

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Sentencia 1584/2021, de 16 de abril de 2021

Sala de lo Social

Rec. n.º 754/2021

SUMARIO:

Despido disciplinario. Discriminación refleja. Condición de padre. Garantía de indemnidad. Nulidad. Alegación de que ha sido la reciente paternidad la que ha motivado el despido. Trabajador que comunica el estado de gestación de su mujer, y posteriormente el parto, siendo despedido con fecha de efectos de este mismo día mediante burofax. Esto es un indicio, o una fuerte sospecha, de que pudiera existir una conexión entre el parto (y su condición de padre) y la decisión empresarial, al concurrir una inmediatez temporal entre uno y otra; sin que tenga nada que ver con el ejercicio de un permiso de paternidad, sino - más correctamente- con la condición de progenitor y todas sus consecuencias legales, que, de ello, pudiese deducir la empleadora iban a ocurrir. Y resulta que, por una parte, la empresa le comunica un despido por una eventual disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; por otra parte, no se ha probado ningún incumplimiento o causa que haya podido amparar la decisión fuera de aquella vinculación con el parto; y, finalmente, le abonó la indemnización de un despido improcedente. Por lo tanto, hay un indicio verosímil de que el despido pudiese responder a un móvil discriminatorio (la condición de padre) y la empresa, al invertirse la carga de la prueba, no ha alejado esta sospecha fundada con pruebas de la existencia de una causa objetiva, ajena y no espuria de su decisión. Por lo tanto, ha de declararse el despido nulo con todos sus efectos. A mayor abundamiento, señala la Sala que podrían llegar a la misma conclusión a través de lo que se ha venido llamando discriminación refleja [STC 71/2020 (NCJ064930)], que es la situación en la que una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio. En el mismo sentido se ha pronunciado la STJUE de 17 de julio de 2008 [Asunto C-303/06, Coleman (NSJ026808)], que ha procedido a una interpretación amplia del alcance de los supuestos protegidos por la Directiva 2000/78, al declarar que se incurre en discriminación directa cuando una persona es tratada de forma menos favorable por razón de uno de los rasgos o características protegidos, aunque no concurren en ella misma, si el motivo del trato menos favorable se fundamenta en dicha característica. En el mismo sentido, la STEDH de 22 de marzo de 2016, asunto *Guberina contra Croacia*, parágrafo 79. En esta doctrina jurisprudencial europea -recogida por el propio TC- puede tener perfecto encaje la situación presente. Y tiene ajuste, pues al trabajador se le trata de manera menos favorable (se despide) por motivo de uno de los rasgos o características protegidos (el parto o nacimiento de un hijo), que, pese a no concurrir en sí mismo (ni ha estado embarazado ni ha dado a luz, aunque es ciertamente padre ya), el motivo del trato menos favorable se ha fundamentado en dicha característica, pues -precisamente- su despido se ha producido por el hecho del embarazo-parto de su mujer y todas las consecuencias que se puedan derivar del mismo (permisos, bajas, etc.); por lo que ciertamente nos encontramos ante un despido por discriminación refleja, habida cuenta que se vulneró el derecho del recurrente a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (embarazo), dado que le sería proyectable -indirectamente- la protección otorgada por el artículo 55.5 del TRET, sin que se haya aportado prueba alguna por la empresa de las circunstancias del último párrafo de este precepto. La actuación de su empleadora le ocasionó una discriminación contraria al artículo 14 CE, en tanto que deriva de la aplicación de un criterio directamente discriminatorio por razón de sexo de su mujer embarazada, que, a su vez, proyecta efectos perjudiciales en el patrimonio jurídico del actor, al despedirlo sin otra causa que la espuria y proscrita por el artículo 55 del TRET. **Indemnización.** Se condena a una indemnización de 6.251 € por daños morales.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 14.

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 14.

Directiva 2000/78/CE (Igualdad de trato en el empleo y la ocupación), art. 2.2 a).

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 4.2 c) y 55.5.

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 96.2, 179.3 y 183.

