

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Jorge Baquero Aguilar (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

¿Serán los futuros padres un nuevo colectivo especialmente vulnerable frente a un eventual despido? A propósito de la STSJ Madrid 21 marzo 2022

Carolina MARTÍNEZ MORENO*

RESUMEN: Históricamente ha sido la mujer la persona trabajadora que ha padecido en mayor medida el riesgo de ser objeto de un despido injusto o de un trato peyorativo en sus derechos laborales por motivos derivados de su condición biológica de madre potencial o actual, así como de la asunción de las obligaciones de cuidado derivadas de la maternidad. Sin embargo, con la reciente plena equiparación de derechos entre ambos progenitores que supone la sustitución de los permisos de maternidad y paternidad por los de nacimiento y cuidado del menor a raíz del RD-Ley 6/2019, no se puede descartar que esos mismos riesgos se trasladen al futuro padre o progenitor no biológico. De ahí surge la duda del tipo de tutela antidiscriminatoria que se ha de proporcionar a ese otro progenitor.

Palabras clave: Maternidad, paternidad, despido, discriminación, prueba indiciaria, tutela judicial.

SUMARIO: 1. Las circunstancias del caso. 2. La respuesta que da la Sala del TSJ de Madrid. 3. La existencia de doctrina judicial contradictoria. 4. Una conclusión crítica, una consideración sobre la necesidad de una doctrina unificada y una propuesta interpretativa expansiva de la tutela reforzada para los futuros padres. 5. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad d'Uviéu (España).

Will Future Parents Be a New Group That Is Especially Vulnerable to Possible Dismissal? Regarding the JSCJ Madrid 21 March 2022

ABSTRACT: Historically, women have been the working person who has suffered to a greater extent the risk of being subject to unfair dismissal or pejorative treatment in terms of their labour rights for reasons derived from their biological condition as potential or current mother, as well as from the assumption of the care obligations derived from maternity. However, with the recent full equalization of rights between both parents, which involves the substitution of maternity and paternity leaves by those for birth and care of the child as a result of Royal Decree-Law No. 6/2019, it cannot be ruled out that these same risks will be transferred to the future father or non-biological parent. Hence the question of the type of anti-discriminatory protection that must be provided to that other parent.

Key Words: Maternity, paternity, dismissal, discrimination, circumstantial evidence, judicial protection.

1. Las circunstancias del caso

La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 21 marzo 2022 (rec. 72/2022) que da pie al presente comentario recayó en un procedimiento de despido, y desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora frente a la resolución judicial de instancia, que había estimado en parte la demanda formulada por el trabajador y declarado el despido improcedente. Lo que se suscita a continuación es si el despido hubiera merecido la calificación de nulo.

El demandante desempeñaba en la empresa desde enero de 2019 el puesto de trabajo de director de operaciones para Europa Central, desarrollando su actividad desde su domicilio en Alemania. Y con fecha de efectos de 28 de septiembre de 2020 recibió comunicación escrita de despido por causas objetivas, habiendo percibido en concepto de indemnización la cantidad de 11.000 euros. Se da la circunstancia de que la empresa era conocedora en el momento del despido de que el actor iba a ser padre. Parece, no obstante – aunque el asunto no queda del todo claro en el relato de hechos probados, que tampoco se logran alterar pese a pedirlo el demandante en el recurso de suplicación –, que el interesado ni siquiera había solicitado ni tenido la oportunidad de iniciar el disfrute del permiso por paternidad. Consta asimismo que en la empresa no se ha despedido a otros trabajadores que fueran a ser padres.

Lo que el recurrente plantea en suplicación es, como se anunciaba hace un momento, que se declare el despido nulo por vulneración de derechos fundamentales. Con independencia de la pretensión referida a la revisión de los hechos probados, que versa sobre si la empresa había derivado al actor a una gestoría con el fin de que tramitara su permiso – pretensión revisora que es desestimada –, lo que el trabajador esgrime es que, no siendo el permiso por paternidad renunciable, y conociendo la empresa que obviamente habría de disfrutar del mismo, es esta la circunstancia que en realidad motiva la decisión extintiva adoptada. El despido, pues, debiera haberse calificado como nulo y no como meramente improcedente.

