

La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral

The circumstance of kinship in anti-discrimination protection

FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA

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

ORCID ID: 0000-0003-3585-4367

Researcher ID: R-8600-2018

Recibido: 5/3/2020

Aceptado: 26/3/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5540>

Resumen: El presente trabajo estudia la naturaleza y configuración del parentesco como causa de discriminación en el ámbito laboral, y su trascendencia en materia de carga de la prueba y justificación de la medida. Asimismo, examina la repercusión del vínculo de parentesco en la empresa familiar, a efectos de la acreditación del móvil discriminatorio.

En lo que concierne a las consecuencias resarcitorias de la discriminación por razón de parentesco, se plantea la cuantificación de la indemnización por daños morales a la vista de la doctrina constitucional y judicial que permite la aplicación referencial de las cuantías previstas por la LISOS, así como de la exigencia legal de aportar las bases y criterios para determinar la existencia y entidad de los daños morales.

Por último, el estudio analiza el vínculo de parentesco como vehículo de discriminación “por asociación”, figura de construcción judicial que ha permitido ampliar subjetivamente la tutela antidiscriminatoria a sujetos en los que no concurre directamente la causa de la discriminación.

Palabras clave: discriminación por parentesco, discriminación por asociación o transferida, discriminación directa/indirecta, garantía de indemnidad, resarcimiento, daños morales.

Abstract: This work deals with the legal nature and configuration of the cause of discrimination due to kinship ties, and its significance in terms of burden of proof and justification of the employer's measure. It also examines the impact of the relationship of kinship in the field of family business, regarding the discrimination test.

Concerning the compensatory consequences of discriminatory decisions based on kinship, the quantification of compensation for moral damages is analysed

Estudio realizado al amparo del Proyecto DER2016-78123-R, sobre “Implicaciones procesales de la reforma del mercado de trabajo”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

*franferr@um.es

in view of the constitutional and judicial doctrine that allow the referential application of the amounts provided for the pecuniary sanction of those infractions typified by the LISOS, as well as the legal requirement to provide the bases and criteria to determine the existence and entity of moral damages.

Finally, this study will analyse kinship relationship as a vehicle for discrimination by association, a figure of judicial construction that has allowed the extension of antidiscrimination protection to subjects in whom the cause of discrimination does not directly concur.

Keywords: discrimination by ground of kinship, associative or transferred discrimination, direct / indirect discrimination, guarantee of indemnity, award of compensation, moral damages.

1. Introducción

La normativa laboral, tanto estatutaria (art. 17.1 ET) como sancionadora (art. 8.12 LISOS), alude a un particular motivo de discriminación, el vínculo de parentesco¹, no contemplado expresamente en el texto constitucional, y que, considerado como causa autónoma de discriminación, parece presentar ciertas dudas interpretativas en materia de carga probatoria y de tutela resarcitoria y sancionadora, a las que se hará oportuna referencia a lo largo de este estudio.

Conviene precisar desde este instante, que no se trata aquí de la discriminación basada en el “estatus marital” de la persona trabajadora, ni en su estado civil, circunstancia distinta y también recogida en los arts. 4.2 c) y 17.1 ET, y que pone el acento en la concreta situación de matrimonio, viudedad, divorcio o separación, o de una relación análoga de convivencia conyugal fuera del matrimonio, incluyendo en su caso, tanto relaciones del mismo como de distinto sexo. La discriminación por razón de parentesco tampoco coincide necesariamente con la discriminación basada en el “estatus familiar”, cuya motivación es la existencia de una relación paterno filial, de adopción, o de acogimiento o guarda que implique similares responsabilidades de cuidado, ya sea en el marco de una familia tradicional heterosexual, del mismo sexo o monoparental.

Con todo, lo cierto es que el estatus marital o familiar de una persona puede desencadenar la denominada discriminación “por asociación”, determinando que la misma se vea perjudicada precisamente por su vinculación con otra persona, en quien concurre una causa de discriminación (discapacidad, sexo, etc.), como sucede cuando las responsabilidades o el rol de cuidados que el vínculo familiar comporta, representan una carga o incomodidad que la organización empresarial no desea asumir, o que ha ejercido un derecho fundamental (libertad sindical, tutela judicial, etc.), enfrentándose a los intereses de la empresa, situaciones también analizadas en este trabajo.

2. El vínculo de parentesco como causa autónoma de discriminación en el ámbito laboral

2.1. Configuración legal de la causa de discriminación prohibida

Entre las causas de discriminación prohibidas en el ámbito laboral, el art. 17.1 ET alude expresamente a los “vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa”. Esta causa de

¹ Sin ignorar la dificultad que encierra la definición del concepto de parentesco, este estudio va a tomar como referencia la noción recogida en el Diccionario del Español Jurídico de la RAE, que considera como tal la “relación que existe entre varias personas por pertenecer o proceder de una misma familia”. En el marco de tan amplia formulación, “los vínculos de parentesco pueden ser de alianza, de filiación y de consanguinidad” (BIELSA CORRELLA, M.C., *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, monografías, 867, Valencia, 2014).

discriminación no aparece expresamente mencionada en el art. 4.2.c) ET, como tampoco en el art. 14 CE, pero puede considerarse incluida en la mención genérica de causas de discriminación relativas a “cualquier condición o circunstancia personal o social”². En efecto, según la doctrina constitucional, el listado de motivos contenido en el citado precepto no posee un carácter exhaustivo³, sino enunciativo, en la medida que el último inciso del art. 14 CE deja abierta la enumeración de causas de discriminación, permitiendo considerar discriminatorio el trato desigual basado en condiciones o circunstancias sociales o personales de la persona como la edad, la profesión o el parentesco⁴.

Estas otras causas no identificadas en el art. 14 CE han sido, precisamente por ello, calificadas como causas “atípicas” de discriminación desde la perspectiva constitucional⁵, aun cuando hayan sido posteriormente recogidas por el legislador. Tal es el caso del parentesco, de configuración estrictamente legal, pues no existe referencia expresa a dicha circunstancia discriminatoria en el texto constitucional, ni en los tratados y pactos internacionales en materia de derechos fundamentales, como tampoco en el Derecho Comunitario (tanto originario como derivado), en el que la interdicción de la discriminación se predica respecto de motivos tasados⁶.

