

Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales

STSJ Islas Canarias (Las Palmas)-SOC núm. 882/2019, de 29 de agosto

Carmen Sánchez Trigueros

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Antonio Folgoso Olmo

Abogado. Doctorando del Programa de Doctorado "Sociedad, Desarrollo y Relaciones Laborales". Universidad de Murcia.

Resumen: *Estudio de nueva sentencia que aplica la figura de la discriminación por asociación al supuesto de una trabajadora despedida como represalia por la actividad reivindicativa y judicial de su pareja.*

Palabras clave: *Discriminación, asociación, vinculación, represalia, indemnidad.*

Abstract: *Analysis of a new judgment that contemplates the legal form of discrimination by association of a worker that was dismissed as a reprisal for her partner's claiming and judicial activity.*

Keywords: *Discrimination, association, linkage, reprisal, indemnity.*

I. Introducción

Hace ya más de una década que la STJUE de 17 de julio de 2008 (asunto Coleman) marcó el punto de partida de la elaboración doctrinal acerca de la discriminación por asociación. Esta sentencia realizaba una apuesta firme por la vigencia del principio de igualdad, planteando una novedosa construcción que a día de hoy sigue generando numerosas incertidumbres, tales como los supuestos a los que debía extenderse (o si se encontraba limitada a los casos de discriminación por discapacidad), los límites subjetivos de esta doctrina, etc.

Recordemos que en aquel caso se trataba de una trabajadora que sufría un trato desfavorable a causa de ser madre de un hijo con discapacidad y en el que la STJUE consideró existente la discriminación ("por asociación") a causa de discapacidad, contraria a la Directiva 2000/78/CE. De este modo, la prohibición de discriminación directa y de acoso no se circunscribe a las personas que sean ellas mismas discapacitadas. Tener un hijo discapacitado no justifica trato discriminatorio. Este existe si se acredita que el trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Recientemente, la STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), en el caso de *Jamina Hakelbracht y otros contra WTG Retail BVBA*, ha seguido avanzando en la misma dirección. Aquí se trata de una empleada del Departamento de Recursos

Humanos a quien la empresa le encomienda la selección de una persona para su contratación, siendo desechada su propuesta porque la hace a favor de mujer embarazada. Tras las protestas de la empleada por la conducta de su empresa, es despedida meses después, al amparo de motivos genéricos. El Tribunal de Luxemburgo concluye que el Derecho de la UE se opone a que solo esté protegido frente a represalias quien apoya a la persona eventualmente discriminada por razón de sexo en el marco de una prueba testifical. Otras actuaciones de apoyo, formales o informales, incluso acaecidas en el interior de la empresa, deben beneficiarse de la no discriminación por irradiación.

En este escenario, la STSJ Canarias ahora comentada entra de lleno en algunas de tales cuestiones, apostando de manera valiente por la expansión de dicha línea doctrinal. Lo hace al hilo del supuesto en que se adopta una represalia contra la pareja de una trabajadora que, en el ámbito de su labor representativa, plantea numerosas reclamaciones frente a su empresa ante la Inspección de Trabajo y ante la Jurisdicción Social.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sede Las Palmas de Gran Canaria.

Número y fecha de la resolución judicial: sentencia núm. 882/2019, de 29 de agosto.

Tipo y número de recurso: recurso de suplicación núm. 531/2019.

ECLI: ES:TSJICAN:2019:2116.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Iltma. Sra. Doña Gloria Poyatos Matas.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La actora trabajaba para la empresa demandada con vinculación indefinida, sin que conste que hubiese sido previamente sancionada en ninguna ocasión.

Su pareja sentimental, con quien compartía domicilio y que también trabajaba para la demandada, resultó elegido miembro del comité de empresa y secretario del mismo. En dicha condición, denunció ante la Inspección que la empleadora no proporcionaba al comité una oficina adecuada para realizar sus funciones, así como que, pese a solicitar reunión del comité de seguridad y salud laboral, no recibió respuesta alguna. La Inspección de Trabajo requirió a la demandada para que pusiese a disposición del comité un local adecuado, así como para que procediese a la constitución del comité de seguridad y salud laboral.

Además, la pareja de la actora interpuso también una demanda frente a la empresa impugnando una modificación de sus turnos de trabajo. Este litigio concluyó con una conciliación judicial, por la que se reponía al reclamante a sus condiciones laborales previas.

Tras formular las citadas reclamaciones, la demandada despidió a la trabajadora, alegando una disminución continuada y voluntaria de rendimiento. Posteriormente, le abonó una cantidad en concepto de indemnización por despido.