2. La respuesta que da la Sala del TSJ de Madrid

Se anticipa ya que la Sala de suplicación concluirá en el presente caso desestimando el recurso interpuesto por el trabajador y confirmando la decisión adoptada en la instancia. Esto es, descartando que pudiera tratarse de un despido nulo a resultas del carácter discriminatorio de la decisión o de la existencia de lesión alguna de derechos fundamentales del demandante

y recurrente en suplicación. Interesa ahora examinar con detalle los argumentos que llevan a la Sala a esta conclusión.

Por de pronto, uno de los razonamientos de partida es que el trabajador no está obligado a solicitar el permiso, ni siquiera tras la modificación introducida en el art. 48.4 ET por el RD-Ley 6/2019; más aún, se afirma que el derecho del padre al permiso es renunciabile. Por todo lo cual, cuando la empresa decide despedirle sabía que iba a ser padre, pero no si hubiera tenido el propósito de hacer uso del permiso de paternidad o, por el contrario, de renunciar a su disfrute.

La segunda línea argumental gira en torno a la posible vulneración del art. 53 ET en relación con el art. 14 CE, y para fundamentar un eventual trato discriminatorio por aplicación de la doctrina de la discriminación refleja o por asociación¹ se invoca por la parte recurrente la STSJ Galicia 16 abril 2021 (rec. 754/2021), la STC n. 71/2020 y la STEDH 22 marzo 2016.

La Sala de suplicación considera, en primer lugar, que la tutela antidiscriminatoria consistente en la nulidad objetiva y automática de un despido sin causa en los supuestos de embarazo y circunstancias relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral no alcanza – al contrario de lo que ocurre con la madre gestante – a una futura paternidad. Que para el padre o progenitor no gestante esa especial tutela no surge sino con el inicio de la suspensión del contrato de trabajo, o la “solicitud expresa” de los permisos o excedencias previstos en los arts. 37, apartados 4, 5 y 6, y 46.3 ET. Y que el trabajador despedido no se encontraba en ninguna de esas situaciones.

Por lo que atañe a la discriminación por asociación o discriminación refleja por razón de sexo que derivaría de la conexión existente entre el despido del trabajador futuro padre y la inminente maternidad de su mujer, la Sala considera de aplicación lo dispuesto en el art. 181 LRJS sobre la prueba indiciaria. Cuestión respecto de la que la Sala de Madrid sí lleva a cabo una buena y clara síntesis doctrinal, recordando que la misma se articula en un doble plano, el primero consistente en la aportación o verificación por el demandante de un principio de prueba o prueba verosímil capaz de poner de manifiesto lo que se denuncia, y que no puede radicar en una mera alegación de la vulneración ni en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir o apreciar la posibilidad o verosimilitud de la existencia de la lesión con base en un hecho – más frecuentemente, en un conjunto de hechos – que deben ser acreditados². A partir de ahí – como

¹ Imprescindible a este respecto el estudio de la profesora Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, 2021.

² *Vid.* STS 22 enero 2019 (rec. 3701/2016).

es bien sabido – surgiría para la parte demandada la carga de probar que su actuación se fundó en causas reales por completo extrañas a la pretendida vulneración. Y a este respecto, con apoyo en la doctrina constitucional que se cita³, se aclara también cuáles son los presupuestos para que la actividad probatoria desenvuelta por la parte demandada pueda tener el efecto deseado de neutralizar la denuncia de lesión de derechos fundamentales. A saber: no basta una genérica invocación de las facultades legales o convencionales de la empresa ni una igualmente genérica o vaga explicación de la medida adoptada; por el contrario, se debe acreditar para el caso concreto que la decisión o actuación empresarial está desconectada del derecho fundamental concernido; y proporcionar al juzgador la convicción de que las causas que concurren realmente son por completo ajenas al ejercicio del derecho o a la esfera del interés protegido.