Pues bien, la doctrina ha apuntado que “estas nuevas causas de discriminación pueden tener un distinto grado de protección y justificación”⁷ al dispensado respecto de las causas “típicas”, que vienen a recoger supuestos históricos de segregación particularmente odiosos y contrarios a la dignidad de la persona⁸. La diferente configuración (constitucional o legal/jurisprudencial) de las causas de discriminación tiene transcendencia en materia de carga de la prueba, pues respecto de las causas típicas constitucionales la exigencia de justificación de la diferencia de trato es más rigurosa⁹, aceptándose entonces, como único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados, que las causas aducidas por el empresario sean “absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales”¹⁰. Por el contrario, cuando se trata de causas atípicas, aun cuando sean encuadrables en el art. 14 CE, “corresponde al trabajador acreditar indiciariamente los hechos que comportan un perjuicio basado exclusivamente en la condición social o personal del trabajador”¹¹.

Según esta tesis, cuando se alega el parentesco como causa de discriminación prohibida, no cabe extrapolar sin más el mismo canon de justificación exigido con relación a las causas expresadas

² En este sentido, véase POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, p. 130.

³ Por todas, véanse las SSTC 22/1981, de 2 de julio; 112/1984, de 28 de noviembre; 75/1983, de 3 de agosto; 41/2006, de 13 de febrero; y 26/2011, de 14 de marzo.

⁴ CRUZ VILLALÓN, J., “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., ELORZA GUERRERO, F. (coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, 2001, p. 271.

⁵ POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, cit., p. 13.

⁶ Según advierten, BALLESTER PASTOR, M.A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, en AA.VV., BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (TOL1.833.514, p. 2). PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 28; MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016 (BIB 2016\80411, p. 19).

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Prólogo”, en POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación*, cit., p. xxii.

⁸ Por todas, SSTC 19/1989, de 31 de enero, y 62/2008, de 26 de mayo.

⁹ SSTC 200/2001, de 4 de octubre, y 182/2005, de 4 de julio. En análogo sentido, véanse DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 181; y RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *DOXA*, núm. 19, 1996, pp. 61 y 62.

¹⁰ En este sentido, con relación al despido discriminatorio por razón de sexo de una trabajadora embarazada, véase la STC 125/2008, de 20 de octubre.

¹¹ POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 en las relaciones de la Constitución laborales*, cit., p. 280.

en el art. 14 CE, pues las causas atípicas desde el punto de vista constitucional, constituyen “un *tertium genus* (supuesto intermedio) entre la justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato ante situaciones semejantes” y “el test riguroso de razonabilidad que se requiere en presencia de una categoría típica del art. 14 CE”, de forma que en la discriminación por causas atípicas, dicho test “se realiza con mayor indulgencia”¹², de ahí que sea más difícil encontrar pronunciamientos estimatorios de la existencia de trato discriminatorio.

De otro lado, cabría cuestionar la propia consideración del parentesco como causa de discriminación propiamente dicha en la normativa laboral, pues en este supuesto la prohibición de trato desigual no se relaciona con la vulneración de un derecho fundamental, ni con la protección de un colectivo vulnerable¹³. Y, es que, independientemente de que la lista de causas de discriminación sea abierta y se halle en continua evolución en paralelo con los cambios de la sociedad, la idea que siempre subyace a las causas prohibidas, es la necesidad de protección de un determinado colectivo o grupo social¹⁴. A lo sumo, el parentesco autónomamente considerado podría actuar en el terreno del principio general de igualdad, que vincula a los poderes públicos impidiendo las “diferencias de trato irrazonables, desproporcionadas o arbitrarias”¹⁵, cual sería el caso de las cláusulas normativas o convencionales que atribuyen preferencias de trato en la contratación a familiares de los trabajadores de la empresa.

Volviendo a la formulación de esta causa de discriminación en el art. 17 ET, y en lo que concierne al tipo de discriminación prohibida, el citado precepto veda tanto la discriminación favorable como la desfavorable por razón de parentesco. En consecuencia, y según se acaba de afirmar, quedarían subsumidos en la prohibición aquellos supuestos en los que el vínculo de parentesco es motivo de preferencia en el acceso al empleo, en virtud de una norma convencional que establece “reservas de vacantes para familiares de empleados de plantilla o jubilados”¹⁶. En este sentido, tanto el Tribunal Supremo¹⁷ como la doctrina de suplicación¹⁸, han afirmado que carece de validez la cláusula de un convenio colectivo estatutario, que otorga preferencia en el empleo a los candidatos hijos, huérfanos o familiares directos de empleados o antiguos trabajadores de la empresa, dado el carácter no justificado de esta preferencia. Como ha entendido la doctrina, la prohibición de discrimi-

¹² *Idem*, p. 264.

¹³ En este sentido, TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Monografías, 901, Valencia, 2014, cuestiona la inclusión de la circunstancia discriminatoria de “parentesco con otros trabajadores de la empresa” en el tipo delictivo del art. 314 CP, “debido a que resulta especialmente complejo considerar a los parientes de los trabajadores como un colectivo vulnerable, comparable con el colectivo de mujeres, personas con discapacidad o gitanos, por poner algunos ejemplos”. Para la autora, “en el caso del parentesco se podrá estar violando el derecho a la igualdad pero no el derecho a no ser discriminado, ya que para ser titular de este último se tiene que generar o ahondar en una situación de inferioridad o de marginación para el sujeto debido a que ostenta una característica física, psíquica o social que lo identifica con un grupo concreto que se verá afectado también, aunque sea indirectamente, por el trato desigual dado a uno de sus integrantes”. Por la misma razón, LAURENZO COPELLO, P., “Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado: Racismo y Xenofobia”, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 24, entiende que la referencia al parentesco constituye “más que un motivo de discriminación una lesión al principio de igualdad genérico”.

¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, p. 15.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho*, núm. 44, 2001, p. 220. Como recuerda el autor (pp. 226 y 227), la doctrina constitucional reconoce un doble contenido en el art. 14 CE: la prohibición de trato discriminatorio por motivos concretos vinculados con el respeto a la dignidad humana y otros derechos fundamentales, y la cláusula general de igualdad que, a tenor de la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 200/2001, de 4 de octubre, STC 27/2004, de 4 de marzo; y STC 154/2006, de 22 de mayo), “no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato”. Sobre la delimitación de ambos contenidos véase, *in extenso*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

¹⁶ AAVV., DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, 3ª Ed., La Ley, Madrid, 2007, pp. 364 y 265.

¹⁷ STS de 21 de junio de 1994 (rec. 3210/1993).

