



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de mayo de 2021)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

Exclusión del complemento por aportación demográfica a mujeres que se jubilaron anticipadamente por voluntad propia: la Directiva 79/7/CE no garantiza el principio de igualdad entre personas del mismo sexo

Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Discriminación por razón de sexo. Complemento por aportación demográfica. Normativa nacional que concede un complemento de pensión por maternidad a mujeres que hayan tenido determinado número de hijos. Exclusión de dicho complemento a mujeres que se jubilan anticipadamente por voluntad propia. Solicitante con tres hijos. **STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18**, que consideró que el artículo 60 del TRLGSS constituye una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por la Directiva 79/7/CE.

El concepto de discriminación directa por razón de sexo comprenderá cualquier situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable. De ello se deduce que, para que una discriminación directa pueda serlo «por razón de sexo», es preciso que la persona sea tratada de manera desfavorable por pertenecer al sexo masculino o al sexo femenino. La Directiva 79/7/CE tiene por objeto, de acuerdo con su artículo 1, la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. En consecuencia, el concepto de discriminación por razón de sexo que figura en su artículo 4.1 solo puede referirse a los casos de discriminación entre trabajadores de sexo masculino, por una parte, y trabajadoras de sexo femenino, por otra. Siendo ello así, no puede interpretarse que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CE constituya una disposición de derecho de la Unión que garantice la igualdad de trato en todo su sentido más amplio, es decir, también entre personas de un mismo sexo. Bien al contrario, el concepto de discriminación directa por razón de sexo que contempla dicha disposición presupone una situación en que se trate a ciertos trabajadores de manera menos favorable por pertenecer al sexo masculino o femenino con respecto al trato que recibirían en una situación comparable otros trabajadores del sexo opuesto. Por tanto, la Directiva 79/7/CE no puede aplicarse a la situación aquí contemplada, ya que el criterio en virtud del que se deniega el complemento de pensión por maternidad a las mujeres que se jubilan anticipadamente por voluntad propia no se vincula al sexo de la trabajadora afectada, sino a las condiciones en las que esta accede a la jubilación, así que el supuesto trato discriminatorio no se produce «por razón de sexo». Además, la situación de que se trata no atañe a una discriminación entre trabajadores de sexo masculino, por una parte, y trabajadoras de sexo femenino, por otra, sino a una supuesta quiebra de la igualdad de trato entre trabajadoras de sexo femenino. Siendo ello así, ha de entenderse que la situación controvertida en el litigio principal no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CE.

(STJUE de 12 de mayo de 2021, asunto C-130/20)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Accidente de trabajo ocurrido en una contrata. La reclamación de indemnización por daños y perjuicios frente al empresario empleador no interrumpe la prescripción respecto de la acción ejercitada contra el empresario principal