En el asunto litigioso que se somete a su enjuiciamiento la Sala se limita a dar por buena la decisión adoptada en la instancia sobre la no apreciación de la existencia de indicios suficientes de lesión o discriminación, fundada a su vez en que el actor no hubiera solicitado el permiso de paternidad, puesto que aún no se había producido el nacimiento de su hijo. Ninguna consideración sobre el hecho de que ya se conociera la inminente paternidad del trabajador, y que constase igualmente que este último había pedido información a una trabajadora de la misma empresa, técnico de recursos humanos, sobre la tramitación del permiso de paternidad, lo que indica de manera bastante clara a mi juicio el propósito de solicitarlo o la posibilidad de que se procediera al efectivo disfrute del permiso. Aunque – como luego diré – este no me parezca un dato determinante para haber podido otorgar la tutela requerida. La Sala, en definitiva, coincide con el juzgador de instancia sobre la falta de relevancia de estas circunstancias para operar como indicios de la lesión o de la discriminación.

Y, en fin, sobre la modalidad o variante de la conducta discriminatoria conocida como discriminación por asociación o discriminación refleja, la Sala de Madrid muestra estar al tanto de la doctrina del TJ y del TEDH que la admite o constata cuando una persona es objeto de un trato desfavorable por su vinculación con otra que es la poseedora de alguno de los rasgos, condiciones o características protegidas por medio de la prohibición de discriminación basada en ellos⁴.

Pero, mediante una extraña finta, concluye que tampoco concurriría en este caso, puesto que la pareja embarazada del trabajador despedido no está

³ Vid. STC n. 20/2002, STC n. 98/2003 y STC n. 140/2014.

⁴ Con cita de la STS 29 enero 2020, y las STJUE 17 julio 2008, asunto C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law y Steve Law*, y STJUE 16 julio 2015, asunto C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*.

discriminada, y si lo hubiera estado hubiese dispuesto de la tutela más enérgica que se traduce en la nulidad automática y objetiva de un despido sin causa, de la que además el varón futuro padre no está necesitado, porque experimenta un supuesto menor riesgo frente al despido y – vuelve a insistir en ello – puede renunciar a los permisos, de modo que ninguna incidencia tendría la paternidad en su relación laboral.

3. La existencia de doctrina judicial contradictoria

No se trata en este momento de hacer un repaso exhaustivo de la doctrina de suplicación que existe con soluciones distintas y contradictorias con la que incorpora la sentencia objeto del presente comentario. Bastará con una mención a un par de sentencias relevantes o especialmente significativas a los efectos de poner en evidencia que otras soluciones diferentes, y a mi juicio más correctas y atinadas, son posibles.

El primero de los pronunciamientos de interés es el que se contiene en la citada STSJ Galicia 16 abril 2021⁵. Y su análisis es de especial utilidad por una sencilla razón, y es que se trata de una de las sentencias que la propia parte actora en el proceso del que trae causa la sentencia de Madrid que se comenta esgrime en suplicación en apoyo del recurso que articula frente a la sentencia desestimatoria recaída en la instancia.

El trabajador demandante en ese caso, que prestaba servicios para la empresa como conductor-repartidor, fue objeto de un despido disciplinario comunicado mediante carta fechada el 27 de abril de 2020, abonándole la empresa en esa misma fecha una cantidad en concepto de indemnización. Se da la circunstancia de que el mismo día del nacimiento de su hijo el trabajador fue dado de baja médica por enfermedad común con diagnóstico de apendicitis aguda con peritonitis localizada, aunque este dato no será de relevancia para la adopción de la solución final. Interpuesta demanda de despido, el mismo fue declarado improcedente en la instancia, pronunciamiento contra el que el actor interpone recurso de suplicación solicitando igualmente la declaración de nulidad.

En este caso la Sala de Galicia procede en primer lugar a admitir una revisión fáctica de las varias solicitadas con el fin de validar un mensaje de WhatsApp (texto de servicio de mensajería instantánea) para admitir que – bajo ciertas condiciones, en cuyo análisis no ha lugar entrar ahora – pueda

⁵ Puede verse una breve reseña a la misma en CEF – LABORAL SOCIAL, [TSJ. Despido por ser padre: el TSJ de Galicia declara su nulidad y se afianza en la discriminación refleja](#), en [www.laboral-social.com](#), 19 mayo 2021.

ser un medio documental hábil para fundamentar una revisión fáctica en suplicación⁶. Revisión que en el presente caso tiene por fin, justamente, incorporar a los antecedentes de hecho el dato de que la empresa tenía conocimiento de la próxima paternidad del actor cuando procedió a su despido.