¹⁸ V.gr., en las SSTSJ de Canarias de 30 de abril 2001 (AS 2001,3705), Castilla y León de 28 de octubre de 2003 (JUR 2003, 108403), Galicia de 8 noviembre 2004 (rec. 3839/2004, JUR 2004,363332), y Asturias de 31 de octubre de 2014 (rec. 1673/2014).

minación “favorable”, cierra “la posibilidad de actos preferenciales a la contratación no justificados (por ejemplo, las preferencias por razón de parentesco)”¹⁹. Distinto es el caso, considerado razonable y justificado en aras del fin de protección de la familia, contemplado en la norma del Estatuto del Personal de la Seguridad Social que confería un derecho preferente a ocupar una plaza vacante en una localidad, cuando en ella residiera el cónyuge²⁰.

Con todo, la doctrina ha afirmado la posibilidad de que un empresario contrate a determinado trabajador tomando en consideración, entre otros elementos, la relación personal afectiva o de confianza que los une, que puede estar mediatizada por diversos factores sociales, entre ellos, el parentesco²¹.

Las referencias judiciales a supuestos de trato desfavorable por razón del parentesco son más escasas. Cabe citar en este punto, la STSJ Asturias de 27 de diciembre de 2010, que consideró discriminatorio por causa del parentesco, el despido por causas objetivas, con posterior reconocimiento de improcedencia, del hijo de un trabajador sancionado²². Asimismo, la STSJ Andalucía de 29 de septiembre de 2000, reputaba discriminatorio el despido de un trabajador de determinado Ayuntamiento por entender el responsable del cese, y haberlo denunciado públicamente, que el trabajador había sido contratado por ser hermano de un cargo público del anterior partido gobernante²³. Por el contrario, la STSJ Cataluña de 17 de mayo de 2010²⁴, desestima la existencia de discriminación. A juicio del tribunal, no se acreditan indicios suficientes de que el despido obedeciera a la relación de parentesco y enemistad paralela entre socios, sino que “las posibles discrepancias entre tales socios (...) más que a razones o cuitas personales obedecen a discrepancias sobre la situación de concurso de la empresa (...)”.

Con relación a las limitaciones al empleo basadas en los vínculos de parentesco, la STSJ Comunidad Valenciana de 7 de abril de 2000²⁵, califica como discriminatorio y, por tanto, nulo, el acuerdo suscrito entre el Comité de empresa y la dirección de la empresa que establece la imposibilidad de contratar a personas emparentadas hasta cuarto grado por consanguinidad o afinidad con trabajadores fijos de la empresa, concluyendo que la falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos emparentados con otros trabajadores de la empresa con base en dicho acuerdo, comporta un despido nulo por discriminatorio²⁶.

¹⁹ BALLESTER PASTOR, M.A., “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa. (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marshall)”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998, tomo 2 (LA LEY 6271/2002). Como razona la autora, “cuando los Tribunales han negado la posibilidad de reserva de puestos por la vía de la negociación colectiva siempre se han referido a colectivos no protegidos por el art. 14 CE, para los cuales se establecían preferencias absolutas (el parentesco es el supuesto más reiterado)”.

²⁰ STC 192/1991, de 14 de octubre.

²¹ ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 276; ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo”, p. 16 (https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2535/mod_resource/content/1/Tema%203.%20DF.%20Causas%20de%20discriminaci%C3%B3n.pdf).

²² Rec. 2534/2010. En este caso, poco después del despido del padre del trabajador, la empresa le encomienda la realización en exclusiva de determinadas funciones, que antes únicamente desempeñaba parcialmente junto con otros cometidos, a sabiendas de que el trabajador quedaría sin ocupación ya que no se iba a contratar más obra relacionada con dichas funciones, con el fin de poder acudir a la vía de extinción del art. 52.c) ET.

²³ Rec. 2601/2000 (JUR 2001/69087), la citada sentencia consideró indicio suficiente el que los representantes de los partidos actualmente en el poder hubieran denunciado públicamente la contratación de este trabajador por considerar que se había realizado sin oposiciones, precisamente por el parentesco con un cargo político y edil del anterior equipo. Por su parte, el Ayuntamiento no pudo probar motivos disciplinarios, ajenos al móvil discriminatorio, que justificaran el despido.

²⁴ Rec. 588/2010 (JUR 2010, 314176).

²⁵ Rec. 3569/1999 (AS 2000\3941).

²⁶ Criterio reiterado por la posterior STSJ Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2000 (rec. 3566/1999, AS 2000\4339).

2.2. *Relativización del vínculo de parentesco en las empresas familiares*

Como ha advertido la doctrina, en las empresas familiares, es muy habitual que el parentesco influya notablemente en la selección del personal e incluso en las condiciones de trabajo, “haciendo extremadamente difícil la aplicación de una prohibición de discriminación por razón de parentesco en el sector privado”²⁷. En estas empresas la circunstancia del parentesco está presente de forma cotidiana en el desenvolvimiento de las relaciones laborales, lo que hace necesario distinguir los supuestos de discriminación por razón de parentesco de un mero trato perjudicial de carácter arbitrario o injustificado.

En estos casos, el vínculo de parentesco pierde el carácter apriorístico de elemento sospechoso como causa de discriminación prohibida, pues suele ser un factor que planea sobre muchas de las decisiones contractuales, desde la propia contratación, motivada en no pocas ocasiones por la relación familiar. La construcción del panorama indiciario por parte de quien alega la existencia de discriminación por pertenencia a un grupo familiar ha de ser más exigente en este tipo de empresas: de un lado, no cabe deducir la existencia de indicios de una simple sospecha; de otro, el test de razonabilidad se aligera en lo que concierne al vínculo de parentesco, de suerte que la interdicción quedaría circunscrita a los casos en que la medida empresarial desfavorable no encuentre una explicación razonable ajena a la pertenencia a un grupo familiar.

Ello es así porque la noción de discriminación “parte de una generalización”, e implica tratar a una persona conforme a una categoría y no conforme a lo que es individualmente, de forma que en el caso que nos ocupa, existiría discriminación “cuando se perjudique a alguien por el mero hecho de ser pariente de otra persona”²⁸.

2.3. *Prueba de la influencia del factor de parentesco en la decisión extintiva y calificación de la misma*

Como se ha señalado anteriormente, no parece razonable entender que la existencia de un vínculo de parentesco con otra persona con la que la empresa mantenga una discrepancia o desencuentro, constituya, por sí sola, una causa de discriminación prohibida, ni que, por tanto, determine la nulidad de la decisión empresarial, con independencia de la causa que la motive. La persona afectada por la medida empresarial habría de aportar indicios de que el vínculo de parentesco es la causa determinante, actuando como rasgo diferenciador respecto del trato conferido a otros trabajadores en situación comparable²⁹.

