicación” (*Conclusiones*, ap. 58).

b) tampoco es óbice para que la prohibición por discapacidad despliegue su protección, el hecho de que el trabajador lleve siendo obeso durante un periodo de tiempo amplio; es decir, no es imprescindible que la obesidad sea sobrevenida o, dicho de otra forma, que la discriminación por discapacidad puede activarse pese a que durante años la empresa haya recibido la prestación de servicios del trabajador obeso²⁷ (para el TJUE esto más bien es indicativo de limitación duradera); y

c) al tratarse de un juego de presunciones, basta que el trabajador ofrezca indicios de la posible discriminación por discapacidad (en el Asunto: preocupación del empleador por la obesidad, acometimiento de un plan de adelgazamiento que no prospera, posible imagen inadecuada para los niños de un cuidador obeso cuando existe una alta preocupación social por la obesidad infantil,...etc.), para que la empresa deba demostrar que el despido no guardó relación con la obesidad (en el Asunto: selección del trabajador obeso como el cuidador infantil del que se prescindiría al disminuir el número de niños del municipio).

Por su parte, el Abogado General JÄÄSKINEN también añade algunas ideas de interés en sus *Conclusiones* previas al fallo, como son: el hecho, por un lado, de que el concepto de discapacidad que se utiliza en el Derecho Comunitario no tiene que estar necesariamente ligado con el trabajo profesional que se venía realizando (se vincula a barreras de muy diverso tipo y no necesariamente del lugar de trabajo: arquitectónicas, sociales, etc.) y, por otro lado, que tampoco es identificable como una imposibilidad absoluta para trabajar, siendo suficiente con que existan dificultades físicas para desempeñar las tareas laborales²⁸. Ya en una perspectiva más subjetiva, llega a afirmar que “con toda probabilidad, únicamente la obesidad de clase III conforme a la clasificación de la OMC (*sic*; es probable que se refiera a la OMS), que constituye obesidad severa, extrema o mórbida, crearía limitaciones como problemas de movilidad, resistencia y estado anímico que pueden constituir una «discapacidad» a los efectos de la Directiva 2000/78”²⁹.

El Tribunal danés, tras la respuesta recibida del TJUE, falló en contra del trabajador, apoyándose en que había desempeñado su trabajo sin que su obesidad se lo hubiera impedido y que en el momento en que se producía su despido no se le podía considerar “discapacitado”. Las dificultades que alegaba no alcanzaban, a

²⁷ Según las *Conclusiones* del Abogado JÄÄSKINEN, el trabajador “en ningún momento, mientras estuvo trabajando en el Ayuntamiento de Billund, pesó menos de 160 kg”, siendo su estatura de 1,72 metros; lo que arroja un IMC de 54,08 (Obesidad de Grado III; luego severa, extrema o mórbida).

²⁸ *Conclusiones*, aps. 33, 38, 42 y ss.

²⁹ *Conclusiones*, ap. 56. Paréntesis mío.

juicio del tribunal nacional, la entidad suficiente para impedirle trabajar como cuidador infantil tal como había hecho durante más de catorce años³⁰.

Más recientemente, se ha recordado por el TJUE que la discriminación indirecta por discapacidad puede ser soslayada si la empresa ha adoptado los “ajustes razonables” a que se refiere el art. 5 Directiva 2000/78³¹.

En nuestro Derecho, una aplicación de la tesis de inclusión de la obesidad en el concepto comunitario “discapacidad” la encontramos en el Asunto *Ruiz Conejero*, el cual, tras una cuestión prejudicial planteada al TJUE, fue resuelto de modo favorable al trabajador (consideración de su despido como nulo por atentar a la prohibición de discriminación por discapacidad) tanto por el JS nº 1 de Cuenca como por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha³². Pero lo cierto y verdad es que el concepto de discapacidad que utiliza la LGDPD -de transposición de la Directiva 2000/78 en materia de “discapacidad”- es más amplio, lo que resulta positivo en el sentido de que el sobrepeso y la obesidad no mórbida podrían quedar protegidas en determinados supuestos. En concreto, se consideran personas con discapacidad las que:

a) hayan recibido tal calificación por los órganos autonómicos encargados de tal función en orden al posible derecho de aquellas a una pensión no contributiva de invalidez, el ingreso mínimo vital u otras prestaciones que puedan existir en la Comunidad Autónoma de que se trate; y

b) las que hayan sido calificadas como beneficiarias de una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez³³.

Si las personas anteriores están contratadas y dadas de alta -lo que no será muy frecuente, pero tampoco es algo utópico o imposible³⁴-, y el empresario

³⁰ BOESEN, M., NARV PEDERSEN, S. (2016), “Denmark: Judgment in the ‘Kaltoft case’ regarding obesity considered as a handicap”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=31d04955-1ba9-4b8d-98a4-78a9899592f7>

³¹ STJUE 11 de septiembre de 2019, Asunto C-397/18, *DW*, ap. 66 y ss.; SJS Barcelona nº 3, 4-11-2019, y STSJ Cataluña, 7-10-2020, rec. 2173/2020.

³² En este conocido Asunto, se sostiene la discriminación indirecta que el despido por absentismo -ya derogado- ocasionaba a los trabajadores discapacitados. V. STJUE 18 de enero de 2018, Asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*, SJS nº 1 Cuenca 7-3-2018, y STSJ Castilla-La Mancha 10-4-2019, rec. 664/2018. En la doctrina: MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A., “Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa «rozando» el filtro de la Directiva 2000/78 (Comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto *Ruiz Conejero*)”, *RDS* nº 81/2018, pp. 141-152; CANO GALÁN, Y., “El despido del trabajador en incapacidad temporal: descifrando el enigma”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9/2021, consultado *online*.

³³ Art. 4 LGDPD, teniendo como punto de partida la definición de discapacidad que da el art. 2.a) LGDPD.

³⁴ V. mi *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Edit. Bomarzo, Albacete 2017, pp. 39-63.

considera que, por su sobrepeso-obesidad, no pueden continuar realizando su prestación de servicios, antes de proceder a la extinción deberá considerar si resulta posible llevar a cabo los ajustes razonables. De lo contrario, el despido será nulo por discriminatorio³⁵.

Por otro lado, el hecho de que el planteamiento comunitario sea restrictivo no impide que la protección frente a la discriminación llevada a cabo por los Estados Miembros pueda ser más intensa o en mayor grado. Esto es lo que entiendo ocurre en el Derecho español en el caso del sobrepeso-obesidad, a partir de la interpretación de la cláusula final del art. 14 CE y del art. 37 LSAN, si bien sería muy recomendable la inclusión del “aspecto físico” y de la “obesidad” como causas de discriminación prohibidas, si carentes de justificación, en el art. 17 ET.