PONENTE:

Don Luis Fernando De Castro Mejuto.

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ
ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a dieciséis de abril de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 754/2021, formalizado por el/la D/D^a CARLOS RODRIGUEZ FEIJOO, en nombre y representación de Alfonso, contra la sentencia número 331/2020 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 364/2020, seguidos a instancia de Alfonso frente a FOGASA, DIRECCION000, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero:

D/D^a Alfonso presentó demanda contra FOGASA, DIRECCION000, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 331 /2020, de fecha quince de octubre de dos mil veinte.

Segundo.

Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO. El actor D. Alfonso, vino prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada " DIRECCION000." , desde el 2-4-2019, ostentando la categoría profesional de conductor-repartidor y percibiendo un salario diario de 35,02 € incluido el prorrateo de las pagas extras.

SEGUNDO. En fecha 27 de Abril pasado la empresa remitió al actor por burofax, carta de despido disciplinario con efectos del 22 de Abril. Fue recibido por el actor el 29 de Abril. La carta de despido figura incorporada a autos teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido. En fecha 27 de Abril la empresa demandada abonó al actor la cantidad de 1.302,37 € en concepto de indemnización.

TERCERO. El actor tuvo un hijo nacido el NUM000 pasado. El mismo día NUM000 el actor es dado de baja médica por enfermedad común con el diagnóstico de apendicitis aguda con peritonitis localizada. El parte de baja médica no fue aportado a la empresa.

CUARTO. El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.

QUINTO. Se celebró sin avenencia la conciliación ante el SMAC.

Tercero.

Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: :

Debo declarar y declaro improcedente el despido del actor D. Alfonso llevado a cabo por la empresa demandada DIRECCION000 22-4-2020, y habiéndose abonado la indemnización declaro convalidada la extinción de la relación laboral entre las partes que aquel produjo.

Cuarto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte recurrente, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Recorre el trabajador la desestimación de su demanda en reclamación de despido nulo, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación de los artículos 14 y 24 CE, en relación con los artículos 48.2 y 55.5 ET.

Segundo.

1. Respecto de las revisiones fácticas, sólo podemos acoger la primera, porque la segunda pretende incorporar valoraciones jurídicas («se encontraba suspendida», «por imperativo legal», «siendo beneficiario de la prestación») y no hechos, que son los únicos que deben acceder al relato histórico, con lo que se estaría predeterminando el fondo (a título de ejemplo, SSTS 19/06/89 Ar. 4811; 07/06/94 -rcud 2797/93-; 17/05/11 -rco 147/10-; y 20/03/12 -rcud 2469/11-; y SSTSJ Galicia -entre las recientes- 08/02/21 R. 3723/20, 04/02/21 R. 3741/20, 28/01/21 R. 3171/20, 11/12/20 R. 2624/20, 09/10/20 R. 1639/20, etc.).

La primera sí es viable -como decimos-, pese a integrar un pantallazo de un servicio de mensajería instantáneo y a las dudas que plantearía, pues la propia Magistrada hace referencia a los datos que se quieren hacer constar, siquiera desde otra perspectiva, habida cuenta que lo utiliza para razonar sobre si se ha pedido o no el permiso de paternidad, concluyendo que «lo único que consta es que va a tener un hijo». En otras palabras, da por supuesto que se informó de su paternidad, siquiera no indicase que haría uso de su derecho a la suspensión del contrato por ese motivo -que es donde se centra la exclusión del motivo discriminatorio-. Ello es suficiente para incluir la frase que se pretende «El actor comunicó a la empresa que iba a ser padre el 13 de abril de 2020, así como el nacimiento de su hijo tuvo lugar el NUM000 de 2020».