Interpuesta demanda frente al cese, la sentencia del Juzgado de lo Social número Dos de Arrecife declara la nulidad del despido, condenando a la demandada a readmitir a la trabajadora y a abonarle los salarios dejados de percibir (sin perjuicio de su obligación de reintegrar la indemnización percibida). Condena a la empresa,

además, a pagarle a la trabajadora una indemnización por importe de 6251 euros por la vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación.

IV. Posiciones de las partes

La trabajadora considera que la verdadera causa del cese ha sido su vinculación afectiva con su pareja, por lo que solicita la declaración del carácter discriminatorio del despido y, por ende, su nulidad.

La empresa demandada considera que no existen indicios suficientes de la existencia de una actuación lesiva de derechos fundamentales, debiendo declararse exclusivamente la improcedencia del despido, que reconoce.

No consta la posición del Ministerio Fiscal en el presente supuesto (ni tan siquiera se indica que sea parte, aunque su intervención debiera ser preceptiva), ni del FOGASA.

V. Normativa aplicable al caso

Se cuestiona cómo debe aplicarse el art. 96.1 LRJS. Conforme al mismo “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Además, son de aplicación los derechos fundamentales a no sufrir discriminación (art. 14 CE), a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad (art. 24.1 CE).

VI. Doctrina básica

La resolución examinada aborda la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba en materia de actuaciones lesivas de derechos fundamentales. En concreto, considera que constituye un indicio válido de la existencia de discriminación la vinculación de la actora con su pareja, a la vista de la intensa actividad reivindicativa llevada a cabo por este.

La sentencia aprecia la existencia de discriminación por asociación, esto es, aquella que es sufrida por personas vinculadas al sujeto susceptible de ser discriminado, como ocurre en el presente supuesto por la actividad sindical y reivindicativa judicial frente a la empresa.

VII. Parte dispositiva

La sentencia desestima el recurso de suplicación formulado por la empresa demandada frente a la sentencia del juzgado, que declaraba la nulidad del despido, confirmando dicha resolución. Además, impone las costas a la recurrente.

VIII. Pasajes decisivos

El núcleo de la cuestión litigiosa se analiza en el amplio fundamento jurídico tercero. En él, tras realizar un breve recorrido por la finalidad de la prueba indiciaria y de las reglas de distribución de la carga de la prueba, aparece destacada la existencia de indicios de actuación lesiva de derechos fundamentales, tales como la inexistencia de sanciones previas, el reconocimiento de la improcedencia del despido, la vinculación de la actora con su pareja y la actividad reivindicativa llevada a cabo por este último previa al cese de la trabajadora.

Además, hace referencia a la doctrina de la discriminación por asociación o por vinculación, indicando que los hechos del presente supuesto “*evidencian claramente un escenario indiciario de vulneración de los derechos fundamentales de la*

trabajadora, cuya discriminación viene anudada por asociación a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja y representante social, actuando frente a la demandada mediante la utilización de denuncias ante la ITSS así como mediante la interposición de una acción judicial, que a la fecha de efectos del despido de la actora, todavía no se había conciliado, lo que se engarza también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extendió a la trabajadora, por el hecho de ser pareja sentimental del representante social que mostraba un gran activismo sindical en la defensa de los derechos de los trabajadores de la empresa y de sus propios derechos laborales”.

IX. Comentario

La resolución comentada se adentra en el siempre dinámico ámbito de los derechos fundamentales cuya protección, para ser efectiva, va a requerir una continua reinención y reformulación.

1. Especial distribución de la carga de la prueba en procesos donde se denuncia la vulneración de derechos fundamentales

La sentencia comienza haciendo referencia a la ya clásica doctrina de la carga de la prueba en procesos donde se denuncia la lesión de derechos fundamentales. Como es sabido, en estos casos le corresponde al trabajador que denuncia la existencia de una actuación empresarial discriminatoria la aportación de indicios de la misma. De este modo, se libera quien trabaja de la carga de acreditar el auténtico propósito del empresario, lo que supondría inmiscuirse en su fuero interno, dando lugar a una auténtica prueba diabólica. Por lo tanto, la persona que reclama frente a una eventual discriminación deberá aportar indicios que permitan deducir que se ha producido una auténtica vulneración, sin necesidad de acreditar que realmente ha sucedido así.