4. EL PESO COMO CONDICIÓN DE ACCESO A UN PUESTO DE TRABAJO

No descubro nada nuevo si refiero que existen profesiones o trabajos en donde se exige -y se controla- un determinado peso, como algo ligado a lo que se conoce como “estado físico de forma”. El ámbito probablemente más conocido es el ligado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como a los vigilantes de seguridad, bomberos, deportistas profesionales, etc. Se trata de actividades que exigen una determinada agilidad de movimientos, resistencia física, etc.; y esto no solo por una cuestión de desempeño eficaz de la tarea de proteger a otros o de velar por el bien común, sino también como medio de garantizar la propia seguridad personal. Y esto es bueno subrayarlo: a veces, la exigencia de un determinado “peso” aparece ligada no solo a aspectos de productividad sino también a cuestiones de prevención de riesgos laborales del propio trabajador. Además, se suelen exigir otros requisitos de la altura, elasticidad, etc. Todas estas condiciones, en muchas ocasiones, aparecen mencionadas en las convocatorias de plazas para ingreso en la Guardia Civil, Policía -Nacional, Autonómica y Local-, etc. La misma se suele comprobar en la denominada “prueba de reconocimiento médico”, al tiempo que también queda, de algún modo, asegurada en las “pruebas de carácter físico” que se deben realizar. Veamos con algo más de detalle el requisito “peso” en relación con estas profesiones:

a) Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil: se prevén una serie de pruebas para la comprobación de las facultades psicofísicas: pruebas físicas; reconocimiento médico y entrevista personal. Se indica que el IMC estará comprendido entre 17 y 30 kg/m², pudiendo, excepcionalmente, ser superior a 30 kg/m² si, objetiva y claramente, se debe no a un aumento de la grasa corporal, sino a un desarrollo muscular marcado, y el candidato no presenta patología ni factores

³⁵ Art. 40.2 LGDPD, teniendo presente el concepto de “ajustes razonables” que da el art. 2.m) LGDPD.

de riesgo sobreañadidos. Se menciona un listado amplio de enfermedades endocrinometabólicas como causas de exclusión del aspirante³⁶.

b) Cuerpo Nacional de Policía: El IMC no sobrepasará 28 kg/m² ni será inferior a 18 kg/m². Se podrán aceptar IMC superiores a 28 kg/m² en circunstancias similares a las indicadas para Cabos y Guardias Civiles. Igualmente, es causa de exclusión estar afectado por “procesos endocrinometabólicos que produzcan alteraciones morfológicas o funcionales de importancia pronóstica”³⁷.

c) Vigilantes de Seguridad y Escoltas Privados: no parece existir un requisito de IMC concreto, aunque sí se prevén unas pruebas de aptitud psicofísica, detallando enfermedades del Sistema endocrino y mencionando el síndrome obesidad-hipoventilación como trastorno del Sistema respiratorio³⁸.

d) Bomberos: existen convocatorias que realizan los Ayuntamientos para sus Cuerpos de Bomberos del Servicio de Extinción de Incendios, Salvamento y Protección Civil. Hacen referencia al requisito de titulación determinado en el art. 76 del EBEP y añaden otros requisitos y pruebas a superar³⁹.

Como vemos, se trata de Ofertas de Empleo Público, en donde el respeto de lo establecido sobre el acceso en condiciones de igualdad, y de acuerdo con criterios de mérito y capacidad, obligan a la publicación de unas Bases que puedan ser conocidas por todos. Por otro lado, las Bases en donde el peso determinado aparece como un requisito específicamente mencionado, no utilizan

³⁶ Art. 12 y Anexo Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los Centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil.

³⁷ Anexo. Cuadro Médico de exclusiones. B.1. “Parámetros biológicos”, y B.2. “Enfermedades y causas generales” RD 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional. Constituye el desarrollo de lo previsto en el art. 26.d) LO 9/2015, 28-7, de Régimen de Personal de la Policía Nacional (“No hallarse incluido en ninguna de las causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional”), y complementa la existencia de pruebas médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía (art. 8 RD 614/1995, de 21 de abril).

³⁸ Art. 3 y Anexo RD 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas, y para prestar servicios de seguridad privada.

³⁹ Un ejemplo es la convocatoria publicada por el Ayuntamiento de Valladolid, donde no se exigen requisitos de altura ni de peso, pero sí se hace mención de un reconocimiento médico y de unas pruebas físicas que habrán de superarse. Como suele ser habitual, se determinan una serie de causas de exclusión para el acceso ligadas al estado de salud. Es ahí donde puede aparecer la obesidad. No obstante, en el ejemplo que doy, la determinación de la exclusión ligada al aparato digestivo es enormemente vaga: “Cualquier proceso digestivo que dificulte el desempeño del puesto de trabajo”. No parece difícil que tanto el sobrepeso como la obesidad puedan justificarse en esta cláusula de exclusión. <https://www.valladolid.gob.es/es/tablon-oficial/ayuntamiento-valladolid-tablon-oficial/convocatoria-publica-provision-19-plazas-bombero-servicio-e.ficheros/678426-BOCYL-19%20BOMBEROS.pdf>

el referente del IMC equivalente a 25 kg/m², lo que vuelve a subrayar la duda de que estemos ante un indicador homogéneo en cuanto identificador de una determinada enfermedad.

Si nos situamos en el mundo del deporte profesional, el estado físico de forma es algo lógicamente exigido. No obstante, no suele ser fácil conocer en detalle los requisitos de dicha condición y, en concreto, de peso, altura, etc. Habría que hacer un estudio por especialidad deportiva concreta. Pero se trata de algo absolutamente sabido y que, además, en el caso del peso, es controlado con frecuencia, existiendo la figura concreta del nutricionista⁴⁰.

Por otro lado, existen empresas que también establecen requisitos de peso para sus trabajadores, especialmente para los que actúan en contacto directo con el público, lo que se entiende ligado a una determinada imagen que quieren dar ante sus clientes. A veces, se busca una cierta uniformidad -no solo de uniforme en sentido estricto, en cuanto prenda laboral- sino entre la propia plantilla de trabajadores, ya sean hombres o mujeres, en aspectos de estatura, peso, etc. De nuevo aquí se exige un estudio pormenorizado por actividad, pues existirán casos en donde el sobrepeso-obesidad será un claro y lícito obstáculo para la contratación, en tanto en otros se podrá cuestionar su implantación. Se trata de conciliar el derecho de la empresa a determinar las condiciones psicofísicas de sus trabajadores -que se podría considerar incluido dentro de la libertad de empresa- y el derecho al trabajo, que requiere que no se impida el acceso a un puesto por meras razones caprichosas, sin justificación alguna. En algunos casos en los que se apreciara que el deseo empresarial está muy poco justificado, cabría dar entrada al derecho a la propia imagen. Podemos pensar en los trabajos de: tripulación de cabina en compañías aéreas; igualmente pilotos y comandantes de vuelo; camareros/as de establecimientos; modelos de pasarelas; actores, actrices, tanto de películas como de anuncios; clínicas de nutrición o dietética; atención al cliente en centros deportivos y monitorización... etc. Pese a que se propone, como medio de equilibrio, el empleo de parámetros como "la actividad concreta y el contexto", el "objetivo legítimo" o la "proporcionalidad" de la exigencia, la decisión final no se consigue aislar por completo de algún elemento volitivo, luego subjetivo⁴¹.

⁴⁰ Agradezco a Alberto García Delgado, jugador de fútbol-sala de El Pozo Murcia Costa Cálida, y a Alejandro Ruiz García, estudiante de 4º Grado en Derecho de la Universidad de Sevilla, su asesoramiento en este punto. La prensa digital aporta algunas noticias sobre esta cuestión, en este caso en relación con el baloncesto: www.elconfidencial.com/deportes/baloncesto/nba/2017-11-17/nba-porzingis-lebron-james-peso_1478391/

⁴¹ En la doctrina esta dificultad es señalada por ARRÚE MENDIZÁBAL: "La realidad es tan rica que aconseja una búsqueda del equilibrio y ponderación según las circunstancias concretas. Así, resulta coherente que quien vaya a vender o asesorar sobre determinados productos (dietas para adelgazar, productos anticán...) posea una apariencia física que no repercuta de manera negativa en el mensaje y en la propia actividad. En un establecimiento de productos dietéticos, ¿quién (...)

Además, es ciertamente difícil de controlar su oportunidad, salvo que el empresario indique expresamente y por escrito dicho requisito de peso.

El TJUE se ha pronunciado al respecto de modo bastante restrictivo, afirmando que por “requisito profesional esencial y determinante” debe entenderse “un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que esta se lleve a cabo”, debiendo quedar al margen de “consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente”⁴².