Accidente de trabajo ocurrido en una contrata siendo el trabajador empleado de la contratista. Reclamación de indemnización por daños y perjuicios. Responsabilidad solidaria. Interrupción de la prescripción respecto de la empresa contratante al reclamarse inicialmente solo contra la empresa empleadora.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen entre la solidaridad propia y la impropia. La primera, regulada en nuestro Código Civil (CC) (arts. 1.137 y ss.), viene impuesta, con carácter predeterminado, por la propia ley o por el contrato. En cambio, la impropia dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. Es reiterada la jurisprudencia que declara que existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. Esta responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena. Se trata de una responsabilidad *in solidum* (con carácter solidario), que obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades. La diferenciación es relevante a la hora de determinar las causas que interrumpen la prescripción de la obligación del deudor solidario, ya que el artículo 1.974.1 del CC no se aplica en los supuestos de responsabilidad solidaria impropia, lo que comporta que la interrupción de la prescripción por el ejercicio de la acción solo aproveche frente al deudor a quien se reclama. La individualización de la conducta de cada responsable y de las consecuencias de la misma en la producción y efectos del accidente resulta clave para la determinación de la responsabilidad civil cuyo fundamento es que tal responsabilidad no existe sin culpa o negligencia. En el caso de la empleadora resulta imprescindible reconocer un incumplimiento contractual conectado necesariamente con el siniestro. En el caso de la empresa comitente, su responsabilidad será exigible cuando su conducta, por acción u omisión, haya provocado o contribuido a su producción; esto es, tenga conexión con el accidente. Cuando ambas conductas, como es el caso examinado, han contribuido a la producción del daño y no se puede, o es de imposible o difícil concreción la delimitación de cada contribución, la responsabilidad será solidaria y su origen la propia sentencia de condena. Se trata de supuestos en los que no es posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de los sujetos en la causación del daño, por lo que la solidaridad la crea la sentencia cuando la conducta de varios partícipes ha contribuido a los efectos ruínógenos y no se han podido cuantificar las cuotas de contribución. En definitiva, al contrario de lo que sucede en la responsabilidad administrativa y en la responsabilidad sobre el recargo de prestaciones de Seguridad Social en las que la solidaridad viene impuesta legalmente en supuestos de subcontratación (arts. 42.3 LISOS y 42.2 ET), en materia de responsabilidad civil la solidaridad solo puede deducirse de la concurrencia de culpas en el origen del accidente, sin que exista norma que así lo imponga. Lo expuesto lleva a la conclusión de que en el presente caso nos hallamos ante un claro supuesto de solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única que no tiene su origen en la ley ni en pacto expreso o implícito entre las partes, sino que nace con la sentencia de condena. La consecuencia de tal calificación es la inaplicación del artículo 1.974 del CC y, por tanto, que la reclamación efectuada ante el empresario empleador no interrumpe la prescripción respecto de la acción ejercitada contra el empresario principal, por lo que resulta evidente que cuando el actor reclamó contra el empresario principal su acción estaba ya prescrita por haber transcurrido más de 1 año desde que la acción pudo ejercitarse. Sala General. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 2021, rec. núm. 2611/2018)

Vulneración del derecho de huelga. La empresa es responsable de los actos de sustitución interna de los huelguistas realizados por sus responsables de área o sección, aun cuando no los conociera ni aprobara

BSH Electrodomésticos España, SA. Vulneración del derecho de huelga. Esquirolaje interno. Trabajadores, responsables de área, que sustituyen a los huelguistas realizando sus funciones, sin haber recibido órdenes ni instrucciones de la empresa en tal sentido.

El empresario, titular de la organización productiva y del poder de dirección (que por supuesto ejerce también sobre directivos y mandos intermedios), es, además, como contratante de la prestación, quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa. Que el ejercicio del poder directivo se delegue a menudo, en particular cuando la organización empresarial crece en complejidad, y que esa delegación genere una suerte de mando indirecto no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina, como es obvio, una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues ello supondría, en casos como el que se enjuicia, favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales. En definitiva, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la Constitución y en legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que estas no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos. El entendimiento sostenido por la resolución recurrida desenfoca, pues, la realidad del conflicto laboral, sus protagonistas y sus efectos, pues no son los mandos intermedios los sujetos comprometidos en el conflicto, sino quienes son parte en la contratación laboral. Por otro lado, la responsabilidad empresarial, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores, no se limita a las consecuencias de la propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan. Como es sabido, los derechos fundamentales de una persona trabajadora pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario en la relación laboral, en tanto intervenga o interactúe con él «en conexión directa con la relación laboral». El empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco. La omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse vulnera el artículo 28.2 de la Constitución. En cualquier caso, no es relevante la escasa repercusión que los actos de sustitución de los huelguistas puedan tener en el supuesto concreto. Aunque sean mermas reducidas o incluso insignificantes de la efectividad de la huelga, el caso es que se trata de actos de sustitución de los huelguistas.

(STS, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2021, rec. núm. 4984/2018)

Jubilación parcial y contrato de relevo. No es exigible formalizar un nuevo contrato de trabajo temporal en el caso de jubilación anticipada del trabajador relevado

Jubilación parcial y contrato de relevo. Trabajadora relevada que accede a la jubilación anticipada a los 64 años. Empresa que procede a ampliar la jornada de la demandante al 100 % sin firmar un nuevo contrato, cesándola 1 año después en fecha coincidente con la de la jubilación ordinaria de la trabajadora sustituida. Inexistencia de despido improcedente por fraude de ley.