Cuando esto ocurre, se invierte la carga de la prueba, debiendo el empleador demostrar que su actuación no perseguía ningún propósito lesivo, es decir, que las causas que alega se encuentran absolutamente ajenas al ejercicio de derechos por parte del trabajador, y que pueden explicar de forma objetiva, razonable y proporcionada la decisión empresarial. En los supuestos en que el empleador no aporte prueba suficiente, los indicios desplegarán toda su operatividad, implicando la declaración de la lesión de derechos fundamentales.

La sentencia analizada destaca que, junto a la vinculación afectiva entre la trabajadora despedida y su pareja (que había llevado a cabo una intensa actividad reivindicativa), existen otras circunstancias que merecen ser destacadas, tales como la inexistencia de sanciones previas a la trabajadora o el reconocimiento empresarial de que su actuación no se encontraba justificada, por la vía de reconocer la improcedencia del despido (e, incluso, pagar la correspondiente indemnización).

De este modo, a efectos prácticos, la empresa asume la dificultad de defender en el acto de juicio la justificación de su actuación, especialmente dada la absoluta inconcreción de la carta de despido y el hecho de que pagase a la trabajadora, apenas unos días después del cese, una indemnización por despido que jamás le correspondería abonar en caso de ser declarado procedente. En su lugar, apuesta por cuestionar los indicios aportados por la trabajadora, sosteniendo su insuficiencia para provocar la inversión de la carga de la prueba.

Sobre tales coordenadas, la sentencia resuelve esta cuestión de forma contundente (apreciando la existencia de un proceder lesivo de derechos fundamentales, lo cual, afirma, “queda claro a todas luces”), a la vista de los distintos indicios que aprecia:

- La cercanía temporal entre el despido de la trabajadora y la actividad sindical y judicial de su pareja, debiendo recordarse que la proximidad en el tiempo ha sido considerada un indicio válido a estos efectos por el Tribunal Constitucional (STC 125/2008, de 20 de octubre, entre otras).

- La ausencia de sanciones previas a la actora, especialmente cuando se le despide por una disminución “continuada y voluntaria” de su rendimiento.

- El reconocimiento expreso de la improcedencia del despido, admitiendo así la inexistencia de justificación para su actuación, lo cual también ha sido considerado un relevante indicio por la Jurisprudencia Constitucional (STC 2/2009, de 12 de enero, etc.).

De este modo, rechaza la tesis empresarial que sostenía la inexistencia de indicios que permitiesen apreciar una actuación lesiva de derechos fundamentales.

2. *Doctrina sobre la “discriminación por asociación o por vinculación”*

Sin duda alguna, el aspecto más destacable de la sentencia es su referencia a la llamada discriminación por asociación, también denominada discriminación por vinculación, por interposición o refleja (STSJ Galicia de 2 de agosto de 2017, rec. 1806/2017). Esta doctrina parte de la STJUE de 17 de julio de 2008 (asunto Coleman), que abordaba el supuesto de una trabajadora que había recibido un trato laboral desfavorable a raíz de la situación de discapacidad de su hijo. El TJUE concluye que la prohibición de discriminación por discapacidad no se circunscribía a las personas que se encontrasen, ellas mismas, en esa situación, sino que también se extendía a las personas que recibiesen un trato peyorativo como consecuencia de su vinculación con una persona discapacitada. Así, se ha considerado que la discriminación no se produce en exclusiva cuando dicho trato desfavorable recae sobre la persona incluida en un colectivo vulnerable o susceptible de discriminación, sino cuando tiene lugar sobre otras personas próximas a aquella, por el motivo de la vinculación entre ellas.

La aludida STJUE considera que las disposiciones normativas que regulan el principio de igualdad de trato no permiten concluir que este deba interpretarse en términos restrictivos. Dicha línea ha sido posteriormente refrendada por numerosos pronunciamientos, siendo un criterio que persiste en la actualidad, como se desprende de la reciente STJUE de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18).

El principio de igualdad ha recibido una amplia atención en el ámbito de la Unión Europea, habiéndose dictado numerosas directivas que han regulado la necesidad de su protección, en distintos ámbitos: igualdad entre hombres y mujeres (Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE o 2002/73/CE), origen racial (Directiva 2000/43/CE) o igualdad de trato en el ámbito del empleo (Directiva 2000/78/CE, que centra su objeto en la lucha “contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación”, tal y como se indica en su artículo primero).