De este modo, lo habitual será que esos requisitos no se mencionen y, si se consideran, se haga de modo interno y discreto, ya se trate por la empresa directamente o por la empresa de selección a la que aquella pueda confiar esta tarea.

Un caso especialmente conocido, si bien sin una referencia expresa al peso pero sí a la altura y a la “buena imagen”, se produjo en relación con la Compañía Iberia, en relación con una convocatoria de plazas de auxiliares de vuelo (tripulación de cabina de pasajeros: TPC), que tuvo tanta publicidad. Iberia recibió un fallo favorable en relación con su convocatoria tanto por parte de la AN como del TS. Y ello porque, por parte de los órganos judiciales, se consideró que la exigencia de una estatura determinada y de una buena imagen eran aspectos que quedaban justificados tanto por las exigencias del trabajo que se debía realizar, como por el hecho de participar en un ámbito de competencia con otras compañías de transporte aéreo de pasajeros que procuraban transmitir, mediante dicha buena imagen de sus empleados, la idea de confianza y seguridad. En relación con el requisito de la estatura, el TS se pronunció de este modo:

contrataría a un dependiente para vender productos de dieta o a un asesor dietista con sobrepeso?” (*El derecho a la propia imagen de los trabajadores*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor-Navarra 2019, pp. 149-150). Para GONZÁLEZ ORTEGA “es legítimo que la empresa quiera transmitir ciertos valores: seguridad, confianza, corrección, discreción, fiabilidad, organización, eficacia, etc., y es cierto que la apariencia externa de los trabajadores puede contribuir a esa imagen, por lo que deben aceptarse las decisiones empresariales en este plano siempre que la forma de hacerlo sea realmente funcional a estas finalidades, que no haya imposiciones o elementos superfluos o excesivamente limitadores de la libertad personal, que los valores que se pretendan transmitir sean aceptables como tales y que, finalmente y puesto que son valores unilaterales de quien impone la regla, tengan la confirmación externa como valores a partir de la opinión más extendida acerca de ellos y de la forma de transmitirlos”, añadiendo que “la opinión de la clientela no debe funcionar sin más como argumento que justifique la limitación del derecho fundamental” (“Una cuestión de faldas. A propósito de la STS de 19 de abril de 2011”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 4/2011, consultado *online*, que aborda la discriminación en relación con el uniforme de las enfermeras de un hospital y su trato diverso del de otras que desempeñan otras funciones, a quienes se les permite el uso de pantalón-pijama, así como del de los enfermeros).

⁴² Art. 4.1 Directiva 2000/78. Se trata de la Sentencia 14 de marzo de 2017, Asunto *Bouagnaoui*, C-188/2015: v. ap. 41.

“La segunda de las condiciones de la convocatoria que se impugna se refiere al establecimiento de unas condiciones generales de estatura mínima y máxima, distinta según se trate de hombres y mujeres, para tomar parte en el proceso de selección y eventualmente ocupar uno de los puestos de trabajo. En primer lugar, debe decirse que *no es discriminatorio determinar en la actividad aérea esas condiciones, por cuanto que las aeronaves, sus dependencias, pasillos, cabinas, etc., tienen unas determinadas dimensiones, que impiden llevar a cabo el trabajo adecuadamente por encima o por debajo de ellas*, tal y como argumenta el Ministerio Fiscal en su informe, teniendo en cuenta, por ejemplo, la altura a la que están situadas las repisas de equipajes o la de las puertas de acceso o de emergencia. Por otra parte, *el requisito ahora examinado se relaciona íntimamente con una imagen de homogeneidad de talla que se precisa también en otros ámbitos de actividad, al margen de las compañías aéreas, como son aquellos para los que se exige una uniformidad en la vestimenta, Fuerzas de Seguridad del Estado, vigilantes jurados, etc.*”⁴³.

Lo anterior podría servir también para el descarte de trabajadores con sobrepeso u obesos, ya que esta condición puede ser un impedimento si se tiene en cuenta que las cabinas de los aviones poseen dimensiones predeterminadas, por lo que puede ser lógico exigir al trabajador que respete determinadas medidas en su físico para poder desenvolverse con agilidad y rapidez.

También el TS consideró admisible el requisito de la “buena imagen” y lo hizo en base a que se trataba “de una empresa privada de servicios que opera en régimen de libre competencia, en el sector de líneas aéreas, en el que precisamente los tripulantes de cabina o auxiliares de vuelo, son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en esa actividad en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad”⁴⁴.

El pronunciamiento favorable a Iberia recibió diversas críticas por parte de la doctrina, centradas en la falta de justificación de los requisitos señalados y entendiéndose -incluso- que tal actuación empresarial podría incurrir en infracciones administrativas. La exigencia de una “buena imagen” fue el aspecto más criticado por ser el menos objetivo y entenderse como no necesario para la actividad profesional a desempeñar⁴⁵. A mi juicio, no es tan fácil decantarse por la

⁴³ STS 27 de diciembre de 1999, rec. 1959/1999, FD 2º.

⁴⁴ FD 2º.

⁴⁵ “...no parece razonable rechazar las candidaturas que presenten una mala imagen física por tratarse de un trabajo en contacto directo con el público, pues como hemos dicho anteriormente más que un requisito profesional constituye una exigencia estética marginal al puesto de trabajo (...) Así pues, las exigencias organizativas de la empresa que pudieran restringir el ejercicio de los derechos fundamentales deben establecerse por razones de “necesidad organizativa estricta” de manera que su adopción sea “la única solución apreciable para el logro del legítimo interés (...)”

prevalencia del derecho a la propia imagen, siempre y en todo caso por encima de la libertad de empresa. Habrá que analizar el caso concreto. En lo que sí coincide con las críticas que se hicieron a este pronunciamiento es en la conveniencia de que, si se menciona tal requisito, debe procurarse su concreción con el máximo detalle posible, haciendo, por ejemplo, referencia a la armonía de los rasgos faciales o a determinada proporción de medidas corporales. Es la única forma de que se pueda controlar la actuación empresarial si se decanta por exigir algún requisito concreto -entre los que puede estar el peso- pero pretenda diluirlo en una expresión ambigua⁴⁶. Por otro lado, es lógico suponer que los empresarios no están “fuera” de las influencias sociales, sino que van percibiendo cómo estos requisitos que, en un momento histórico concreto, se podían exigir y defender, hoy día resultan obsoletos y desproporcionados. Por lo que cabe suponer que los pronunciamientos judiciales que se están analizando podrían haber presentado divergencias o matices de haberse dictado en los tiempos actuales. Finalmente, también parece aceptable que la exigencia de la prohibición de discriminación por peso se realice con mayor intensidad si nos situamos en la relación laboral que lleva ya un tiempo desarrollándose, sin especiales controversias ni dificultades, mientras que ese control será menos contundente si la consideramos en los llamados estadios previos del contrato de trabajo. Esto también lo puso de manifiesto -a mi juicio con acierto- la Audiencia Nacional⁴⁷.

Por lo demás, y por cerrar el caso de los auxiliares de vuelo (TPC), actualmente no resulta fácil acceder a las convocatorias de plazas para conocer todos los detalles, ya que el candidato ha de iniciar una solicitud *online* en la que ya introduce determinados datos personales. No obstante, las “páginas de inicio”

empresarial” (AYALA DEL PINO, C., “Discriminación en el acceso al empleo: por razón de la edad y por condiciones subjetivas. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 31/99, de 24 de marzo”, *Saberes*, vol. 3, 2005, pp. 30-31, con referencia a la doctrina de la STC 94/1994, de 11 de abril). V. también ARRÚE MENDIZÁBAL, M., *op.cit.*, pp. 151-152.