En efecto, según reiterada doctrina constitucional, siempre y cuando se aporte la prueba indiciaria por el demandante, “el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales: no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación– sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada”³⁰. Conviene subrayar en este punto que la doctrina constitucional sostiene que la prueba

²⁷ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo”, cit., p. 16.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Así, en el caso enjuiciado por la STSJ Cataluña de 17 de mayo de 2010 (rec. 588/2010), el tribunal, concluye que no se acreditan indicios suficientes de que el despido obedeciera a la relación de parentesco y enemistad paralela entre socios, sino que “las posibles discrepancias entre tales socios (...) más que a razones o cuitas personales obedecen a discrepancias sobre la situación de concurso de la empresa (...).”

³⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, 2008, La Ley, Temas, p. 135. Es doctrina reiterada por las SSTC 14/2002, de 28 de enero, 29/2002, de 11 de febrero, 41 y 48/2002, de 25 de febrero, 84/2002, de 22 de abril, 66/2002, de 21 de marzo, 17/2003, de 30 de enero, 49/2003, de 17 de marzo, 171/2003, de 29 de septiembre,

que el empresario ha de realizar versa sobre los motivos reales de sus actos, aunque estos motivos reales no fueran técnicamente suficientes, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, para justificar la medida o decisión tomada³¹.

La cristalización legal de la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba que incumbe al demandado, se contiene, aunque con una enunciación distinta, en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS, según los cuales, tras la constatación de la existencia de indicios suficientes de trato discriminatorio, “corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Las referidas exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad se valoran conforme al denominado test de razonabilidad de la decisión, en el que se consideran la adecuación o idoneidad (relación medio-fin) de la medida, así como la necesidad de la misma (inexistencia de una alternativa menos gravosa)³².

En el caso que aquí se trata, la empresa tendrá que demostrar que habría adoptado la decisión, aunque el trabajador no hubiera sido familiar del tercero con el que mantiene la situación de conflicto. Y ello, con independencia de que “logre o no logre probar fehacientemente el empresario, además, la causa legal (...) alegada en la carta”³³. De esta forma, en el supuesto hipotético de que no se lograra acreditar suficientemente la causa invocada, pero quedando demostrado que el despido, de ser el caso, no obedeció al motivo discriminatorio imputado, procedería calificar el despido como improcedente, mas no como nulo. Todo ello, sin perjuicio del valor que el reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa en el mismo momento del despido pueda tener como indicio de discriminación, según se expondrá posteriormente al tratar sobre la discriminación “por asociación”.

2.4. La responsabilidad indemnizatoria por daños en caso de discriminación por razón de parentesco

El planteamiento de la pretensión indemnizatoria por parte de la persona discriminada por razón de parentesco, ya sea en el ámbito del proceso de tutela de los derechos fundamentales, ya acumuladamente con la demanda de despido o de impugnación de otro acto discriminatorio, según lo previsto en los arts. 26.2 y 184 LRJS, comporta la aplicación de los criterios generales establecidos legal y judicialmente en lo que atañe a las exigencias de justificación y determinación de la cuantía solicitada.

Al respecto, el art. 179.3 LRJS señala que en la demanda se deben precisar “con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios”. Asimismo, deberá consignar en la demanda “las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”.

Sin embargo, el propio precepto se refiere a la dificultad de detallar en la demanda los daños y perjuicios cuando la indemnización se solicita exclusivamente en concepto de daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental, complejidad que se extiende a la valoración judicial de la pertinencia de la cuantía reclamada. La aludida dificultad de cuantificar o justificar la cuantía

188/2004, de 2 de noviembre, 38/2005, de 28 de febrero, 144/2005, de 6 de junio, 171/2005, de 20 de junio, 138/2006, de 8 de mayo, 168/2006, de 5 de junio, 342/2006, de 11 de diciembre, etc.

³¹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo, La Coruña, 2007, p. 166; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, cit., p. 134.

³² LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral”, *Evocati Revista*, núm. 18, 2007, p. 12.

³³ STC 41/2006, de 13 de febrero; STC 125/2008, de 20 de octubre.

solicitada en concepto de daños morales, ha llevado a doctrina constitucional³⁴ y jurisprudencia³⁵ a aceptar a título orientativo la cuantía de la sanción administrativa pecuniaria correspondiente al incumplimiento empresarial de que se trate, de conformidad con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social³⁶.

En el caso que aquí se trata, la discriminación por parentesco, se aplicaría la cuantía de la sanción contemplada en el art. 40.1.c) LISOS respecto de las infracciones tipificadas en el art. 8.12 de la misma norma, precepto que, como se sabe, califica como infracciones muy graves “*las decisiones unilaterales de la empresa que impongan o impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables*”, motivadas, entre otras razones, por “*vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa*”.

Adviértase, no obstante, que el citado precepto contiene una diferente y más restrictiva formulación de esta causa de discriminación, que la prohibida en el art. 17.1 ET en cuanto alude a los “*vínculos de parentesco con personas pertenecientes o relacionadas con la empresa*”. Ambos preceptos han experimentado una diferente evolución en lo que atañe a esta causa de discriminación: El art. 8.12 LISOS mantiene su tenor original que data de la Ley 8/1988, de 7 de abril, coincidente con la versión inicial del art. 17.1 ET, en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Por su parte, la vigente redacción del art. 17.1 ET, que ha conservado el RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, procede de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Ha transcurrido, por tanto, casi una década desde la modificación del art. 17.1 ET, tiempo más que suficiente para considerar que la diferente regulación obedece a un *lapsus* del legislador.

Ciertamente, nada impide que el art. 8.12 LISOS sea más restrictivo que la norma estatutaria³⁷, pues cada uno de estos preceptos se mueve en distinto plano y tiene diferentes consecuencias: el art. 17.1 ET se mueve en el plano contractual, declarando la nulidad de la medida o decisión discriminatoria, mientras que el segundo, de carácter sancionador, tipifica una infracción administrativa³⁸.

Desde luego, una redacción más genérica, referida al parentesco con personas del entorno empresarial, hubiera permitido, sin ningún género de dudas, incluir en el supuesto de hecho de la infracción tipificada las conductas discriminatorias realizadas en el ámbito de la empresa por razón de parentesco con socios, clientes, proveedores, etc., sin temor a violentar el principio de tipicidad³⁹.

³⁴ STC 247/2006, de 24 de julio.