2. Al margen de ello, ya habíamos despejado en nuestra STSJ Galicia 28/01/16 R. 4577/15 la posibilidad de emplear un WhatsApp (texto del servicio de mensajería instantánea), bajo determinadas condiciones, como medio documental hábil para fundamentar la revisión fáctica en suplicación [y que ahora se ve refrendada por la doctrina fijada por la STS 23/07/20 -rcud 239/18-, acerca de los correos electrónicos, que -a la postre- no dejan de ser otra prueba digital]; en ella, decíamos: «tan es su consideración como prueba -reveladora de su difusión masiva-, que hasta las normas colectivas recogen previsiones sobre el servicio; por poner dos ejemplos, el artículo 24 CC del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla (BOP/Sevilla 12/06/14) establece "que las llamadas al trabajo se podrán realizar por WhatsApp" y, también, el artículo 30.n) CC Provincial para el sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Zamora, prohíbe la utilización de "WhatsApp durante la jornada laboral, bien desde el móvil personal o móvil de la empresa" (BOP/Zamora 02/05/14). En otras palabras, no sólo es un medio de prueba válido, pese a no contemplarse en la LJS, sino que ya ha tenido plasmación normativa; no obstante lo cual, habría que cumplir una serie de reglas. Porque, para considerar una conversación de WhatsApp como documento -a los fines del proceso laboral-, sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, "pantallazo" [...], sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que de que ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto podría haber conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. [...] y solicitando que, dando fe pública, el LAJ levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismos extremos.

Apurando nuestras consideraciones sobre la prueba de mensajería instantánea y con fines esclarecedores, para que aceptemos como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) podríamos establecer cuatro supuestos: (a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, finalmente, (d) cuando se

practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores.

3. Todo ello, además, sin perjuicio de los riesgos que pueden existir de manipulación -a través de múltiples programas informáticos- de la conversación, imagen o números que se reflejan, lo que permite que el Magistrado que valore dicha prueba pueda rechazar su eficacia probatoria - que es el caso presente-; o que la parte hubiese aportado una prueba pericial informática reveladora que la inexistencia de alteración».

Tercero.

1. Entrando ya en el motivo jurídico, el recurrente centra el debate -tal y como hizo en la Instancia- en el conocimiento de la empresa de su futura paternidad y, por ello, el disfrute de su permiso de paternidad y prestación correspondiente. En este campo, nos hemos centrado -muchas veces- en que la prevalencia de los derechos fundamentales y la dificultad probatoria de toda vulneración en el marco de amplias facultades directivas determinan la inversión de la carga de la prueba (para todas, SSTC 38/1981, de 23/Noviembre; 47/1985; 38/1986; 114/1989; [...] 326/2005, de 12/Diciembre, F. 6; y 138/2006, de 8/Mayo, F. 5; 75/2010, de 19/Octubre; 76/2010, de 19/Octubre, F. 5; y 10/2011, de 28/Febrero); y, también, en la misma línea, que «[...] la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. [...] Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL (SSTC 29/2002, de 11/Febrero, F. 3; y 168/2006, de 05/Junio, F. 5). «Necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador» (SSTC 29/2002, de 11/Febrero, F. 3; y 168/2006, de 05/Junio, F. 4).

Como se ha reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006, de 19/Enero- o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19/Abril- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, SSTC 14/1993, de 18/Enero, F. 2; 125/2008, de 20/Octubre, F. 3, 06/2011, de 14/Febrero, F. 2; y 183/2015, de 10/Septiembre, F. 3).

De ahí que en los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba (SSTC 114/1989, de 22/Junio, F. 4; 21/1992, de 14/Febrero, F. 3; 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2; 90/1997, de 06/Mayo, F. 5; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 84/2002, de 22/Abril, F. 3, 4 y 5; 114/2002, de 20/Mayo; 05/2003, de 20/Enero, F. 6; 38/2005, de 28/Febrero, F. 3; 342/2006, de 11/Diciembre, F. 4; y 74/2008, de 23/Junio F. 2).