⁴⁶ En todo caso, la cuestión está alcanzando cotas de complejidad extrema, si tenemos presente que en la labor de selección de trabajadores están interviniendo ya las nuevas tecnologías que utilizan datos personales del trabajador que se encuentran en las redes sociales: v. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *Redes Sociales y Derecho del Trabajo. El lento tránsito desde la diferencia legislativa a la necesaria regulación legal o convencional*, Edit. CSIF y Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2020; v., en especial, su Capítulo tercero, titulado “La utilización de las redes sociales como mecanismo de selección de trabajadores”, así como la bibliografía en él referenciada.

⁴⁷ “La discriminación o desigualdad de trato dentro del dominio empresarial, a diferencia del público, no experimenta tanta intensidad en el momento inicial, cuando se concede el empleo a uno o a varios trabajadores en competencia con otros candidatos, por las razones que se han expuesto, sino durante el desarrollo del contrato de trabajo que es cuando pueden surgir con frecuencia y en toda su plenitud las diferenciaciones en el trato o discriminación que, ante supuestos de hecho iguales, no son aceptables constitucionalmente en armonía con lo dispuesto en el art. 10.2, que remite a las Declaraciones Internacionales de Derechos, entre ellas las de la OIT, que tienen el rango de derecho interno prevalente una vez ratificadas por el Estado Español” (SAN 31/1999, de 24 de marzo, FD 5^o).

de dichas ofertas (de las distintas Compañías) que ofrece internet refieren algunos requisitos que deben reunirse y, en su caso, aportarse en la solicitud, como: reconocimientos médicos, el tener una altura proporcional al peso, buena salud o buena forma física, alcanzar con el brazo determinada altura estando de puntillas, capacidad natatoria o aspecto impecable (en referencia a tatuajes visibles y/o perforaciones en el cuerpo)⁴⁸. Como puede verse, se omite la referencia a la “buena imagen” o “buena presencia”, pero no hay una eliminación absoluta de las mismas; particularmente llamativa me resulta la expresión “aspecto impecable” citada en último lugar⁴⁹.

El mismo argumento que el indicado para las cabinas de pasajeros de los aviones -en relación con la estatura y el peso, básicamente-, podría darse para espacios similares en el caso de conductores de vehículos de transporte de mercancías (camiones), trenes, taxis, vehículos de transporte de pasajeros (tipo *Uber* o *Cabify*), mensajeros, *riders*, etc. Así, por ejemplo, se planteó una controversia judicial en relación con la altura necesaria para conducir los autobuses metropolitanos de Barcelona, respaldando el TSJ catalán la exigencia de dicho requisito, al ser el tipo de asiento diverso del utilizado por otros autobuses destinados a otras actividades⁵⁰. De nuevo, se trata de una problemática extrapolable a los casos de sobrepeso-obesidad. Tal como se indicó cuando se analizó la equiparación de la obesidad a la discapacidad, si al trabajador en cuestión se le pudiera calificar de persona con discapacidad, cabría demandar la introducción de los “ajustes razonables”, que, en tal caso, podrían consistir en el cambio del tipo de asiento en algunos autobuses de la flota. De hecho, convendría que la prohibición de discriminación por sobrepeso y obesidad del art. 37 LSAN se hiciera eco de la obligación de realizar los ajustes razonables, pues no hay una referencia a este deber, y -precisamente porque median pronunciamientos del TJUE que la impiden- no cabe una aplicación analógica de la Directiva 2000/78.

⁴⁸ <https://air-hostess.net/ofertas-de-empleo/gmx-tag170.htm>

⁴⁹ Otro ejemplo, relativo a actores y actrices, puede verse en <https://www.casting.es/castings/cine-ficcion/179162-se-seleccionan-hombres-y-mujeres-de-26-a-28-anos-para-rodaje-en-madrid>, donde en el perfil buscado se exige tener “buena presencia” (fecha de consulta: 11-1-2022).

⁵⁰ STSJ Cataluña 22-9-2010, rec. 1024/2010, FD 2º: “El hecho de que la empresa establezca una talla mínima o máxima a la hora de contratar a los trabajadores, no es algo que se fundamente en ningún capricho arbitrario, sino que encuentra su justificación en un problema de seguridad y de salud, siendo plenamente libre para acordar los criterios o requerimientos de manera unilateral. Por último, el hecho de que la trabajadora disponga de la correspondiente habilitación administrativa para conducir autobuses no permite concluir, por sí sola, que su estatura es compatible con el manejo seguro del vehículo, dado que no es el carnet de conducir lo que va a determinar la idoneidad para el puesto, al tratarse éste de un requisito indispensable, pero nunca suficiente. Su experiencia previa como conductora de autobuses se correspondía con vehículos que no coinciden con los requerimientos de los autobuses de línea metropolitana, al tratarse de autobuses de jardinería o de transporte escolar, en que el conductor queda situado en una altura distinta del vehículo”.

Esto puede resultar enojoso para la empresa y ahí se tratará de alcanzar de nuevo un equilibrio a la hora de determinar si esta obligación empresarial supera o no “lo razonable”, medible, en parte aunque no solo, por el coste económico (habría que estudiar, por ejemplo, si los asientos adaptables permiten su uso por diversos conductores o solo por los que tienen sobrepeso-obesidad). Esta adaptación parece más difícil de acometer en el caso del actual diseño de las cabinas de los aviones.

Como vemos, todo esto supone complejidad para la empresa, por lo que será muy conveniente que se le den facilidades para este objetivo de inclusión social: ayudas económicas para la financiación de los ajustes, campañas dirigidas a favorecer la contratación de las personas con estas limitaciones mediante disminuciones en la cuota a la Seguridad Social, etc; de lo contrario, será siempre difícil que en el proceso de selección aquella opte por trabajadores de dicho perfil.

Por otro lado, algún caso se encuentra en donde se puede producir un daño al trabajador si, inicialmente, es admitido al puesto de trabajo, pero, al exigirse que porte un determinado uniforme y no adecuarse su constitución física a una determinada talla, se opta bien por no formalizar o extinguir el contrato o bien por darle, como alternativa, la posibilidad de acudir al trabajo con otro uniforme distinto, lo que hace que quede “señalado” delante de sus demás compañeros y de los clientes⁵¹. Estamos ante un supuesto parecido al anterior, donde el ajuste razonable podría ser exigible, pero para lo que hace falta una gran sensibilidad empresarial, lo que tampoco resulta fácil en una sociedad enormemente guiada por los beneficios económicos y en donde todo se decide con una rapidez vertiginosa. Desde luego, el caso relatado, y que está actualmente en las redes sociales, merecería una indemnización a dicha trabajadora por daños morales; algo que debería extenderse cuando el requisito de peso queda disimulado en la exigencia de uso de un uniforme de determinada talla, porque en tal caso cabe considerar que el empresario no está actuando de buena fe.

5. LOS EFECTOS DEL SOBREPESO O LA OBESIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

Indudablemente, si el no superar un determinado peso es un requisito claro y justificado para el ejercicio de determinadas profesiones, el hecho de que el trabajador se encuentre con sobrepeso, o devenga obeso, se podrá considerar como un impedimento para la continuidad del contrato de trabajo⁵². En principio,

⁵¹ www.datadiario.com/sociedad/grave--una-joven-consiguio-trabajo-y-la-echaron-porque-no-le-entro-el-uniforme_a60a9721feb2cb14c195f5d15

⁵² En el mismo sentido, ÁLVAREZ DEL CUBILLO, quien, partiendo de la premisa de que la relación entre el “sobrepeso” y la discriminación “es muy compleja y pueden darse posibilidades diversas en función de las circunstancias concurrentes”, afirma que “un sobrepeso de cierta entidad podría ser contrario a determinados requisitos estéticos del puesto de trabajo y, por tanto, en los casos en los (...)”

la extinción por este motivo, si no es por mutuo acuerdo, podría encauzarse por la vía del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, que difícilmente plantearía problemas de justificación o procedencia. Solo si ese sobrepeso-obesidad puede calificarse de “discapacidad”, en los términos de la Directiva 2000/78, el empresario estaría obligado a establecer los ajustes razonables.