³⁵ SSTs de 15 de febrero de 2012 (rec. 67/2011); de 5 de febrero de 2013 (rec. 89/2012); de 15 de abril de 2013 (rec. 1114/2012); de 11 de febrero de 2015 (rec. 95/2014); de 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015, RJ 2017, 4918).

³⁶ Si bien, se aprecia cierta tendencia a la aplicación de la cuantía mínima prevista en dicha norma (SÁNCHEZ PÉREZ, J., “La reparación del daño en la jurisdicción laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, p. 205).

³⁷ Tampoco es este el único caso de discordancia en las consecuencias de la lesión de un derecho fundamental en los ámbitos contractual y sancionador (normalmente con espectro más restringido). Así, la doctrina constitucional (SSTC de 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo), ha considerado que el esquirolaje interno constituye una lesión del derecho de huelga [y el TS, en Sentencia núm. 5579/2012, de 11 de junio de 2012, ha declarado que el esquirolaje tecnológico también lesiona dicho derecho fundamental], mientras que la LISOS tipifica como infracción únicamente la sustitución de los trabajadores en huelga “*por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio*” (art. 8.10), ya sea porque procedan de otro centro de trabajo o hayan sido contratados por la empresa, o mediante trabajadores “*puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal*” [art. 19.3.a) LISOS].

³⁸ Asimismo, el art. 314 CP tipifica, en este caso como delito, la conducta consistente en discriminar gravemente a una persona por razón de su parentesco con otros trabajadores de la empresa, cuando persista la conducta tras un requerimiento o sanción administrativa. Dada la redacción del tipo penal, el ordenamiento laboral constituye un filtro previo de los supuestos que se pueden considerar ilícitos penales, por lo que la doctrina penal ha criticado que el legislador no utilice los mismos términos para referirse a las causas de discriminación. En este sentido, véase TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, cit.

³⁹ Con relación al referido principio, consagrado en el ámbito penal en el art. 25.1 CE, el Tribunal Constitucional ha señalado que el mismo no queda infringido “en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación” (STC 62/1982, de 15 octubre). En el mismo sentido, se ha expresado la doctrina constitucional respecto de la potestad sancionadora administrativa, al señalar que caben enunciados ejemplificativos de la conducta sancionable (STC 69/1989, de 20 abril), admitiendo “un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el

No obstante, la vigente redacción del art. 8.12 LISOS plantea necesariamente el interrogante de si cabe sancionar al amparo de este precepto aquellas decisiones empresariales que impliquen un trato discriminatorio hacia el trabajador basado en la existencia de vínculos de parentesco con quienes no son trabajadores de la empresa.

Frente a la hipótesis de una posible subsunción, en el art. 8.12 LISOS, del parentesco con otros sujetos relacionados con la empresa, que sí tendría cabida en la prohibición del art. 17.1 ET, cabe objetar el necesario respeto al principio de tipicidad (art. 25 CE), que comporta la prohibición de interpretación analógica (art. 27.4 Ley 40/2015, de 1 de octubre)⁴⁰, toda vez que el tenor del precepto no se establece en términos ambiguos y generales respecto del alcance subjetivo de la conducta infractora, sino que se refiere clara y expresamente a la discriminación por vínculo de parentesco “*con otros trabajadores en la empresa*”.

En este sentido, no se debe olvidar que, estando vigente la anterior redacción del art. 17.1 ET, que aludía exclusivamente al parentesco con otros trabajadores de la empresa, la doctrina de suplicación concluyó que dicho precepto no era aplicable al supuesto en el que el parentesco no se refería a otro trabajador, sino a uno de los socios de la empresa⁴¹. En coherencia con este criterio, y con mayor motivo dado su carácter sancionador, el art. 8.12 LISOS no resulta de aplicación a las decisiones discriminatorias motivadas por el parentesco con sujetos distintos de los trabajadores de la empresa. Por la misma razón, cuesta admitir la posibilidad de cuantificar el resarcimiento de daños y perjuicios conforme a la sanción prevista respecto de la infracción tipificada en el art. 8.12 LISOS, cuando el vínculo de parentesco no se refiera a otros trabajadores de la empresa, pues se trataría de extrapolar los efectos de una norma sancionadora a un comportamiento no previsto en la misma, llevando el uso referencial del baremo a un terreno que no contempla la doctrina constitucional, ni la jurisprudencia.

Tomando, cuando proceda, como referencia las cuantías indicadas en la LISOS⁴², la fijación de la indemnización por daño moral corresponde al órgano judicial, y ello, a tenor del art. 183.2 LRJS, “*prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa*”. En esta tarea, el tribunal habrá de valorar las bases y elementos clave para dicha determinación, alegados y acreditados en el proceso por la parte demandante, tales como la gravedad de los hechos (en función de su intensidad y duración) y las consecuencias del comportamiento discriminatorio, aun cuando no sea factible “*aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole*”⁴³, y tendrá como finalidades el resarcimiento suficiente a la víctima, el restablecimiento de su situación anterior a la lesión, así como la prevención del daño (art. 183.2 LRJS).

principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable”, y “siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”. Ahora bien, la taxatividad del art. 8.12 LISOS en lo que concierne a los sujetos vinculados con relación de parentesco, deja poco margen para una interpretación extensiva.

⁴⁰ VELÁZQUEZ, M., “La Inspección de Trabajo ante la igualdad de trato en el ámbito de las relaciones laborales”, *IUSLabor* 4, 2006, p. 4.

⁴¹ STSJ Cataluña, de 17 de mayo de 2010, rec. 588/2010 (JUR 2010, 314176).

⁴² Conviene insistir en que la aplicación del baremo es una posibilidad, una orientación al juzgador, una aproximación a la solución, porque los importes que se expresan en los mismos, son referenciales. Entre otras razones porque se trata de un baremo ajeno a la cuestión de las indemnizaciones por lesión de derechos fundamentales, pues reparar y sancionar son funciones legales radicalmente distintas.

⁴³ STC 247/2006, de 24 de julio. Tras admitir la utilización de las cuantías establecidas en la LISOS como criterio de referencia para cuantificar la indemnización, la STC 247/2006 señala que, desde la perspectiva constitucional, resulta irreprochable el criterio de la Sala de lo Social del TS, según el cual “no basta con apreciar la vulneración del derecho fundamental del demandante para que el órgano judicial pueda condenar al autor de la vulneración del derecho fundamental al pago de una indemnización, sino que además es necesario para ello que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria”. En el caso enjuiciado, la propia sentencia afirma la existencia de un daño psicológico, a la vista de la duración e intensidad del trato discriminatorio sufrido por el recurrente.