La Sala analiza igualmente a continuación, en términos similares a los de la Sentencia de Madrid aunque con un repaso de doctrina constitucional aún más abundante y completo, el asunto de la distribución de la carga probatoria cuando se invoca la lesión de un derecho fundamental. En qué ha de consistir y con qué nivel de intensidad ha de llevarse a cabo la acreditación de los hechos indicativos de la probabilidad de la lesión, o la constatación de la presencia de un nexo causal adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma. Para concluir que, en el caso concreto, es posible apreciar la concurrencia de ese indicio o prueba verosímil, que es precisamente la existencia de una comunicación sobre el estado de gestación y el subsiguiente parto de la mujer del actor, el consecuente conocimiento por la empresa de la inminente paternidad del recurrente – que constituye, a juicio de la Sala, un dato innegable –, y la coincidencia en el tiempo de esos hechos y el despido. Un despido disciplinario en el que se invoca la causa consistente en la disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado que no ha sido objeto de prueba alguna, y que se acompaña además con el abono el mismo día de la notificación de la carta de despido de la indemnización correspondiente a un despido improcedente.

La solución para la Sala no puede ser otra que la de apreciar la existencia de un móvil discriminatorio consistente estrictamente en la condición de futuro padre del actor, por lo que el despido ha de ser declarado nulo con todos sus efectos, incluido al reconocimiento de una indemnización que resarza del daño moral ocasionado por la conducta empresarial. Resultado que habría de alcanzarse igualmente mediante la aplicación de la que se ha venido en llamar discriminación refleja⁷, y que – lo que es más relevante – comportaría a su vez que sobre el actor pudiera proyectarse indirectamente la protección reforzada del art. 55.5 ET.

El segundo pronunciamiento que reviste especial interés es el que incorpora la STSJ Madrid 7 febrero 2022 (rec. 964/2021). Y aquí la trascendencia estriba en que se trata de una sentencia de la propia Sala madrileña, dictada sólo unos pocos días antes, y que, respecto de un asunto en el que se suscita

⁶ Vid. STSJ Galicia 28 enero 2016 (rec. 4577/2015) y STS 23 julio 2020 (rec. 239/2018).

⁷ Vid. STC n. 71/2020, con cita asimismo de la sentencia *Coleman*, cit.; STEDH 22 marzo 2016, asunto *Guberina v. Croacia*.

la misma cuestión, llega a solución distinta. En el tramo final de esta breve reseña ahondaremos en esta – a nuestro juicio – anómala discrepancia.

En el caso, se trata de nuevo de un trabajador de una empresa, también con un puesto de alta cualificación, aunque él es el único que presta servicios en Madrid, mientras que el resto de sus compañeros trabajan en Alemania (este dato es irrelevante para el fondo del litigio, pero recuerda claramente la situación del actor en el supuesto de la sentencia de marzo que motiva esta anotación, que trabajaba desde Alemania). Otro elemento fáctico que difiere es que en este caso consta que en la empresa hay muchos empleados que disfrutan del permiso de paternidad, al tratarse de una plantilla joven (tal vez no se trata de la misma empresa); que en la intranet de la compañía consta toda la información sobre el disfrute de esos permisos y que parece ser que la empresa no opone obstáculo alguno a que puedan hacerlo efectivamente. Se hace notar que lejos de dificultar una comparación en términos de identidad sustancial entre los supuestos con vistas a un eventual recurso de casación unificadora, esta diferencia no haría sino reforzar la contradicción – contradicción *a fortiori* –, puesto que esas circunstancias, ese panorama permisivo, no impedirán a la Sala apreciar en este caso la existencia de un indicio suficiente de discriminación.

Pero sigamos con el resumen del relato fáctico. En octubre de 2020 el actor comunicó a su responsable en Madrid que iba a ser padre próximamente; y ese mismo día dicho responsable le remitió un pormenorizado correo informándole de sus derechos en relación con el nacimiento y el cuidado del menor. El siguiente 2 de diciembre el interesado remite otra comunicación a su superior jerárquico en la que indicaba ya la fecha prevista para el nacimiento así como los detalles relativos a la forma y el momento del disfrute del permiso de paternidad y también el de lactancia.