Si, por el contrario, no estamos ante una actividad que en sus requisitos de contratación mencione el peso, el despido deberá ser debidamente justificado por la empresa, para que, en caso de impugnación judicial, reciba la calificación de “procedente”. Es aquí donde se podrá plantear la posible “nulidad” de dicho despido, tesis que será la que voy a defender a partir tanto de la equiparación de la obesidad a discapacidad (criterio jurisprudencial comunitario) como de la prohibición de la discriminación por sobrepeso u obesidad del art. 37 LSAN.

5.1. El trabajador de baja médica por sobrepeso u obesidad: incapacidad temporal y/o permanente

Existen resoluciones judiciales que ponen de manifiesto que la obesidad puede ser un motivo de baja médica y, por tanto, de suspensión temporal del contrato de trabajo, así como de percepción por el trabajador del subsidio por incapacidad temporal. Igualmente, se puede llegar a la extinción del contrato y al reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente.

Además, estos pronunciamientos tienen de interés el hecho de que manifiestan que la protección de la salud del trabajador obeso incluye tanto que se pueda someter a una intervención quirúrgica con el objetivo de mejorar su estado (sin que esta pueda considerarse una operación fuera del catálogo de prestaciones médicas ordinarias al no tratarse de cirugía estética), como que decida no ser intervenido, sin que, por ello, se le pueda negar el reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente⁵³. También, aunque más remoto en el tiempo, encontramos un pronunciamiento, en materia de atribución de culpa, y ventilado en Orden jurisdiccional diverso al social, en el que se hace al trabajador (obeso) parcialmente responsable del resultado dañoso, por no haber seguido la dieta de adelgazamiento que debía⁵⁴.

que la apariencia física es relevante podría considerarse como una circunstancia objetiva que justifica la diferencia de trato si no existe discriminación” (“Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación”, *TyD*, nº 10/2015, consultado *online*).

⁵³ STSJ C. Valenciana, 22-10-2019, rec. 2283/2018, y SJS Murcia nº 173/2020, 9-9-2020, respectivamente.

⁵⁴ SAP Madrid, 24-6-2008, rec. nº 787/2007.

5.2. El despido disciplinario por disminución voluntaria del rendimiento pactado, por desobediencia o por transgresión de la buena fe contractual

Es posible que el incremento de peso tenga como consecuencia la disminución del rendimiento en el trabajo. La complejidad del ejercicio de esta causa de despido es que la misma, por definición, se encuentra ligada a una voluntad dolosa del trabajador, lo que puede ser de difícil prueba. ¿Hasta qué punto debe un trabajador seguir la indicación dada por su empresario de seguir una dieta para reducir peso? ¿Se le puede hacer responsable de no seguir las indicaciones dadas por el médico si no consigue dominar la ansiedad? El empresario podrá hacer advertencias en este sentido, pero el trabajador será libre de modificar sus hábitos alimenticios o no. Por otro lado, no siempre las dietas son un remedio seguro para las situaciones de sobrepeso, ni resulta fácil lograr resultados a corto plazo. En determinados trabajos, donde se debe el trabajador someter a revisiones médicas periódicas, se puede plantear la objeción de si dichas revisiones son obligatorias o si la cuestión del peso se debe incluir como aspecto a considerar dentro de las mismas. Y es que, como es sabido, las extinciones de contratos o las modificaciones de funciones suelen fundamentarse en los informes médicos de “apto con limitaciones”, o de “no apto”, emitidos por los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales⁵⁵.

Tampoco puede considerarse el sobrepeso o la obesidad como una transgresión de la buena fe contractual o el resultado de la desobediencia a una orden empresarial. El poder de dirección empresarial no puede llegar hasta ese extremo. La única excepción se produciría en actividades como las del deporte profesional, cuyos actores están sometidos (al formar parte del pacto contractual) a un control exhaustivo de su forma física y donde el poder de dirección empresarial abarca, incluso, la esfera privada del trabajador. Se trata de trabajadores en los que se han podido invertir cuantiosas sumas de dinero, por lo que se considera que el empresario sí podría alegar esta causa como justificativa de un despido disciplinario⁵⁶.

⁵⁵ Al respecto, v. mi *La extinción...*, *op.cit.*, pp. 89-92, y mi “El despido por ineptitud sustentado en el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales”, *TyD*, nº 46/2018, pp. 31-52.

⁵⁶ Podría ser este el caso del jugador del Sevilla Gnagnon, en el que el despido se justifica en la “falta de profesionalidad” del jugador: “Gnagnon mide 1,81 metros y ha superado en varias ocasiones los 100 kilos de peso en las dos últimas temporadas. Los técnicos del Sevilla han intentado en muchas ocasiones que Gnagnon cumpliera con los planes físicos diseñados para mejorar su peso, sin éxito alguno según afirman desde la entidad (...). El Sevilla considera que el despido, poco usual en el mundo profesional, es ajustado a derecho y está a la espera de la decisión que pueda adoptar el entorno del jugador”. De momento, el jugador ha demandado al Sevilla Club de Fútbol por despido improcedente y, en el acto de conciliación, celebrado el pasado 30 de noviembre de 2021, no se llegó a ningún acuerdo. V. <https://elpais.com/deportes/2021-09-21/el-sevilla-despide-a-gnagnon-por-sobrepeso.html>.

5.3. La causa ya no vigente: el despido objetivo por absentismo

Si en su momento fue una de las causas que motivaron la calificación de nulidad del despido por obesidad (Asunto *Ruiz Conejero*), su eliminación hoy del repertorio de causas del art. 52 ET obligaría a la reconducción del supuesto al despido objetivo por ineptitud sobrevenida (letra “a” de dicho precepto). Se recordará que el TJUE se pronunció sobre la discriminación indirecta por discapacidad del art. 52.c) ET, en cuanto a la mayor probabilidad de que una persona con obesidad se ausentara de su puesto de trabajo por razones médicas.

5.4. El despido objetivo por ineptitud sobrevenida

Resulta la causa de extinción más adecuada⁵⁷. Cabría intentar que el trabajador pudiera estar de baja por IT o, incluso, si fuera el caso, que pudiera ser calificado en algún grado de IP, con los efectos extintivos correspondientes en su caso⁵⁸. Como ya se ha señalado, la posibilidad de que el trabajador sea considerado “persona con discapacidad” abre la obligación empresarial de acometer los ajustes razonables. Habitualmente, la empresa buscará también el respaldo del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales.

Conforme a la tesis que vengo defendiendo en este Estudio, considero ahora que esta obligación de los ajustes razonables puede entenderse ampliada no solo a personas que hayan recibido una declaración administrativa por algunas de las vías indicadas por la LGDPD⁵⁹ -el Derecho Comunitario no exige ni siquiera tal declaración-, sino que la prohibición de discriminación por sobrepeso u obesidad señalada por la LSAN⁶⁰, si esta tiene carácter sobrevenido y no es requisito condicionante del acceso al puesto de trabajo, obliga al empresario a descartar si, mediante algún ajuste razonable, el trabajador puede continuar desempeñando su actividad. Por tanto, tampoco aquí sería preciso que el trabajador dispusiera de un certificado médico que acreditara dicha condición. Y es que considero que la obesidad, como sucede también con la edad, y puede ocurrir en el futuro con otras causas nuevas, merece la consideración de causa de discriminación prohibida, salvo que la empresa pueda justificar que el peso constituye un requisito profesional de la actividad en cuestión. De no actuar así la empresa, el despido deberá ser calificado judicialmente como nulo. Lógicamente, operaría la tutela procesal de la inversión de la carga de la prueba, a partir del indicio aportado por el trabajador.