El contrato de relevo y la situación de jubilación con empleo parcial no dependen funcionalmente entre sí, extendiéndose la obligación empresarial de mantener el volumen de empleo hasta que el jubilado parcial o trabajador relevado alcance la edad que le permita acceder a la jubilación. De igual forma, la distorsión temporal del trabajo no afecta al contrato de relevo ni al derecho a la jubilación del relevado, siempre que se cumplan los requisitos básicos de la institución. Y ello



► es lo que sucede en el presente caso respecto a la obligación de mantener el volumen de empleo, sin perjuicio alguno ni al derecho a la jubilación, ni a la Seguridad Social, ni al propio relevado. El contrato de relevo tiene una duración temporal concreta, y mientras no llegue el acontecimiento de la jubilación ordinaria del trabajador relevado, no se puede dar por extinguido. La originaria conexión de los contratos del relevado y el contrato de relevo es solamente externa y no determina una estricta dependencia funcional entre el contrato de relevo y la situación de jubilación-empleo parcial, como lo constata que el artículo 12.7 b) del ET desvincule la duración del contrato del relevista, señalando que ha de ser indefinido o, como mínimo, hasta que el relevado alcance la edad de 65 años. En el presente caso, el *iter* seguido en la contratación no es contrario a la regulación legal. Se ha respetado la finalidad de la institución del contrato de relevo, que finalizó cuando el relevado alcanzó la edad ordinaria de jubilación, con la ampliación de la jornada desde la jubilación anticipada, sin causar perjuicio alguno. Razones todas ellas que impiden apreciar que estemos ante una situación de fraude, ni tampoco estimar que estemos ante un despido que haya de calificarse como improcedente como pretende la parte actora, ahora recurrente.

(STS, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2021, rec. núm. 2392/2019)

Sentencia firme que reconoce el derecho, en relación con un determinado periodo, a una gratificación por funciones docentes. Despliega el efecto positivo de cosa juzgada respecto de otros periodos de tiempo en que se asumieron dichos cometidos

ADIF. Mandos intermedios. Reclamación de cantidad clave 113 (gratificación docente). Preexistencia de una sentencia firme que reconoce el derecho de los trabajadores a percibir, en relación con un determinado periodo, una gratificación por razón del desarrollo en la empresa de funciones formativas. Despliegue del efecto positivo de la cosa juzgada en los procesos subsiguientes seguidos por los mismos trabajadores en la empresa y en relación con otros periodos de tiempo en los que se han asumido los citados cometidos.

Es preciso distinguir entre el efecto negativo y el positivo de la cosa juzgada, así, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, mientras que para el primero es necesaria la concurrencia de las tres identidades –sujetos, objeto y fundamento de la pretensión–, para el segundo es suficiente la identidad de los sujetos y una conexión entre los pronunciamientos que no requiere una completa identidad en el objeto de la pretensión, que en realidad excluiría el segundo proceso. Basta para el efecto positivo que lo decidido en el primer proceso actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona vinculándolo a lo ya fallado. Por ello, como dice nuestra [Sentencia de 29 de mayo de 1995 \(rec. núm. 2820/94\)](#), «no es necesario que la identidad exista en todos los componentes de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concorra la más perfecta igualdad, es suficiente con que se haya producido una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial que ha de dictarse en el nuevo juicio» y añade esta sentencia que «esto no significa que lo resuelto en el pleito anterior sea inmodificable indefinidamente, pues, si cambian las circunstancias, no opera la presunción legal, pero, en caso de no producirse esta alteración, se produce la eficacia material de la cosa juzgada». Esta doctrina es de aplicación al supuesto enjuiciado en que los demandantes reclaman una gratificación por formación (clave 113), referida al periodo de febrero de 2016 a diciembre de 2016 en que han impartido horas de formación. Consta que a los actores les fue reconocido el derecho a percibir la gratificación de formación correspondiente al periodo comprendido entre enero y diciembre de 2014 por sentencia firme del Juzgado de lo Social y, asimismo, que les fue reconocido el derecho a percibir la gratificación de formación correspondiente al periodo comprendido entre febrero de 2015 y enero de 2016 también por sentencia del Juzgado de lo Social. Por ello, ha de operar el efecto positivo de la cosa juzgada, en tanto que no se ha producido variación alguna en el derecho, sin que la variación en el periodo reclamado desvirtúe tal circunstancia.