Por último, en lo tocante a los criterios de referencia para determinar la cuantía de la sanción e indemnización por daños y perjuicios, ni el art. 39.2 LISOS ni el art. 183 LRJS aluden a la antigüedad en la empresa, como tampoco a la pérdida del puesto de trabajo –que, como ha señalado la doctrina judicial, constituiría a lo sumo un perjuicio material, que se compensaría con la condena a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación hasta dicha fecha–. No en vano, es en los casos de despido improcedente en los que se considera la antigüedad y la pérdida del puesto de trabajo a efectos del cálculo de la indemnización, y ello como alternativa y no como resarcimiento adicional, a la reincorporación al puesto de trabajo. En suma, la indemnización prevista en caso de despido lesivo de derechos fundamentales, sea por daños materiales y/o morales, no debe considerar la antigüedad, ni la pérdida del puesto de trabajo, pues ello implicaría resarcir lo que se va a restituir con la reincorporación y los salarios de tramitación, sino otros daños adicionales que puedan acreditarse.

En este sentido, se pronunció la STSJ Asturias de 27 de diciembre de 2010⁴⁴, con relación a la reclamación de indemnización adicional solicitada por el trabajador afectado por despido discriminatorio por razón de parentesco, por un importe de 5.748,56 euros en concepto de daños morales. El tribunal razona que la readmisión inmediata del demandante y el abono de los salarios dejados de percibir desde el despido nulo resarcen los daños materiales directos derivados de la decisión extintiva. No obstante, atendiendo a la argumentación expresada en la demanda, el tribunal admite que la actuación empresarial lesiva tuvo potencialidad de originar un sufrimiento personal al trabajador, afectar a sus relaciones con compañeros de trabajo y menoscabar sus aspiraciones profesionales, a lo que se unen las molestias y gastos derivados de las gestiones necesarias para recabar la tutela de sus derechos fundamentales mediante la promoción de un proceso judicial, por lo que el tribunal reconoce una indemnización, si bien reduce la cuantía solicitada.

3. El parentesco como circunstancia determinante de discriminación por asociación

De lo expuesto hasta ahora, se deduce que la tutela frente al trato desfavorable basado en vínculos de parentesco, presenta ciertas limitaciones en materia de prueba y resarcimiento, sin duda debidas a la inexistencia de anclaje constitucional expreso del parentesco como causa autónoma de discriminación, y a la formulación legal de su prohibición; carencias, en definitiva, que pueden dificultar una tutela eficaz de las personas afectadas. Lo anterior no ocurre, sin embargo, cuando el parentesco se convierte en la correa de transmisión de aquellas causas de discriminación expresamente prohibidas en la norma fundamental o en la normativa comunitaria, en los supuestos de discriminación “por asociación”.

3.1. La discriminación por asociación en la doctrina del TJUE

La discriminación “por asociación” –a la que se alude también bajo las denominaciones de discriminación por vinculación, interposición, transferencia⁴⁵, irradiación o refleja–, constituye aquella modalidad de discriminación que se produce a través de persona interpuesta, o que afecta a una persona no por el hecho de pertenecer a un colectivo determinado, sino por estar vinculada al mismo⁴⁶. En este caso, la tutela antidiscriminatoria ampara a la persona perjudicada o sujeta a un trato

⁴⁴ Rec. 2534/2010.

⁴⁵ Aceptación utilizada por MUÑOZ RUIZ, A.B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”, *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, pp. 331 y ss.

⁴⁶ VELASCO PORTERO, M.T., “Doctrina del TJ sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia”, *Revista Galega de Dereito Social* (RGDS), núm. 9, 2019, p. 216.

desfavorable por razón de una causa de discriminación, aun cuando no concurra en ella dicha causa de discriminación.

Esta construcción tiene su origen en el litigio planteado por determinada trabajadora, la señora Coleman, madre de un hijo con discapacidad, cuyo empresario se opuso a que se reintegrara en el puesto que había ocupado hasta el inicio del descanso por maternidad, en circunstancias en las que sí se había permitido que otros trabajadores también padres de hijos sin discapacidad recuperaran sus antiguos puestos. Concretamente, el empresario se opuso a concederle la misma flexibilidad horaria y la reducción de jornada, antes bien, se produjeron comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra ella misma como contra su hijo, cuando solicitó tales facilidades. La Sra. Coleman presentó reclamación oficial contra el mal trato de que era objeto, pero no fue atendida por lo que optó por retirarla. La empresa llegó a amenazarla con el despido por falta de puntualidad en alguna ocasión en que llegó tarde a la oficina, a causa de problemas en el cuidado de su hijo; se le dijo que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad, a diferencia de lo ocurrido con otros trabajadores con hijos sin discapacidad que llegaban tarde al trabajo por las mismas razones.

Tras presentar su baja voluntaria en la empresa por exceso de plantilla (*voluntary redundancy*), interpuso demanda ante la jurisdicción laboral, alegando que se había visto obligada a resolver su contrato (*unfair constructive dismissal*), como consecuencia del acoso padecido y del trato recibido por parte de la empresa, menos favorable que el obtenido por los restantes empleados de la misma con un hijo sin discapacidad a su cargo.

Como quiera que las nociones de discriminación y de acoso por discapacidad recogidas en la normativa nacional aludían, respectivamente, al trato menos favorable hacia la “persona con discapacidad” [art. 3 A.1 *Disability Discrimination Act 1995*] y a la conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la “persona con discapacidad” (art. 3 B.1 DDA 1995)⁴⁷, la protección de dicha normativa no ampararía a la demandante. No obstante, el órgano jurisdiccional *a quo* (*Employment Tribunal, London South*) elevó diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, destinadas a determinar si la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ampararía también a quienes, aun sin tener una discapacidad, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona con discapacidad.

El TJUE, en Sentencia de 17 de julio de 2008 (C-303/06), concluyó que la situación constituía una discriminación directa, en aplicación del art. 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE, cuyo objeto es “luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual” en el ámbito laboral (art. 1), y define la discriminación directa como la situación en la que “una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1”, sin requerir expresamente que en ella concurra personalmente la situación que motiva la discriminación.