⁵⁷ Art. 52.a) ET.

⁵⁸ Los efectos extintivos automáticos de los grados de total, absoluta y gran invalidez no están hoy día absolutamente claros: v. mi *La extinción del contrato...*, op.cit., pp. 54-63.

⁵⁹ Art. 4.

⁶⁰ Art. 37.

6. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

En USA, el Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito interpreta en el Asunto *Richardson v. Chicago Transit Authority* que la obesidad padecida por un conductor de autobuses, con un peso cercano a las 600 libras⁶¹, no lo sitúa automáticamente bajo el ámbito de protección de la Ley americana de Discapacidad (*Americans with Disabilities Act-ADA*), sino que es preciso, aparte de que exista obesidad, que esta sea el resultado de otro trastorno fisiológico intercurrente (como la diabetes, la hipertensión o alguna enfermedad cardíaca). No obstante, no es una cuestión pacífica, ya que el Tribunal Supremo de Washington mantiene que la obesidad siempre equivale a discapacidad bajo la Ley federal de dicho Estado, en tanto que la Ley estatal de Pensilvania se alinea con la tesis que se sostiene en el Asunto *Richardson*.

Por su parte, la Corte del Tercer Circuito no ha alcanzado un pronunciamiento definitivo sobre si la obesidad es una discapacidad que limita substancialmente la vida ordinaria⁶². Por otro lado, a la hora de la selección de trabajadores, se permite al empresario invocar el principio de la *bona fide occupational qualification* (cualificación profesional de buena fe); es decir, atender a una determinada condición o rasgo (prohibido en principio como criterio válido) que debe darse o no en el trabajador porque así lo exige un puesto concreto. En la Ley laboral de Discriminación por razón de Edad se admiten “otros factores razonables diversos de la edad” (“reasonable factors other than age”: RFOA) como criterios de justificación de la actuación empresarial discriminatoria; no obstante, no existe claridad sobre cómo interpretar dicha referencia, pues, si se hace de modo expansivo -entendiendo dichos factores como muy próximos a ocasionar perjuicios a personas de más de cuarenta años-, se podría aceptar el “peso” como criterio de discriminación válido en todo caso, con lo que se vendría abajo todo intento de establecer una norma contraria a la discriminación basada en la apariencia externa del trabajador. Otro criterio, como es el de “lo que prefieren los

⁶¹ No. 18-2199 (7th Cir. 2019). Lo que equivaldría a 270 Kg.

⁶² BOURIAT, C., GLUNT, J. (2019), “Is extreme obesity a physical characteristic or a disability?”; www.employmentlawwatch.com/2019/09/articles/employment-us. Los otros Asuntos mencionados son: *Taylor v. Burlington N. R.R. Holdings, Inc.*, 444 P.3d 606, 608 (Wash. 2019); *Philadelphia Electric Co. v. Pennsylvania Human Relations Commission*, 68 Pa. Cmwlth. 212, 448 A.2d 701 (1982); y *Lescoe v. Pa. Dept. of Corr.*, 464 Fed.Appx. 50, 53 (3d Cir. 2012). Una relación de asuntos judiciales, hasta 2011, relativos a la protección del sobrepeso-obesidad por su equivalencia a discapacidad en TRAVIS, M. A., “Impairment as protected status: a new universality for disability rights”, *Georgia Law Review*, vol. 46, 4/2012, pp. 961-967. Una visión de la regulación vigente en 2013 en los Estados Federales de USA, en materia de prohibición de la discriminación en general, en JABBOUR, R. E., *op.cit.*, pp. 104-113.

clientes”, no se acepta, por lo general, ni por los tribunales ni por la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de EEUU (EEOC)⁶³.

En Francia, el art. L1132-1 *Code du Travail* reconoce la prohibición de discriminación por la apariencia física, el estado de salud, la pérdida de autonomía o la discapacidad. En el primero de los términos debe considerarse incluido el sobrepeso, a la luz del contenido del debate previo a la aprobación de la versión actual del mismo⁶⁴. Por su parte, el Código Penal sanciona con tres años de prisión y 45.000 € de multa la discriminación en la contratación o en la extinción del contrato de trabajo por los motivos señalados⁶⁵. También se hace eco la doctrina francesa de la STJUE de 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10, *Meister*, donde un informático ruso presentó una candidatura de empleo en una empresa alemana, la cual fue rechazada sin que realizara ninguna entrevista ni se le diese ninguna justificación del rechazo; el Tribunal de Luxemburgo hace una interpretación favorable al trabajador para que se produzca la inversión de la carga de la prueba en relación con la posible discriminación por razón de sexo, raza y edad: basta que el trabajador aporte elementos que muestren que se ha sido discriminado para que la empresa deba proporcionar la información sobre el proceso de selección (algo a lo que no está obligada en condiciones normales). Se destaca que es suficiente para activar dicha tutela que el trabajador aporte “meros indicios de discriminación y diferencia de trato”, lo que se interpreta como un principio de mayor favor que el que establece la Directiva 2000/78, que literalmente se refiere a “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”, lo que invita a pensar en algo de más consistencia⁶⁶. Además, el art. L1131-2 CT establece que en todas las empresas de más de trescientos trabajadores, así como en aquellas cuyo objeto sea la mera selección de aquellos, los trabajadores cuya actividad consista precisamente en ocuparse de dicha selección “deben recibir una formación sobre la no discriminación en la contratación al menos una vez cada cinco años”.

⁶³ GUMIN, M., “Ugly on the inside: an argument for a narrow interpretation of employer defenses to appearance discrimination”, *Minnesota Law Review*, Vol. 96, 5/2012, pp. 1769 y ss., quien se decanta por permitir la discriminación por aspectismo en negocios empresariales exclusivamente basados en la apariencia física o externa, y hacer una interpretación muy restrictiva del criterio de “necesidad empresarial” o de la “seguridad de los clientes”. Resulta un Estudio interesante que ofrece abundante cita bibliográfica de los diversos principios señalados.

⁶⁴ JABBOUR, R. E., *op.cit.*, p. 81, remitiéndose a GARNER-MOYER H., “L’esthétisation du travail: la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement”, en *L’apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible*, colloque du 16 novembre 2009, à Lille.

⁶⁵ Arts. 225-1 y 225-2.

⁶⁶ Art. 10 Directiva. V. JABBOUR, R. E., *op.cit.*, pp. 122-123.

Igualmente, en el país galo desempeña un papel importante en materia de sancionar los comportamientos discriminatorios de las empresas la Alta Autoridad de Lucha contra las Discriminaciones y por la Igualdad (HALDE), cuyas Resoluciones plantean transacciones penales con las empresas que han incurrido en dichas actitudes. Así, existen varios ejemplos en materia de anuncios donde se entiende que se ha conculcado la no discriminación por aspectos físicos, al demandarse mujeres de determinada talla de cintura⁶⁷.

En Italia no puede hablarse de la existencia de una prohibición de discriminación por obesidad. Solo si esta es equiparable a “discapacidad” cabrá que reciba la protección establecida por la Directiva 2000/78, que el ordenamiento italiano ha hecho suya en el Decreto n. 216, de 9 de julio de 2003. De este modo, los motivos de discriminación ilícita están tasados y, entre ellos, no se mencionan ni la obesidad, ni el aspecto físico, ni otras condiciones o circunstancias personales⁶⁸. Algún estudio relativamente reciente, centrado en los efectos de la obesidad sobre la satisfacción laboral de jóvenes italianos (16-35 años), pone de manifiesto que los trabajadores obesos de sexo masculino se encuentran insatisfechos con el ambiente laboral, la jornada de trabajo, el salario y su desarrollo profesional, mientras que las trabajadoras de igual condición se consideran minusvaloradas por las funciones que realizan y las escasas oportunidades de promocionar⁶⁹.