Sin embargo, y esto es lo determinante, para que opere este desplazamiento al empresario del onus probandi no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio (STC 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2), sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido» (SSTC 114/1989, de 22/Junio, F. 5; 85/1995, de 06/Junio, F. 4; 144/2005, de 06/Junio, F. 3; y 171/2005, de 20/Junio, F. 3), que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» (STC 207/2001, de 22/Octubre, F. 5) o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (por todas, SSTC 308/2000, de 18/Diciembre, F. 3; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 17/2003, de 30/Enero, F. 3; 98/2003, de 02/Junio, F. 2; 188/2004, de 02/Noviembre, F. 4; 38/2005, de 28/Febrero, F. 3; 175/2005, de 04/Julio, F. 4; 326/2005, de 12/Diciembre, F. 6; 138/2006, de 08/Mayo, F. 5; 168/2006, de 05/Junio, F. 4; 342/2006, de 11/Diciembre, F. 4; y 74/2008, de 23/Junio F. 2).

Además, ese indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión (SSTC 21/1992, de 14/Febrero, F. 3; 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2;

87/1998, de 21/Abril; 293/1993, de 18/Octubre; 140/1999, de 22/Julio; 29/2000, de 31/Enero; 308/2000, de 18/Diciembre, F. 3; 136/2001, de 18/Junio; 142/2001, de 18/Junio, F. 5; 207/2001, de 22/Octubre; 214/2001, de 29/Octubre; 14/2002, de 28/Enero, F. 4; 29/2002, de 11/Febrero, F. 5; 30/2002, de 11/Febrero, F. 5; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 48/2002, de 25/Febrero F. 5; 84/2002, de 22/Abril F. 3, 4 y 5; 5/2003, de 20/Enero; 617/2003, de 30/Enero; 151/2004, de 20/Septiembre; y 326/2005, de 12/Diciembre, F. 6). Y «tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, dicho en otras palabras, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado» (ATC 89/2000, de 21/Marzo; y SSTC 17/2003, de 30/Enero; y 151/2004, de 20/Septiembre). No obstante, el indicio ha de ser acreditado por hechos indicativos de la probabilidad de la lesión o la razonable hipótesis de ella, pero no simples alegaciones retóricas (SSTC 111/2003, de 16/Junio, F. 4; 79/2004, de 5/Mayo, F. 3; y 168/2006, de 05/Junio, F. 6).

Y, finalmente, no resulta admisible que se niegue «la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues, como hemos declarado en anteriores ocasiones, la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma» (SSTC 225/2001, de 26/Noviembre, F. 4; y 66/2002, de 21/Marzo, F. 3; 80/2005, de 04/Abril, F. 5; y 06/2011, de 14/Febrero, F. 2).

2. Pues bien, en este asunto, apreciamos que concurre ese indicio o prueba verosímil de la que habla la jurisprudencia (SSTC 74/2008, de 23/Junio F. 2; 104/2014, de 23/Junio, F. 7; y 183/2015, de 10/Septiembre, F. 3); y lo es la existencia de una comunicación del parto de su mujer -el conocimiento de la inmediata paternidad del recurrente es un dato innegable-, con todas las consecuencias inherentes a dicha circunstancia. En otras palabras y pese a lo razonado, el objeto del debate es si la paternidad ha determinado el despido del trabajador o, al menos, si hay una prueba verosímil de que ello haya sido así. Y sí la hay -a lo que creemos-, habida cuenta de que el actor comunica el estado de gestación de su mujer y el día 22/04/20 el parto, despidiéndoselo con fecha de efectos de ese día, pero mediante un burofax enviado el día 24/04/20, cuando ya se conocía dicha circunstancia. Esto es un indicio, o una fuerte sospecha, de que pudiera existir una conexión entre el parto (y su condición de padre) y la decisión empresarial, al concurrir una inmediatez temporal entre uno y otra; sin que tenga nada que ver con el ejercicio de un permiso de paternidad, sino -más correctamente- con la condición de progenitor y todas sus consecuencias legales, que, de ello, pudiese deducir la empleadora iban a ocurrir. Y resulta que, por una parte, la empresa le comunica un despido por una eventual disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; por otra parte, no se ha probado ningún incumplimiento o causa que haya podido amparar la decisión fuera de aquella vinculación con el parto; y, finalmente, le abonó el día 27/04/20 -día de la notificación de la carta de despido- la indemnización de un despido improcedente. Todo ello al margen de que su periodo de prueba (fijado en la cláusula cuarta de su contrato) es de sólo dos meses y no de un año, como se pretende apuntar en el escrito de impugnación. Por lo tanto, hay un indicio verosímil de que el despido pudiese responder a un móvil discriminatorio (la condición de padre) y la empresa, al invertirse la carga de la prueba, no ha alejado esta sospecha fundada con pruebas de la existencia de una causa objetiva, ajena y no espuria de su decisión. Por lo tanto, ha de declararse el despido nulo con todos sus efectos.