⁴⁷ En el momento de plantearse la demanda, tampoco la legislación británica en materia de discriminación por razón de sexo (*Sex Discrimination Act 1975*) y edad [*Employment Equality (Age) Regulations 2006*], contemplaba la discriminación por transferencia, aunque la segunda norma sí recogía esta fórmula respecto de los supuestos de acoso (HAND, J., “Discrimination Law and the Ebb and Flow of Indirect Effect in Britain”, *Liverpool Law Rev.*, núm. 37, 2016, p. 125). Por el contrario, la normativa sobre discriminación por razón de raza (*Race Discrimination Act 1976*), orientación sexual [*Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003*] y religión o creencias [*Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*], incorporaba una formulación más abierta *ratione personae* de la noción de discriminación y acoso por tales causas, análoga a la contemplada por las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE, que había permitido a los tribunales británicos incluir en su protección la discriminación por asociación. Sobre la sentencia pueden consultarse, entre otros estudios, CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, pp. 149-161; MUÑOZ RUIZ, A.B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”, cit., p. 331-337; PILGERS-TORFER, M., FORSHAW, S., “Transferred Discrimination in European Law: Case C-303/06, Coleman v Attridge Law; [2008] ICR 1128, [2008] IRLR 722 (ECJ)”, *Industrial Law Journal*, Volume 37, Issue 4, 2008, pp. 384-393.

El tribunal llega a la misma conclusión con relación a la prohibición de acoso contenida en la Directiva, por entender que la misma “no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas”, de forma que “cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3”⁴⁸.

En cualquier caso, no se trata ahora de analizar en detalle la doctrina comunitaria en esta materia, sino de poner de manifiesto los avances que ha significado en la protección antidiscriminatoria y, en particular, respecto de los supuestos de discriminación en los que interviene la circunstancia de parentesco.

En primer término, y aunque la noción de discriminación por asociación se acuña con relación a la discapacidad, posteriores sentencias han aplicado esta categoría jurídica a otras características protegidas, sobre la base de su idéntica enunciación en la normativa comunitaria, incluso a la discriminación indirecta, apreciándose una clara tendencia a la ampliación de su ámbito objetivo en aras de la mayor eficacia del principio antidiscriminatorio.

A modo de ejemplo, en el supuesto enjuiciado por la STJUE de 16 de julio de 2015 (C-83/14), asunto *Chez Razpredelenie Bulgaria AD*, la demandante, no romaní, que dirige su negocio en un barrio predominantemente romaní de Bulgaria, alega que constituye un tratamiento menos favorable la práctica del proveedor de electricidad consistente en colocar los medidores de electricidad a más altura (seis o siete metros) de lo habitual (1,70 metros) debido a la gran cantidad de casos de manipulación de medidores que se experimentan en el distrito, y que dicha práctica le impide controlar el consumo de energía de su negocio. El TJUE señala que la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, no circunscribe la protección antidiscriminatoria “a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos enunciados en su artículo 1”⁴⁹. La sentencia supone un importante avance en la tutela del derecho a la igualdad, por cuanto implícitamente acepta que el concepto de discriminación por asociación no se halla limitado a los supuestos en que existe una relación personal estrecha con otro sujeto en quien concurre la causa de discriminación prohibida⁵⁰, al tiempo que amplía el alcance aplicativo de dicha construcción judicial, referida en el caso *Coleman* a un supuesto de discriminación directa, para incluir los de discriminación indirecta⁵¹.

⁴⁸ Esta noción amplia y dinámica de la tutela antidiscriminatoria, aparece también recogida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, y en vigor desde el 3 de mayo de 2008), cuyo art. 2 alude precisamente a “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad...”. Como ha puesto de relieve la doctrina, el potencial que encierra esta noción en cuanto a la tutela de los trabajadores con discapacidad es sustancial, habiéndose postulado sobre esta base una interpretación de la obligación de la empresa de realizar ajustes razonables, que comprenda la adaptación de la jornada o el traslado a otro centro de trabajo de trabajadores con familiares con discapacidad (GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Tesis Doctoral, Barcelona, 2018, p. 363).

⁴⁹ Dado que la definición de discriminación por origen racial o étnico varía en las distintas versiones lingüísticas de la Directiva, y no ofrece un criterio interpretativo concluyente, el TJUE se apoya en otros instrumentos normativos, como la redacción del “artículo 19 TFUE, que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/43, y que atribuye a la Unión competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de origen racial o étnico (véase, por analogía, la sentencia *Coleman*, C-303/06, EU:C:2008:415, apartado 38), como el principio de no discriminación por razón de raza o de origen étnico reconocido por el artículo 21 de la Carta, del que esa Directiva es la expresión concreta en los ámbitos materiales comprendidos en ella” (Considerando 58).

⁵⁰ Aunque la sentencia no contiene esta afirmación de forma explícita, sí aparece en las Conclusiones de la Abogada General Kokott, en el citado Asunto C-83/14, *Chez Razpredelenie*, fechadas el 12 de marzo de 2015 (aptdos. 57-58).

⁵¹ Con esta sentencia, el TJUE desautoriza la jurisprudencia británica, sentada por la *Court of Appeal* en *Hainsworth v Ministry of Defence [2014]*, según la cual no cabía aplicar el concepto de discriminación por asociación a los casos de discriminación indirecta,

Más recientemente, la STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), en el caso *Jamina Hake-lbracht y otros contra WTG Retail BVBA*, califica como discriminatorio el despido de determinada trabajadora, encargada de la selección de personal, que, contrariamente al criterio de la empresa, propone la contratación de una trabajadora embarazada y protesta frente a la decisión empresarial de no aceptar su propuesta. En este supuesto, las represalias se relacionaban tanto con el sexo como motivo de discriminación, como con la adopción de medidas encaminadas, formal o informalmente, a lograr su tutela, por lo que, a tenor de la citada sentencia, resultaban contrarias al art. 24 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Por otra parte, como se deduce de los supuestos arriba mencionados, esta construcción jurisprudencial tiene como presupuesto la existencia de un vínculo con la persona en la que concurre la causa de discriminación, que no se ciñe necesariamente al parentesco. Tanto la naturaleza de la relación (familiar, matrimonial, pareja de hecho o sentimental, vecindad, amistad, colega de trabajo, etc.), como el grado de proximidad pondrán influir, sin duda, en la mayor o menor trascendencia del indicio de discriminación, sin embargo, lo relevante es que dicho vínculo sea real y suficientemente determinante del trato desfavorable o acoso discriminatorio infligido por la empresa⁵².