Como cada año, en el mes de enero del año 2021 la empresa procedió a la evaluación del desempeño del actor. Tras un prolijo y detallado compendio de las áreas y elementos evaluados, parece ser que la conclusión a la que la empresa llega es que el empleado no se encuentra en condiciones de seguir ocupando un puesto de analista orientado al tipo de negocio al que la empresa encauza su oferta de servicios, porque le falta motivación y perturba el trabajo de sus compañeros, lo que desemboca en un desempeño general insatisfactorio. Así que, por carta de 26 de enero siguiente la empresa le comunica su despido disciplinario al amparo de la letra e del art. 54 ET. También ese mismo día la responsable de recursos humanos se puso en comunicación con la presidenta del comité de empresa para hacerle entrega de la carta del despido del actor, dejando asimismo constancia de que conocían el hecho de su paternidad. Interpuesta demanda por despido, próximo a celebrarse el juicio el superior del trabajador despedido emite un

informe complementario para ser utilizado en el proceso en el que se abunda sobre el insatisfactorio rendimiento del actor a lo largo del año 2020. La sentencia de instancia declaró el despido improcedente, siendo objeto de recurso de suplicación por la parte actora que solicitaba – al igual que ocurre en los anteriores casos – la declaración de nulidad de conformidad con lo dispuesto, entre otras normas que se citan, en el art. 55.5 ET.

La Sala de Madrid comienza considerando que, al haberse producido el despido antes de la fecha prevista para el nacimiento del hijo del trabajador despedido, no se puede subsumir el supuesto en ninguno de los previstos en el segundo párrafo del art. 55.5 ET (entre ellos, el disfrute del permiso de paternidad o, por mejor decir ahora, por el nacimiento y cuidado de un hijo). Sin embargo, prosigue afirmando que ha de examinarse, no obstante, si la situación enjuiciada podría ser susceptible de encuadrar en el primer párrafo del citado art. 55.5 ET, esto es, la nulidad por discriminación o violación de derechos fundamentales o libertades públicas, en cuyo caso la parte demandante tendría la carga de aportar algún indicio de la lesión, a partir del cual, por aplicación de lo dispuesto en el art. 181.2 LRJS, recaería sobre la demandada la obligación de acreditar la concurrencia de una justificación objetiva y razonable para el despido.

Para la Sala madrileña en este caso el corto período de tiempo transcurrido entre la comunicación de la proximidad de la paternidad del actor (13 de octubre, que se reitera el día 2 de diciembre, en que el trabajador remitió a su superior jerárquico un correo comunicando la fecha prevista del parto y la forma en que pensaba disfrutar del permiso) y la del despido (el 26 de enero de 2021) constituye un indicio suficiente de discriminación. Procede, por tanto, examinar seguidamente si la empresa ha ofrecido una justificación objetiva y razonable de la decisión de despedirle. Lo que, a juicio de la Sala, no ha ocurrido, habida cuenta que la sentencia de instancia lo declaró improcedente por no haber quedado los hechos imputados suficientemente acreditados, no habiendo tampoco la empresa discutido esta conclusión recurriendo la sentencia en suplicación. Conclusión necesaria, el despido es nulo por discriminatorio, con los consiguientes efectos de condena a la empresa, incluido el pago de la indemnización por la lesión de derechos fundamentales que se cuantifica – como viene siendo habitual, casi generalizado – aplicando como criterio orientador el de las cuantías de las sanciones contenidas en la LISOS, y fijándola en este caso en 6.251 euros, el umbral mínimo de la sanción prevista para las infracciones muy graves (arts. 8.12 y 40.1.ª LISOS).

4. Una conclusión crítica, una consideración sobre la necesidad de una doctrina unificada y una propuesta interpretativa expansiva de la tutela reforzada para los futuros padres

Con el propósito de centrar con claridad el objeto y finalidad útil del presente comentario, y para proporcionar una visión global y completa del trascendental problema que se aborda en la sentencia comentada y en las que existen en sentido contrario, me parece pertinente formular y tratar de dar respuesta a las siguientes preguntas.