A raíz del planteamiento de la doctrina de la discriminación por asociación, se ha planteado la incertidumbre acerca de si puede extenderse a otras causas de discriminación, concluyéndose una respuesta afirmativa (Pérez Campos, 2018). Sin embargo, parece conveniente ir más allá, pues, al no encontrar motivos para restringir la aplicación de esta doctrina al ámbito del principio de igualdad, parece conveniente que se amplíe al resto de derechos fundamentales. Así, deberá extenderse la prohibición de sufrir perjuicios derivados del ejercicio de un derecho fundamental a las personas que se encuentren claramente vinculadas a aquella que lleva a cabo dicho ejercicio. No resulta difícil imaginar, por ejemplo, el caso de un trabajador perjudicado tras conocerse que un familiar suyo concurre en determinada lista electoral, o el de una trabajadora despedida tras negarse su hermana, embarazada, a aceptar el despido y reconocimiento de improcedencia del mismo, habiéndosele manifestado “que si ella no aceptaba ya sabía quién era la siguiente de la lista” -refiriéndose a la hermana, quien finalmente resultó despedida- (STSJ de Galicia núm. 524/2012, de 31 de enero, rec. núm. 4196/2011).

Esta doctrina nace de la necesidad de dotar de una protección efectiva a los derechos fundamentales. Es cierto que la situación paradigmática, esto es, la de quien trabaja y ejercita un determinado derecho sufriendo una represalia por ello, puede dar respuesta a un alto porcentaje de litigios. No obstante, resulta obvio que los

empleadores, concedores de los mecanismos establecidos para asegurar la protección de los derechos fundamentales y las relevantes consecuencias de su lesión, traten de burlarlos a través del desarrollo de estrategias cada vez más elaboradas y disimuladas. En este sentido, cada vez será más habitual encontrar casos en que la represalia se adopte, por ejemplo, a través de empresas interpuestas (supuestos de descentralización productiva, etc.); con amparo en situaciones presuntamente objetivas (fundamentadas en causas que aparenten ser ajenas al ámbito de decisión empresarial, tales como el establecimiento de algoritmos que den lugar a consecuencias en el ámbito de la relación laboral); o, como es el presente supuesto, dirigiendo el perjuicio hacia personas distintas del sujeto que ejercita el derecho, pero que, por su vinculación con dicho sujeto, producirán incluso una presión mayor en este que si la represalia se dirigiese contra él mismo, desalentando así su utilización y evitando que vuelva a producirse. No resulta difícil entender que, en ocasiones, pueda resultar incluso más sugestivo el perjuicio adoptado hacia un familiar cercano que hacia el propio destinatario mediato del daño.

Se ha cuestionado también hasta dónde debe alcanzar dicha protección (Pérez Campos, 2018). Puede destacarse que el art. 17 ET ha hecho referencia al parentesco como una de las causas de discriminación prohibidas. No obstante, este concepto se encuentra conectado a los supuestos de vinculación familiar (art. 915 y siguientes del Código Civil), resultando ampliamente superado por la doctrina Coleman, que hace referencia a cualquier otra vinculación, siempre que quede debidamente acreditada. Es el caso de la sentencia comentada, en la que no consta vínculo sanguíneo o matrimonial entre la actora y su pareja sentimental, ni inscripción en registro alguno de parejas de hecho, limitándose su conexión probada a la cohabitación. No obstante, se aprecia la necesidad de extender la protección a este supuesto, precisamente con el objeto de evitar la existencia de una situación de desprotección, que en otro caso tendría lugar.

3. Derecho fundamental afectado: ¿prohibición de la discriminación, libertad sindical o garantía de indemnidad?

La sentencia de instancia hacía referencia, en su fallo, a la vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación. Por su parte, la resolución comentada alude nuevamente a la discriminación, si bien la anuda al derecho fundamental a la libertad sindical y a la garantía de indemnidad.

En nuestra opinión, resulta cuestionable esa conclusión, pudiendo apreciarse que el único derecho fundamental que debe considerarse lesionado es la garantía de indemnidad.

Aunque la sentencia de instancia hace referencia a la prohibición de sufrir discriminación, en todo momento esta se conecta con el derecho fundamental a la libertad sindical. En estos supuestos, sin embargo, se ha considerado que la discriminación producida no atenta contra el art. 14 CE, sino que entra de lleno en el ámbito del art. 28.1 CE (libertad sindical). En definitiva, cuando la discriminación se constituye en un mecanismo para lesionar un derecho fundamental sustantivo, será este último el derecho que deba considerarse lesionado (STC 168/2006 de 5 junio).

No obstante, en el presente supuesto también resulta cuestionable que sea la libertad sindical el derecho fundamental lesionado. La propia sentencia no parece vincular las actuaciones que provocaron la represalia con el ejercicio de una concreta actuación sindical, sino más bien con la exigencia de herramientas para el adecuado desempeño de las labores del comité de empresa, así como con la puesta en marcha del comité de seguridad y salud laboral, paralizado por parte de la empresa.