(STS, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2021, rec. núm. 3397/2019)

Desempleo. Impugnación de sanción que extingue la prestación. Puede accederse al recurso de suplicación si el gravamen supera los 3.000 euros

Desempleo. Acceso al recurso de suplicación cuando el objeto del litigio es la impugnación de una sanción administrativa consistente en la pérdida de la prestación y devolución de cantidades indebidamente percibidas.

Si lo que se impugna son actos administrativos en materia laboral o de Seguridad Social se atiende, a los efectos del recurso, al contenido económico de la prestación o del acto objeto del proceso, en su caso, en cómputo anual; al valor económico de lo reclamado o a la diferencia con lo reconocido en vía administrativa, cuando lo que se pretende es el reconocimiento de un derecho o de una situación jurídica individualizada; y al contenido económico del acto cuya anulación se pretende, incluidos los actos de carácter sancionador, como el que nos ocupa. Debe señalarse que, en el caso de impugnación por el beneficiario de prestaciones de Seguridad Social del acto administrativo sancionador que impone la extinción de aquellas como sanción, cuando se pretenda la anulación del acto, el acceso al recurso de suplicación vendrá determinado por la regla del artículo 191.2 g) de la LRJS, es decir, resulta preciso que el gravamen para el sancionado, el contenido económico de la propia sanción, supere los 3.000 euros previstos en esa norma general, y ello porque la determinación de la cuantía en estos casos y a efectos del recurso de suplicación viene regulada específicamente en el artículo 192.4 de la LRJS, en el que se dice que «cuando se pretenda la anulación de un acto, incluidos los de carácter sancionador se atenderá al contenido económico del mismo». Por tanto, hay que tener en cuenta que, en orden a la correcta aplicación de las reglas de determinación de la cuantía que desgrana el artículo 192.4 de la LRJS, cuando se trata de una sanción de suspensión o extinción del derecho a seguir percibiendo la prestación de Seguridad Social ya reconocida, ha de atenderse al singular contenido económico del acto sancionador, que debe quedar definido por la repercusión económica que comporta para el beneficiario la suspensión o extinción de la prestación, por ser la forma más adecuada de valorar su contenido económico en razón del gravamen que le supone la extinción del derecho o, en su caso, la suspensión. Es errónea, por tanto, la doctrina que establece que no procede la suplicación porque el importe económico del acto cuya revocación se pretendió en la demanda no llegaba a los 18.000 euros.

(STS, Sala de lo Social, de 29 de abril de 2021, rec. núm. 1731/2018)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA -GUÍA-

Trabajadoras incluidas en ERTE: su designación, por aparentes criterios objetivos alcanzados en periodo de consultas, genera indemnización si son discriminatorios por no ser neutros

ERTE. Suspensión de contratos. Derecho a la igualdad y no discriminación. Trabajadoras que entienden discriminatoria su adscripción no rotatoria a la medida adoptada por la empresa al encontrarse todas ellas en situación de reducción de jornada por guarda legal. Decisión empresarial de suspensión amparada en un acuerdo alcanzado tras periodo de consultas, el cual sustenta la medida en función de criterios objetivos (adscripción a centro de trabajo, mantenimiento de la estructura de trabajo, estructura mínima por planta, formación, idiomas –inglés–, antigüedad, edad).

A la vista de este resultado en la aplicación de tal ERTE, considera la sala que ello ya constituye un indicio de discriminación, al afectar la medida en su versión más perjudicial, esto es, el ERTE suspensivo en forma no rotatoria, de manera