3. A mayor abundamiento, podríamos llegar a la misma conclusión a través de lo que se ha venido llamando «discriminación refleja» (STC 71/2020, de 29/Junio), que es la situación en la que «una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio» (STC citada).

En este sentido se ha pronunciado la STJUE 17/07/08, C-303/06, asunto Coleman , que ha procedido a una interpretación amplia del alcance de los supuestos protegidos por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al declarar que se incurre en discriminación directacuando una persona es tratada de forma menos favorable por razón de uno de los rasgos o características protegidos, aunque no concurren en ella misma, si el motivo del trato menos favorable se fundamenta en dicha característica. En el mencionado asunto Coleman, en el que la Gran Sala aborda en concreto un supuesto de discriminación por razón de discapacidad, se declara que los objetivos y el efecto útil de esta Directiva «se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa

establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado» (ap. 48).

De igual forma, la STEDH 22/03/16, asunto Guberina contra Croacia , párrafo 79, mantiene que el trato menos favorable recibido por el recurrente por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna.

En esta doctrina jurisprudencial europea -recogida por el propio TC- puede tener perfecto encaje la situación presente; y a la que nos veríamos abocados, porque la STC 108/2019, de 30/Septiembre, F. 3, expresa que, para hacer efectiva la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 14 CE, es preciso una vez más «abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo», que es la raíz de la «discriminación refleja». Y decimos que tiene ajuste, pues al Sr. Alfonso se le trata de manera menos favorable (se despide) por motivo de uno de los rasgos o características protegidos (el parto o nacimiento de un hijo), que, pese a no concurrir en sí mismo (ni ha estado embarazado ni ha dado a luz, aunque es ciertamente padre ya) , el motivo del trato menos favorable se ha fundamentado en dicha característica, pues -precisamente- su despido se ha producido por el hecho del embarazo - parto de su mujer y todas las consecuencias que se puedan derivar del mismo (permisos, bajas, etc.); por lo que ciertamente nos encontramos ante un despido por discriminación refleja, habida cuenta que se vulneró el derecho del recurrente a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (embarazo), dado que le sería proyectable -indirectamente- la protección otorgada por el artículo 55.5 ET, sin que se haya aportado prueba alguna por la empresa de las circunstancias del último párrafo de este precepto («[l]o establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados»), como ya hemos razonado en el número anterior de este Fundamento. La actuación de su empleadora le ocasionó una discriminación contraria al artículo 14 CE, en tanto que deriva de la aplicación de un criterio directamente discriminatorio por razón de sexo de su mujer embarazada, que, a su vez, proyecta efectos perjudiciales en el patrimonio jurídico del actor, al despedirlo sin otra causa que la espuria y proscrita por el artículo 55 ET.

Cuarto.

1. El otro suplico del recurso es la indemnización que se anuda a esa vulneración de un derecho fundamental (vulneración del artículo 14 CE), pero que carece de denuncia jurídica; sin embargo, no olvidemos que «la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido» (STC 247/2006, de 24/Julio), por lo que la infracción de un derecho fundamental conlleva el derecho a su resarcimiento vía indemnización. Se entienda actualmente por la jurisprudencia (SSTS 15/02/12 -rco 670/11-; 08/07/14 -rco 282/13-; 02/02/15 -rco 279/13-; y 19/12/17 -rcud 624/16-) que el recurso a las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS es idóneo y razonable, por lo que estimamos más adecuado acudir a dicha regulación, por las propias dificultades objetivas para cuantificar la vulneración de un derecho fundamental, sin perjuicio de ponderar todas las circunstancias concurrentes.