En general, sin referirme en concreto a ningún país, resulta más fácil encontrar Estudios llevados a cabo por economistas, centrados en ofrecer datos sobre los efectos de la obesidad sobre el trabajo, particularmente sobre los salarios⁷⁰, mientras que se presenta mucho más complicado encontrar una bibliografía jurídica actualizada sobre la discriminación por obesidad.

⁶⁷ *Décision du Défenseur des droits n°2020-163, 25 novembre 2020*, relativa a un anuncio (repcionista) discriminatorio por motivos de sexo, edad, apariencia física y nacionalidad: https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=39222&opac_view=-1.

Desde otro punto de vista, la web <https://www.casting.fr/castings/2-mode-beaute> recoge anuncios en materia de moda y belleza donde podría ser más discutible que se pudieran limitar los requisitos que en ellos se indican.

⁶⁸ SANTORO-PASSARELLI, G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, G. Giappichelli Editore, Torino 2020, pp. 324-328; v., en especial, nota n° 71 a pie de p. 326. Anteriormente, manifestó ese mismo carácter tasado, sin perjuicio de su posible ampliación legal: BOLEGO, G., “Nozioni di discriminazioni e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro”, en VVAA (VISCOMI, A., Ed.), *Diritto del Lavoro e Società Multiculturale*, Editoriale Scientifica, Nápoles 2011, pp. 560-562.

⁶⁹ BRUNO, G. S. F., CAROLEO, F. E., DESSY, O., “Obesity and economic performance of young workers in Italy”, en VVAA (COPPOLA, G., O’HIGGINS, N., Edit.), *Youth and the Crisis. Unemployment, education and health in Europe*, Edit. Routledge, Abingdon Oxon 2016, p. 142.

⁷⁰ Por ejemplo, en Alemania: CALIENDO, M., GEHRSTZ, M., “Obesity and the labor market: a fresh look at the weight penalty”, *IZA Discussion Paper*, n° 7947, 2014; o en Dinamarca: GREEVE, J., “Obesity and labor market outcomes in Denmark”, *Economics & Human Biology*, vol. 6, 3/2008, pp. 350-362.

7. LA GESTIÓN EMPRESARIAL DE LOS TRABAJADORES OBESOS A TRAVÉS DE UN CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Parece adecuado llevar a cabo un tratamiento de ayuda al trabajador obeso antes de optar por la expedita vía del despido. La obesidad, como se ha puesto de manifiesto, pueda tener muchas causas diversas y no debe resolverse por la rápida y simplificada alternativa de considerar a quien la padece como una persona destemplada en el comer o como un holgazán que no quiere trabajar. Quizás, incluso, puede ser necesaria una ayuda psicológica para tratar de detectar el problema de fondo, si este está ligado a cuestiones familiares, de autoestima, afectivas, profesionales, etc.

Es cierto que, en el momento de la contratación, y pese a que la actividad no exija un determinado nivel de peso, puede haber una inclinación a seleccionar al trabajador no obeso o sin sobrepeso -se trata de aspectos externos que con facilidad pueden ser observados o detectados por el empresario- y ello porque se piensa que quien ofrece ese desequilibrio en su constitución física tenderá a padecer enfermedades o las padecerá ya, aunque no estén diagnosticadas⁷¹. Generalmente, el juicio no parece errado y tampoco va a ser fácil que se le pueda obligar al empresario a actuar de forma diversa, salvo que su imprudencia le lleve a justificar, de manera explícita, su rechazo del trabajador por su sobrepeso-obesidad. Estas circunstancias que se han descrito no se aceptan por la sociedad y también parece acertada esta actitud, al defenderse la delicadeza con la que las personas -sea cual sea su situación o condición- deben tratadas, y cómo no se debe juzgar por la mera apariencia sino por lo que el candidato es capaz de hacer.

La perspectiva cambia si el trabajador, tras ser admitido y llevar un tiempo desempeñando su actividad, deviene en situación de sobrepeso u obesidad, y es, quizás, en este supuesto en el que el empresario puede aplicar en su tarea de gestión toda una serie de buenas prácticas (*good practice*). El hecho de que haya estado vinculado a la empresa durante un tiempo exige un trato diverso por el empresario, en el sentido de una mayor implicación por su parte para ayudar al trabajador a encontrar soluciones si de una enfermedad o de una reacción a problemas variados se trata. Ese trato humano siempre será algo que el trabajador agradecerá y valorará, con independencia de que, tras un tiempo prudencial, se determine que la solución más conveniente sea el abandono de la empresa. Podrá ser oportuno, si la vía de suspensión del contrato por incapacidad temporal no

⁷¹ Así lo observa JABBOUR, quien ofrece también el dato de que la obesidad en los Estados Unidos suponía en 2008 un coste para las empresas de cuarenta y cinco millones de dólares (gastos médicos y absentismo). V. *op.cit.*, p. 174, remitiéndose a BARRINGTON L., ROSEN B., "Weights & measures: What employers should know about obesity", *The Conference Board*, <http://www.conference-board.org/publications/publicationdetail.cfm?publicationid=1477>, 2008.

fuera posible, recurrir a la suspensión del contrato por mutuo acuerdo⁷², para ofrecer al trabajador un poco más de tiempo para intentar alcanzar un peso razonable; igualmente, habría otras opciones que el empresario podría estudiar: desde el cambio de puesto a la reducción de jornada vía art. 41 ET. Aunque lo mejor sería que fuera algo consensuado con el trabajador, lo que facilitaría, en su caso, la posible conversión de su contrato de tiempo completo a tiempo parcial⁷³. Como he indicado antes, son situaciones que a la empresa le pueden ocasionar una cierta alteración, por lo que el respaldo de ayudas públicas siempre resultaría oportuno. Incluso se podría intentar, si se diera una situación de discapacidad, que el trabajador con sobrepeso u obesidad pudiera ocupar uno de los puestos considerados dentro de la cuota de reserva para personas con dicha limitación⁷⁴. Otra vía de apoyo podría consistir en descuentos en las cotizaciones del trabajador contratado temporalmente, mediante el contrato de interinidad rebautizado ahora como contrato “por sustitución de persona trabajadora”, para ocupar el puesto del trabajador en tratamiento por sobrepeso-obesidad. Todos esos medios -remedios-merecerían, a mi modo de ver, la denominación de “ajustes razonables” y no se le podría achacar al empresario ninguna discriminación por obesidad.

En relación con lo anterior, cabe recordar el ejemplo de buenas prácticas ofrecido por el Ayuntamiento de Billund implicado en el Asunto FOA, no en cuanto a la solución final empresarial sino en relación con la decisión que se adopta para prestar asistencia económica al cuidador infantil que padece obesidad desde enero de 2008 hasta el mismo mes de 2009, “a fin de que pudiera participar en cursos para recuperar la forma y otras actividades físicas”⁷⁵. En diversos Estudios se hacen sugerencias sobre posibles vías de gestión de problemas de obesidad; así, por ejemplo, se indica que es mucho más positivo invertir en Programas de bienestar que provoquen modificaciones culturales y de conducta en los lugares de trabajo, como la oferta de menús saludables y tiempo de trabajo y sitios adecuados para realizar actividad física, en lugar de resolver el problema de manera frontal (mediante Programas que concedan premios por haber logrado una reducción de peso). Otros enfoques de mayor profundidad llevan a contar con el apoyo de los poderes públicos, en orden a desmentir, de una forma positiva, los estereotipos que se vinculan con la obesidad (pereza, baja inteligencia, carácter asocial); es decir, ofreciendo datos que muestren las capacidades de las personas

⁷² Art. 49.1.a) ET.