especial en cuanto al número de personas afectadas, a las mujeres en situación de reducción de jornada. A pesar de que los criterios fueron acordados con la representación de la plantilla, sin embargo, no se comparte la objetividad de los criterios, pues la empresa no ha logrado destruir o desvirtuar los indicios aportados. Así, entiende la sala que por más que hubiera unos criterios para la aplicación del ERTE, ello no es suficiente para justificar la medida empresarial impugnada. En efecto, entiende que no se ha hecho esfuerzo alguno en justificar el interés empresarial en que los criterios tuvieran que ser los previstos y por ese orden. Ello supone que no se justifica la razonabilidad, proporcionalidad y objetividad de la medida. La existencia de unos criterios para la designación de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE, por más que estos estén predeterminados y hayan sido pactados en el periodo de consultas, no supone que los mismos sean absolutamente objetivos ni los únicos criterios posibles ni, menos aún, que resulten neutros ni irrelevantes, no solo en su concepción y descripción, sino también en el resultado de su aplicación. Resultado que es el que ya hemos reiterado, que surge de la estricta observancia de tales criterios, pero que no cabe considerar, a la luz de tal resultado, que sea una mera coincidencia casual imprevista. Siendo de reseñar que sobre la bondad y neutralidad real de estos criterios no se ha argumentado por parte de la demandada. Por ejemplificar este planteamiento, se desconoce qué formación ha sido valorada o por qué el conocimiento de idiomas y, particularmente, el inglés, son relevantes. Sin embargo, sí que se conoce el resultado de la asignación de tales criterios. Por tanto, estos criterios, dado su resultado aplicativo, no son neutros, sino que han generado un claro resultado peyorativo para las demandantes y otras trabajadoras. **Indemnización.** Se reconocen 6.251 euros a cada trabajadora considerada discriminada.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 11 de mayo de 2021, rec. núm. 618/2021)

Violencia contra la mujer en el ámbito laboral. Basta un solo acto (verbal, gestual o físico) de carácter sexual para que el despido sea declarado procedente

Despido disciplinario. Derecho a la dignidad y a la intimidad. Acoso sexual. Acoso moral (mobbing). Protocolo antiacoso previsto en el convenio colectivo aplicable.

Aun cuando la doctrina judicial viene considerando el llamado acoso laboral como una conducta reiterada y sistemática de ataque a la dignidad del trabajador, en el acoso sexual estamos en el ámbito de las conductas discriminatorias, tratándose de un supuesto de violencia contra la mujer en el ámbito laboral. Basta, por lo tanto, con un solo acto (verbal, gestual o físico) de carácter sexual. Cumple con tales características el comportamiento del demandante con una compañera de trabajo, tanto al cogerle la mano, como al intentar besarla, con evidente lesión de su intimidad y libertad sexual. En el caso analizado, el trabajador despedido denuncia infracción por no aplicación de lo dispuesto en el anexo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo del Convenio colectivo para estaciones de servicio (BOE de 19 de octubre de 2017), en concordancia con los artículos 15 y 24.1 de la Constitución, argumentando que tal protocolo exige una audiencia imparcial y tal procedimiento no fue seguido, sino que se le entregó sorpresivamente la carta de despido y que, si bien la juzgadora de instancia entró a analizar la denunciada infracción de la garantía de indemnidad, no resuelve sobre la alegación de indefensión. Sin embargo, no existe en el convenio citado previsión de obligado seguimiento de un procedimiento o expediente previo al despido, lo que en todo caso no daría lugar a la declaración de nulidad, sino a la improcedencia por defectos de forma ex artículo 55.1 y 4 del ET. En todo caso, se trata de medidas contra el acoso pactadas con base en lo previsto en el artículo 48.1 de la Ley orgánica 3/2007, pero en el mismo no se insta un procedimiento obligado para las empresas; es más, lo que señala su punto 5 es que: «Se faculta a la Comisión Nacional de Seguridad, Salud y Medio Ambiente de Estaciones de Servicio para la puesta en práctica de este acuerdo. Las funciones de esta Comisión serán: - Establecer posibles procedimientos tipo que sirvan para orientar la solución de los conflictos de acoso». En razón de lo expuesto, el recurso debe fracasar.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2019, rec. núm. 4538/2019)

Despidos objetivos sin causa a raíz de la pandemia ocasionada por la COVID-19. No pueden sancionarse con la nulidad

Despido objetivo. Causas organizativas. Cese que se produce durante el estado de alarma a raíz de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 (estando ya vigente el art. 2 del RDL 9/2020) en el que se expresa como causa la ineficiencia que supone mantener el puesto de trabajo del actor. Solicitud de nulidad.