En este aspecto, hemos de recordar que las SSTS 24/01/17 -rcud 1092/15-; 19/12/17 -rcud 624/16-; 13/12/18 -rco 3/18-; 09/12/20 -rco 92/19-; 03/02/21 -rco 36/19-; y 09/02/21 -rcud 113/19- apuntalan el criterio de que la propia lesión del derecho (garantía de indemnidad) comporta daño indemnizable, sin necesidad de que se acredite concreto indicio o base del daño, aparte de que el artículo 183.2 LJS atribuye a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica restitutio in integrum), sino también la de prevención general. En palabras de la jurisprudencia: «la evolución que nuestra doctrina ha tenido en la materia de que tratamos -indemnización por daño moral en la infracción de derechos fundamentales- y que ha comportado el abandono del criterio que representa la decisión de contraste, para situarnos en la doctrina aplicada por la sentencia recurrida, tal como ha quedado expuesto en multitud de resoluciones (así, sirvan de ejemplo las SSTS 02/02/15 -rco 279/13-; 05/02/15 -rco 77/14-; 13/07/15 -rco 221/14-; 18/05/16 -rco 37/15-; 02/11/16 -rco 262/15-; 26/04/16 -rco 113/15-; 18/05/16 -rco 150/15-; 24/01/17 -rcud 1902/15-; y 05/10/17 -rcud 2497/16-), y cuyo criterio seguiremos a continuación, reproduciendo párrafos de la STS 02/02/15 [rco 279/13]. [...] Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92-; y 08/05/95 -rco 1319/94-), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena [SSTS 22/07/96 -rco 7880/95-; ... 11/06/12 -rcud 3336/11-; y 15/04/13 -rcud 1114/12-]. Pero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio

aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06-], y por la consideración acerca de la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, 'diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio' de la aplicación de parámetros objetivos, pues 'los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados 'no tienen directa o secuencialmente una traducción económica' [SSTS/Iª 27/07/06 Ar. 6548 ; y 28/02/08 -rec. 110/01-]" [SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11-]. Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS, precepto para el que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- "en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada". Criterios a los que ciertamente se adelantaba la Sala al afirmar que "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ..." (SSTS 12/12/07 -rco 25/07-; y 18/07/12 -rco 126/11-). [...] Añadamos a tales afirmaciones las llevadas a cabo - entre otras- en la STS 13/07/15 [rco 221/14], respecto de que "... al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala que '[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima ..., así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño'. Con ello es claro que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atentar contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica restitutio in integrum], sino también la de prevención general". Y que "... la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [STC 247/2006, de 24/Julio], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 -rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13-; y 02/02/15 -rco 279/13-). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente"».

2. La infracción podría encajarse en el artículo 8.12 LISOS, infracción muy grave, («12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación»), a la que va anudada una sanción del artículo 40.1.c), que nos conducen a calificarla en el grado mínimo (de 6.251 a 25.000 €) y a considerar que una indemnización de 6.251€ - que es la solicitada- es lo adecuado a las circunstancias concurrentes al caso concreto. En consecuencia,

FALLAMOS

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por don Alfonso, revocamos la sentencia que con fecha 15/10/20 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Orense, y acogiendo la demanda declaramos nulo el despido del actor llevado a cabo con efectos del 22/04/20 y, en consecuencia, condenamos a la empresa « DIRECCION000» a la inmediata readmisión del trabajadora en las mismas condiciones laborales que tenía a fecha del despido y a abonarle los salarios dejados de percibir desde entonces y hasta su efectiva reincorporación al puesto de trabajo, a razón de un salario diario de TREINTA Y CINCO EUROS Y DOS CÉNTIMOS (35,02€), así como a abonarle una indemnización por daño moral de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS (6.251€).

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.

RTSS. CEF