En estos términos, las reclamaciones planteadas no se conectan con la pertenencia del actor a un sindicato concreto (nada de ello se refleja en la sentencia), sino a los órganos representativos unitarios que, como reiteradamente se ha señalado, no alcanzan a recibir la protección constitucional de la libertad sindical (STC 118/1983 de 13 diciembre). Se trata de órganos de naturaleza diferente, si bien frecuentemente

conexa (hasta el punto de que el actor accedió a los mismos tras participar en la lista del sindicato CCOO). No obstante, de la sentencia ninguna conexión se deduce entre las actuaciones realizadas y el desempeño de su labor sindical, sino tan solo representativa, amparada exclusivamente por la legislación ordinaria.

En cambio, la actuación llevada a cabo por la pareja de la actora sí que encuentra acomodo en la garantía de indemnidad. Aunque sorprendentemente no se alude a esta institución más que una sola vez en toda la sentencia, lo cierto es que las dos actuaciones descritas en la misma, que fueron llevadas a cabo por la pareja de la actora, fueron el planteamiento de una denuncia ante la Inspección de Trabajo y de una demanda contra una modificación de los turnos de trabajo. Respecto de la primera, los hechos denunciados no se conectan con la libertad sindical del actor, sino con derechos de carácter ordinario: reclamación de un local para el comité, previsto en el art. 81 ET, y puesta en funcionamiento del comité de seguridad y salud laboral, previsto en el art. 38 LPRL. En cuanto a la segunda, se hace referencia a una modificación de turnos de trabajo, lo que probablemente se conecte con el art. 39 o 41 ET (si bien en la sentencia no se hace referencia a la sustancialidad o no de la modificación). Además, la denuncia formulada ante la Inspección no se realiza en su condición de afiliado a ningún sindicato, sino como secretario y miembro del comité de empresa; y, por su parte, la demanda se formula a título individual.

De lo expuesto parece desprenderse que el único derecho fundamental vulnerado será la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, en concreto, su vertiente de garantía de indemnidad. Esta, como ha aclarado la Jurisprudencia, se extiende no solo a las actuaciones judiciales en sentido estricto, sino también a las denuncias administrativas formuladas con carácter preparatorio o previo a la reclamación judicial (STS de 23 de diciembre de 2010, RCUd núm. 4380/2009).

Sin embargo, nada de ello modifica la conclusión alcanzada por la sentencia. Como se ha expuesto anteriormente, la doctrina de la discriminación por asociación debe extenderse sin obstáculos a otros derechos fundamentales, existiendo en el presente supuesto indicios claros de que el despido de la actora se produjo tras las reclamaciones formuladas por su pareja. En consecuencia, puede concluirse que se ha producido una lesión –por asociación– de la garantía de indemnidad, siendo la respuesta más correcta la declaración de la nulidad del despido.

X. Apunte final

La doctrina judicial ostenta un papel especialmente destacado en la resolución de conflictos y búsqueda de soluciones que impidan la pérdida de vigencia de los derechos fundamentales.

Es cierto, no obstante, que debe reflexionarse sobre la disyuntiva existente entre la necesidad de este desarrollo jurisprudencial para garantizar la efectividad de los derechos, y la posibilidad de que esta opción provoque, más bien, un incremento de la litigiosidad, que se traducirá en un debilitamiento de la seguridad jurídica.

Sin embargo, puede afirmarse que la propia dinámica de los derechos fundamentales exige una continua reinvencción, precisamente para evitar que, a través de medidas de ingeniería jurídica, aparezcan espacios de impunidad que se traduzcan en un debilitamiento de dichos derechos o, incluso, en su desaparición. De este modo, se hace imprescindible esta evolución dinámica del derecho para asegurar su protección, ya que un anquilosamiento provocaría su paulatina pérdida de efectividad. Con sus luces y sombras, la sentencia comentada constituye un paso adelante y acertado en la redefinición del alcance que poseen los diversos derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral.

XI. Referencias bibliográficas

- Pérez Campos, A.I.: "Discriminación por asociación", en AAVV (Dir., Sánchez Trigueros, C.): *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, Madrid, 2008, pgs. 225-245.

- [Rojo Torrecilla](#), E.: "Aplicación de la construcción jurisprudencial del TJUE sobre discriminación por asociación. Trabajadora que es despedida por razón de la actividad sindical de su pareja. Una nota a la sentencia del TSJ de Canarias de 29 de agosto de 2019" (30 de septiembre de 2019), en Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales.*