⁷³ Tal como exige el art. 12.4.e) ET.

⁷⁴ V. nota 10 y la bibliografía allí mencionada.

⁷⁵ STJUE de 18 de diciembre de 2014, ap. 19.

obesas. Igualmente, parece necesario que los medios de comunicación y de entretenimiento ayuden a evitar esos estereotipos negativos⁷⁶.

Dentro de la gestión de la obesidad, conviene tener presente que suele ser el sexo femenino el más afectado por la discriminación por peso, con lo que la discriminación termina por ser múltiple. Así acontece cuando, para los mismos puestos, la empresa exige a las mujeres un determinado IMC “o bien cuando existe una desproporción entre los requisitos de peso o altura demandados a hombres y mujeres”⁷⁷. No obstante, esto último -en concreto, en relación con la altura- a veces se hace precisamente como medida de discriminación positiva, en *pro* de la igualdad, ya que se suelen atender a datos estadísticos para conocer si en uno u otro sexo es más frecuente alcanzar el requisito de altura exigido⁷⁸. La obesidad se entiende más perjudicial para la mujer que para el hombre, en cuanto que el atractivo femenino va ligado a un aspecto físico armónico⁷⁹.

8. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, cabe, en primer lugar, afirmar la dificultad de determinar la naturaleza de la obesidad, dado que, aunque es prevalente considerarla una enfermedad más, no está claro ni en qué punto exacto adquiere

⁷⁶ Por ejemplo, el Programa que ofrece en internet la Sociedad Española para el Estudio de la Obesidad (SEEDO): V. también WATSON, L., LEVIT, T., LAVACK, A., “Obesity and stigmatization at work”, en VVAA (THOMSON, S., B., GRANDY, G., Edits.), *Stigmas, Work and Organizations*, Edit. Palgrave McMillan, 2019, pp. 22-26.

⁷⁷ ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., *op.cit.*, consultado *online*. Afortunadamente, siguen creando polémica y ocasionando, ante las críticas de la opinión pública, la desaparición de anuncios dirigidos a la utilización de la mujer como mero objeto sexual, vinculando la selección a una determinada “forma física” (Por ejemplo, el caso de las animadoras deportivas: <https://smoda.elpais.com/belleza/animadoras-polemica-29-requisitos-belleza/>); si bien, en mi opinión, el propio planteamiento de la intervención de este grupo de mujeres en eventos deportivos tiene poco o ningún sentido.

⁷⁸ Esto ha llevado a establecer diferencias en los requisitos para optar a plazas de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

⁷⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, M^a. J., *op.cit.*, consultado *online*; FERNÁNDEZ-RAMÍREZ, B., BALERIOLA ESCUDERO, E., ESQUIROL ARIAS, E., “Desplazamiento y normalización del rechazo laboral hacia las mujeres por cuestiones de talla”, *Prisma Social*, nº 7/2011-2012, pp. 145-193; GONZÁLEZ BIEDMA cita una investigación llevada a cabo por PAGAN y DAVILA, de acuerdo con la cual “las mujeres sí eran penalizadas en términos salariales por su obesidad, mientras que los varones iban siendo dirigidos a trabajos que neutralizaban esa condición”, y otra de FAHR, según la cual los hombres obesos eran penalizados en su salario en distinto porcentaje según el país europeo de que se tratara (*op.cit.*, p. 676). En una perspectiva más general, ÁLVAREZ DEL CUBILLO considera que “nuestra sociedad exige de manera muy clara a las mujeres una especial dedicación al trabajo estético y una responsabilidad específica en la proyección de una imagen determinada: maquillaje, peinados, trabajo con las uñas, cuidado de la piel, depilación, selección del vestuario, sometimiento a las pautas cambiantes de la «moda», zapatos de tacón, joyas, control del peso o exaltación de la delgadez, etc.” (*op.cit.*, consultado *online*).

tal condición en cada sujeto que la padece, ni tampoco se llega a poder determinar sin resquicio de dudas si se trata de algo crónico, ya que parece más bien reversible en muchos casos. Esta incertidumbre en torno a su concepto, así como su vinculación con otras enfermedades intercurrentes que son realmente las causantes de la obesidad, dificultan cualquier Estudio que sobre la discriminación ligada al peso se pretenda llevar a cabo. En este sentido, la falta de consenso y de unanimidad sobre su carácter de enfermedad se pone de manifiesto en el hecho de que para determinadas plazas de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (como Cabos y Guardias Civiles o Policías Nacionales), se permite la admisión de candidatos/as con un IMC que, según la tabla de la OMS, ya podría considerarse como enfermedad siquiera leve. Realmente, la condición física que está sirviendo de elemento de discriminación es el peso, y este, por naturaleza, es variable, lo que parece debe merecer un régimen más flexible que el establecido para otras causas de discriminación.

El planteamiento seguido por el Derecho Comunitario es ciertamente interesante y permite que determinados supuestos de obesidad puedan recibir la tutela antidiscriminatoria prevista para la discapacidad por la Directiva 2000/78: justificación de la disparidad de trato si estamos ante un requisito profesional obligatorio para la actividad en cuestión, realización por el empresario de los ajustes razonables, inversión de la carga de la prueba, nulidad del despido realizado sin la consideración de ajustes. No obstante, el concepto comunitario de “discapacidad” deja muchos supuestos de sobrepeso y obesidad fuera de su ámbito protector.

El Derecho español presenta algunos aspectos de especial relevancia, ya que en la transposición de la Directiva mencionada utiliza un concepto de discapacidad más amplio y tanto la Constitución (art. 14 en su parte final) como la Ley de Seguridad Alimentaria y Nutrición permiten reivindicar la vigencia de una explícita prohibición de discriminación por sobrepeso y obesidad. Pese a que no existe unanimidad en la doctrina laboral sobre la posibilidad de aplicar en dicho ámbito tal prohibición, la conclusión que ofrecemos en este Estudio es que se debe poder invocar en defensa de los trabajadores discriminados, alcanzando así la condición de causa de discriminación autónoma, al tiempo que se propone al legislador laboral a proceder a su inclusión en el art. 17 ET.

La aplicación de lo hasta aquí señalado al terreno de la práctica va a exigir un análisis concreto de la actividad, pues es cierto que algunas de ellas (las citadas vinculadas a la defensa y seguridad del Estado u otras del sector espectáculos, modas, negocios relativos al control del peso o al ejercicio físico, deporte profesional...etc.) requieren que quienes trabajen en ellas dispongan de una determinada constitución física, siendo el peso una condición relevante. Igualmente, existirán otros sectores de actividad donde habrá que valorar si la

“imagen de la empresa” o la exigencia de “uniformidad” en el conjunto de sus empleados, en cuanto manifestaciones de la libertad de empresa (art. 38 CE), alcanza la relevancia suficiente como para dar entrada a dicho requisito.

Junto a lo anterior, el régimen de tutela de la obesidad será diverso del propio del sobrepeso, ya que en este último caso se podrá considerar afectado el derecho fundamental del trabajador a la propia imagen (art. 18.1 CE).

Finalmente, parece necesario adoptar una perspectiva de mayor rigor en el control de posibles actos discriminatorios cuando la obesidad se presenta como condición sobrevenida en la vida del trabajador, en orden a evitar una inmediata decisión de despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Un control que se presenta más complejo de realizar en los estadios previos de la contratación.