La primera, cuál es el núcleo de la cuestión litigiosa, que no es otro que dirimir el tipo de tutela de la que es merecedor cualquier trabajador varón que se encuentre en la situación de los litigantes en los casos examinados. Es algo innegable que el art. 55 ET no es precisamente un prodigio de claridad y orden, sino que, por el contrario, lo que contiene es una enumeración enmarañada de supuestos potencialmente desencadenantes de la nulidad de un despido, a cuyo desbroce o delimitación no contribuyen precisamente las sentencias aquí analizadas, salvo, tal vez, pero en una lectura muy inquisitiva e inteligente, la que motiva este comentario.

De un análisis más profundo de la norma, y a los efectos que aquí interesan, habría que distinguir entre dos grandes bloques de supuestos; un primer bloque donde estaría el genérico despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, que exigiría la aportación de indicios para que la tutela antidiscriminatoria pudiera desplegar sus efectos; y un segundo bloque, donde se encuentran los supuestos específicos en los que la tutela es más enérgica, y que no requerirían de la aportación de indicios porque la nulidad – en caso de despido sin causa – se produce de manera automática y sólo por la concurrencia objetiva de la situación descrita. Dentro de este segundo bloque es donde es preciso realizar un deslinde más esmerado y exacto, siendo preciso distinguir entre las siguientes situaciones o supuestos: 1) en primer lugar, la de la trabajadora embarazada, que despliega sus efectos durante todo el tiempo que dure la gestación, con independencia del conocimiento por la empresa, o por cualquiera, de la existencia del embarazo (art. 55.5.2.b ET); 2) en segundo término, el de las personas trabajadoras durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural (art. 55.5.2.a, que remite al art. 45.1, letras *d* y *e*, ET); 3) un tercer supuesto diferente sería el de las situaciones de baja por enfermedad causada por el embarazo, parto o lactancia natural (art. 55.5.2.b, segundo inciso, ET)⁸; 4) caso distinto es el despido de las personas que

⁸ En ambos casos, también cuando se hubiere notificado el despido en fecha tal que el

hubieren solicitado uno de los permisos a los que se refiere el art. 37, apartados 4, 5 y 6, ET⁹, o estuvieran disfrutando de ellos, al igual que en el caso de la excedencia del art. 46.3 ET (art. 55.5.2.*b*, segundo inciso)¹⁰; 5) por último, quedaría el supuesto de quienes se hubieren reintegrado a su trabajo al final de los períodos de suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, siempre que no hubieren transcurrido más de doce meses desde la fecha del hecho causante (art. 55.5.2.*c* ET).

Lo primero que me parece claro, como ya he dicho, es que en todos estos casos del que hemos llamado segundo bloque la tutela es la reforzada que permite calificar un despido sin causa como nulo sin necesidad de la aportación de indicios de discriminación o lesión de derechos fundamentales. No cabe otra interpretación de lo dispuesto en el art. 55.5.3 ET cuando dice que «lo 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 excedencias señalados». La misma clase de tutela y con la misma intensidad que al embarazo se ha de proporcionar al resto de situaciones.

Pero también es patente que, pese al esfuerzo de detalle en la tipificación de supuestos, entre las situaciones especialmente protegidas no se encuentra ni la del futuro padre (o progenitor no biológico) ni la de quienes hubiesen incluso llegado a solicitar o anunciar del disfrute del permiso por nacimiento de un hijo, al contrario de lo que ocurre con el disfrute de los permisos o reducciones de jornada de art. 37, apartados 4, 5 y 6, ET. Por muy incongruente que resulte. De manera que para esos casos en que puede encontrarse el futuro padre o progenitor no biológico que aún no haya comenzado a disfrutar del permiso por nacimiento de su hijo habría que acudir a la tutela genérica frente a las situaciones de discriminación, que llenaría la laguna derivada de la falta de contemplación expresa de esos supuestos.