Señala el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020 que la fuerza mayor y las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 18 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido. Este artículo es oscuro y guarda silencio sobre si el incumplimiento de la prohibición en él expresada ha de implicar la declaración de improcedencia o nulidad de la extinción del contrato de trabajo acordada por el empleador en el ámbito de la pandemia. El precepto estudiado lo que pretende es impedir que la empresa extinga válidamente un contrato por causas objetivas relacionadas con esa situación que podrían haber motivado la suspensión del contrato o la reducción de jornada a través de los mecanismos de flexibilidad interna dispuestos en la normativa excepcional COVID-19. Pero no puede colegirse, sin soporte expreso auténtico, la declaración de que la extinción es constitutiva de despido nulo, ya que el dador de la norma bien pudo anudar tal consecuencia de forma expresa y no lo hizo. En el supuesto que nos ocupa, la empleadora demandada no puso fin a la relación laboral con el trabajador con fundamento en causa hábil y legítima, con lo que el despido no podía nunca ser declarado procedente. También es conforme que la extinción está materialmente vinculada a objetiva circunstancia derivada de la crisis COVID, por lo que aquella lo es con contravención de la prohibición expresa que disciplina el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020. Pero el que esto sea así no determina la nulidad del despido. Por ello, la duda hermenéutica, cuando concurren causas objetivas vinculadas a la crisis sanitaria, se sitúa entre la declaración de improcedencia por no poder, en la excepcionalidad, utilizar las mismas para la hábil y lícita extinción, o la de procedencia del despido, en función de si existe o no causa para el cese. Y no entre la declaración de nulidad o improcedencia, porque sobre esto nada dice el dador de la norma. Si no se prevé por la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el artículo 6.3 del CC que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas. La consecuencia que el instituto del fraude de ley impone como sanción a la prohibición del artículo 2 es que, como la extinción objetiva no puede estar amparada en causa legal, la falta de causalidad del cese, a falta de revisión estructural o temporal y coetánea a la legislación especial COVID-19, determina su improcedencia. Quizás la razón por la que el legislador no ha establecido la declaración de nulidad de los despidos es porque, estructuralizada la crisis sanitaria y las circunstancias socioeconómicas vinculadas, salvo supuestos de extinciones por causa disciplinaria, difícil va a ser encontrar ceses que no estén relacionados con la pandemia en los términos del citado artículo 2, por lo que la generalización en el deber de readmisión obligatoria como modo de rechazar la conducta empresarial fraudulenta abocaría a las empresas, que en otras condiciones serían viables afrontando las consecuencias de algunos despidos que pudiesen ser declarados improcedentes, a su desaparición en vía fáctica, lo que defraudaría la verdadera teleología del mantenimiento del empleo. Es correcta la calificación del despido como improcedente y no nulo que contiene la sentencia recurrida y, por ello, debe ser confirmada. **Intereses moratorios.** La indemnización legal por despido fijada en la sentencia no devenga intereses moratorios, ya que aquella no es deuda líquida, vencida y exigible desde el mismo momento en que el despido se produce. Es necesario pronunciamiento judicial firme que declare el despido improcedente y que la empleadora condenada ejercite en tiempo y forma hábil la opción por la extinción. Finalmente, en cuanto a la cuantía de la indemnización por despido, se impugna la suma global de 60.000 euros fijada por el juzgador de instancia, al entender que se produjo violación del artículo 10 del Convenio 158 de la OIT. Hay que recordar que en el ámbito del contrato de trabajo se consagra un régimen específico de resarcimiento cuyo alcance se fija de manera objetiva y tasada, salvo que la decisión extintiva haya sido adoptada por motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales. En el caso analizado, se estimó que la indemnización legal no tendría efectos disuasorios ni sería adecuada, lo que iría en contra del Convenio 158 de la OIT y de la Carta Social Europea, por lo que se primó a la norma internacional sobre la nacional. Sin embargo, estima el tribunal que para que puedan superarse los límites legales es necesaria la concurrencia de dos requisitos coincidentes: la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización, por resultar manifiestamente exigua, y que sea clara y evidente la existencia





de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato. En todo caso, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad, para preservar la igualdad de partes, y a falta de que el trabajador hubiese alegado los concretos daños y perjuicios y que estos se hubieran acreditado, debe fijarse el *quantum* indemnizatorio en 4.219,18 euros, ya que la solución al conflicto no puede estar basada en simple voluntarismo de equidad.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de abril de 2021, rec. núm. 5233/2020)

Despido por ser padre: el TSJ de Galicia declara su nulidad y se afianza en la discriminación refleja

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), 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 protegidos (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), 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 (párrafo 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 de 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 ET, 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 de la Constitución, 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 ET. **Indemnización.** Se condena a una indemnización de 6.251 euros por daños morales.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2021, rec. núm. 754/2021)