Conviene recordar que, acorde con lo que se acaba de decir, en todos los casos analizados las Salas de suplicación han optado por considerar que, a falta de previsión expresa sobre el supuesto analizado (futuro padre que, incluso habiendo comunicado esa circunstancia, aún no ha iniciado el permiso por nacimiento de su hijo o hija), procede aplicar el patrón normativo sobre la existencia de indicios de discriminación o lesión de derechos fundamentales. Es verdad que este es un asunto que, al depender directamente de la valoración de la prueba, se encuentra eminentemente en

preaviso concedido finalizase dentro de esos períodos de tiempo (art. 55.5.2.*a*, inciso final).

⁹ Permiso por lactancia, nacimiento de hijo prematuro o que haya de permanecer hospitalizado, y reducción de jornada por guarda legal.

¹⁰ Y dejando al margen el caso de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género.

la esfera de la capacidad de enjuiciamiento del juzgador de instancia. Pero no es menos cierto que ello es susceptible de análisis en la fase de suplicación, como así ocurre en todos los casos. Y, por cierto, como lo sería en un eventual recurso de casación para unificación de doctrina.

Pues bien, es momento de analizar la segunda de las grandes cuestiones: si, a la vista de los hechos consignados en los respectivos relatos fácticos, se justifican o son fáciles de explicar las conclusiones dispares sobre la apreciación de indicios suficientes de la lesión. Principalmente entre las dos sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, más que nada por la identidad de órgano, la proximidad de fechas y la similitud de supuestos. En estos casos, sería muy de agradecer una respuesta congruente y, de ser discrepante, dialogada dentro de la propia Sala y motivada. Por lo demás, existe una abundante jurisprudencia sobre cómo se valoran los indicios de discriminación, que hace incomprensible la existencia de doctrina judicial tan dispar y errática.

A estos efectos, me parece que, tratándose en todos los casos de despidos improcedentes – dos claramente sin causa y en fraude de ley, y el tercero por no haberse acreditado suficientemente la veracidad de los incumplimientos atribuidos al demandante –, lo decisivo es que las respectivas empresas fueran concededoras de la futura paternidad de los trabajadores despedidos, ninguno de los cuales había iniciado el disfrute del correspondiente permiso, así como la proximidad en el tiempo de la comunicación de dicha circunstancia y la extinción no causal del contrato. Es irrelevante la discusión en torno a si habían o no solicitado o iniciado la tramitación de la solicitud de dicho permiso, pues – como ya se ha dicho – tampoco es ese uno de los supuestos enumerados en el art. 55.5.2 ET, que sí alude en cambio a la “solicitud” de los permisos del art. 37 ET. A decir verdad, no es tan extraño que la factura técnica de la norma provoque estos problemas de comprensión y divergencias interpretativas.

Tampoco es relevante el hecho de que el trabajador del caso gallego hubiese iniciado baja por incapacidad temporal derivada de una contingencia común por padecer una apendicitis. Ni que en uno de los casos, el de la sentencia de febrero de la Sala de Madrid, la empresa fuese proclive y favorable al ejercicio del derecho de las personas trabajadoras al disfrute de sus permisos por nacimiento de hijos, puesto que ello, en todo caso – y como ya se ha observado un poco más arriba –, permitiría apreciar una contradicción *a fortiori*, pues en ese caso ello no obsta a apreciar la existencia del indicio de discriminación.

En definitiva, que no es descartable y sería deseable y muy necesario que el Tribunal Supremo tuviera la oportunidad de pronunciarse y unificar doctrina en relación con esta interesante y trascendental cuestión. Entre

tanto eso ocurre, queda aquí únicamente hacer alguna propuesta en ese sentido.

Para empezar, resulta imprescindible sentar con claridad, definitiva y contundentemente que el permiso por nacimiento y cuidado de hijos, equiparado en sentido, contenido y alcance para ambos progenitores, aunque aplicado progresivamente desde el RD-Ley 6/2019, no es renunciable. Esta habría de ser sin la menor duda una consideración impertinente en cualquier enjuiciamiento de situaciones litigiosas de este tipo.

Por otro lado, convendría que, si se opta por aplicar el modelo o patrón de enjuiciamiento de la genérica tutela antidiscriminatoria, hubiese un seguimiento más fiable y capaz de proporcionar mayor certidumbre sobre la apreciación de los indicios. Una decisión extintiva reactiva con proximidad en el tiempo a una comunicación de una futura paternidad desprovista de causa no debería tener dificultades en calificarse como despido nulo, con independencia de otras consideraciones desconectadas de ese asunto.

Y, por fin, pero no por ello menos importante, podría parecer que es esta una interpretación excesivamente apegada a la literalidad de la norma y poco atenta a la idea de fomento de la corresponsabilidad, que pasa por la equiparación en derechos de ambos progenitores – ya lograda en el plano legal sustantivo – pero que exige igualmente una asimilación de los mecanismos o instrumentos de tutela que se dispensan a la futura madre – la trabajadora embarazada – y al futuro padre o progenitor distinto de la madre biológica. Es cierto que esta es una consideración antiformalista, pero si existe una verdadera y sincera aspiración a que la corresponsabilidad sea real y a la total equiparación de derechos entre mujeres y hombres, entre unos y otros progenitores o cuidadores de la prole¹¹, la misma ha de actuar en todos los planos, también en el del alcance de la tutela antidiscriminatoria y, en particular, frente al despido de todas las personas, hombres y mujeres, madres y padres. Y si el legislador o el gobierno en ejercicio de sus facultades para adoptar normas con rango de ley descuidan ese relevante aspecto, no quedará otro remedio que el que desde el ámbito académico y el judicial seamos capaces de aportar alguna luz o alguna idea útil.

Por ello, no me parece descabellado propugnar una interpretación expansiva, integradora y finalista de la norma, de manera que si el trabajador

¹¹ Algunas consideraciones de interés en la STSJ Cataluña 4 abril 2022 (rec. 4913/2021), que también oscila entre la aplicación de la tutela reforzada y la genérica, respecto de un padre que había solicitado e iniciado el permiso. Ver E. ROJO TORRECILLA, *Pues sí, ya llegan a los tribunales casos de despido por ejercicio del derecho al permiso de paternidad. Una nota a la sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de abril de 2022*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 19 mayo 2022.

que anuncia que va a ser padre – haya hecho alusión o no al disfrute futuro del derecho al permiso – y que aún no se encuentre en el supuesto expresamente comprendido en el art. 55.5.2 ET, se equipare en términos de tutela reforzada a la mujer embarazada y no a cualquier persona susceptible de haber padecido una discriminación o lesión de sus derechos. No creo, como apunta la sentencia de la Sala de Madrid que provoca esta sucinta reflexión, que el varón o el futuro padre afronte un riesgo menor a experimentar un despido injusto, o cualquier otra forma de represalia o trato peyorativo por el hecho de la paternidad y lo que la misma comporta en la esfera laboral y profesional. Es incuestionable, y está abundantemente documentado, que históricamente ha sido la mujer trabajadora la que ha experimentado una mayor exposición a la vulnerabilidad, a la precariedad, a la discriminación, y a la pérdida del trabajo o mayor dificultad de acceder a él que el hombre. Pero, a estas alturas, y en la situación normativa actual, hay que plantearse que los hombres puedan correr similares riesgos. La prueba patente está en los casos sobre los que versan estas tres sentencias comentadas, en tendencia creciente a que se produzcan situaciones semejantes.

En todo caso, y con esto concluyo, no veo tampoco técnicamente imposible que se pueda considerar en estos casos la existencia de una discriminación directa del varón, sin necesidad tal vez de acudir a la tesis de la discriminación por asociación, aplicando simplemente la discriminación por situación familiar que ya apuntaba la conocida STC n. 26/2011, de 14 de marzo¹², y que encaja a la perfección en la cláusula de cierre del art. 14 CE que alude a «otras circunstancias personales o sociales».

5. Bibliografía

CEF – LABORAL SOCIAL (2021), *TSJ. Despido por ser padre: el TSJ de Galicia declara su nulidad y se afianza en la discriminación refleja*, en www.laboral-social.com, 19 mayo

MANEIRO VÁZQUEZ Y. (2021), *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi

ROJO TORRECILLA E. (2022), *Pues sí, ya llegan a los tribunales casos de despido por ejercicio del derecho al permiso de paternidad. Una nota a la sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de abril de 2022*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 19 mayo

¹² De nuevo, al respecto, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 110.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it.