Por último, el principal mérito de esta doctrina radica en reforzar la virtualidad del principio antidiscriminatorio y hacerlo más efectivo, ampliando su ámbito subjetivo al otorgar protección a quienes padecen trato desfavorable o son víctimas de acoso discriminatorio por parte de la empresa debido a la característica protegida de una tercera persona, ya sea como represalia directa o indirecta por dicha relación (haber asumido la defensa de dicha persona frente a la empresa), ya sea con el ánimo de presionarlas para que adopten alguna decisión⁵³ o comportamiento con relación a aquella persona (v.gr. no ejercer derechos de conciliación necesarios para el cuidado de la persona) o, en fin, con el propósito de desincentivarla en el ejercicio de un derecho (libertad ideológica o religiosa, libertad sindical, tutela judicial efectiva, etc.). En última instancia, y respecto de determinadas características protegidas como la orientación sexual o el estatus familiar, la noción de discriminación por asociación permitirá proteger a personas asociadas a aquellas que se desvían de la regla dominante (por ser homosexuales, por quedar embarazadas sin haber contraído matrimonio, etc.) a las que, en virtud de una arraigada y rancia concepción del “honor” familiar, se extiende la reprobación de la situación controvertida⁵⁴. En definitiva, de esta forma se posibilita la reparación de estas prácticas y estrategias discriminatorias, aun cuando trasciendan a los colectivos directamente protegidos⁵⁵.

puesto que, a diferencia de la definición de discriminación directa, la noción de discriminación indirecta que recoge el art. 2 de la Directiva 2000/43 requiere que la persona demandante posea la característica racial o étnica. Para una opinión crítica de la ampliación del concepto de discriminación por asociación a los supuestos de discriminación indirecta, puede consultarse MASTERS, D., MCKINLEY, S., “Indirect discrimination by association: a regressive step?”, *Cloisters-Discrimination and Equality*, 2015 (<https://www.cloisters.com/indirect-discrimination-by-association-a-regressive-step/>).

⁵² BARRIOS BAUDOR, G., PÉREZ CAMPOS, A.I., “La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo Español”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIX, 2016, p. 38; CRISANTO CASTAÑEDA, A.C., “El Caso Coleman: la discriminación por asociación y el fundamento de su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas, Sala General, de 17 de julio de 2008. Asunto C-303/06”, AA.VV., *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, 2009, p. 250; PÉREZ CAMPOS, A.I., “Discriminación por asociación”, en AA.V., *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2018, p. 231.

⁵³ Cual sería el caso del chantaje sexual indirecto, al que alude MOLERO MANGLANO, C., en “El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999”, *Actualidad Laboral*, 2000, ref. XIX, p. 243, tomo 1 (LA LEY 3052/2001), que se produce cuando el beneficio o perjuicio va referido a un tercero que guarda relación de parentesco, amistad o afecto con el propio acosado.

⁵⁴ MICHELETTO, L., “Protección internacional de las personas erróneamente percibidas como LGTBI o asociadas con personas LGTBI”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 51, 2019 (BIB 2019\6208, p. 5).

⁵⁵ POYATOS I MATAS, G., “Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación “por asociación”:

3.2. Aplicación de la tutela antidiscriminatoria por asociación en el derecho interno español

La doctrina Coleman fue incorporada por el legislador nacional en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo art. 2.e), define la discriminación por asociación como aquella que “*existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad*”⁵⁶. Con esta previsión, el legislador asume que el riesgo de discriminación no solo afecta a las personas con discapacidad, sino también a aquellas que les prestan cuidados⁵⁷, sus familiares (madres e hijas, en la mayoría de los casos), por cuanto dicha atención tiene una indudable repercusión en la actividad laboral que la empresa no siempre está dispuesta a aceptar.

Al margen de esta disposición legal en materia de discapacidad, no existe, en el ordenamiento español, otra referencia normativa expresa a la discriminación por asociación. Ello ha hecho recaer en nuestros tribunales la tarea de interpretar la normativa antidiscriminatoria a la luz de la doctrina del TJUE, a fin de extender la tutela a trabajadores afectados por un trato perjudicial en razón de su vinculación, ya sea por parentesco, ya por matrimonio o situación análoga, con personas en quienes concurre cualquier motivo de discriminación.

En efecto, la doctrina de suplicación ha apreciado la existencia de discriminación de género por asociación en un buen número de supuestos: Así, la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018⁵⁸, estima probada la discriminación *per relationem* o por asociación padecida por un trabajador para que su esposa no instara la aplicación del protocolo antiacoso en su empresa, que desembocó en el despido de un directivo. El trabajador sufrió presiones por parte de la empresa para que su pareja desistiera de su pretensión, que le provocaron estrés y hasta una angina de pecho, y que le llevaron finalmente a plantear demanda instando la resolución de la relación laboral por incumplimiento grave de la empresa consistente en acoso discriminatorio por razón de sexo. El TSJ de Galicia trae a colación la doctrina *Coleman* y apoya su decisión en la noción de acoso por razón de sexo contenida en el art. 2.1.c) de la Directiva 2006/54, en cuanto se refiere a la situación atentatoria contra “*la dignidad de la persona*”, mientras que el art. 7.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), alude a “*su dignidad*” (en referencia a quien sufre el acoso).

Una vez constatada la existencia de acoso discriminatorio por razón de sexo, el tribunal declara resuelta la relación laboral del actor, con la indemnización prevista en el art. 50.2 ET, incluyendo una cantidad adicional (15.000 €) por vulneración de derechos fundamentales señalada en el art. 183 LRJS, para cuya cuantificación toma como referencia los criterios contenidos en el referido art. 183 LRJS (eficacia preventiva; valoración de los daños sufridos por el trabajador, tanto en su integridad moral y en su proyecto vital y profesional, como en su salud) y en el art. 39.1 LISOS a efectos de graduación de las sanciones por infracciones del orden social (tamaño de la empresa y su volumen de negocios; existencia de un protocolo antiacoso; incumplimiento por parte de la empresa de su obligación *ex art.* 48 LOIEMH de información y formación de sus trabajadores a fin de prevenir el

Comentario a la Sentencia 882/2019, de 29 de agosto”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 441, 2019, p. 172.

⁵⁶ Ya con carácter previo a la aprobación de esta norma, la STSJ Cataluña 4456/2011, de 23 de junio de 2011 (rec. 515/2011), había aplicado la doctrina Coleman para calificar como nulo el despido de una trabajadora que había solicitado la prestación por cónyuge discapacitado prevista en el convenio colectivo. Entre los indicios de vulneración del derecho fundamental, el tribunal consideró que el breve lapso de tiempo transcurrido entre la solicitud de la prestación y la decisión extintiva, así como el hecho de que la propia empresa hubiera reconocido inmediatamente la improcedencia del despido, basado en la disminución continuada y voluntaria del rendimiento, pese a haber superado recientemente el período de prueba.

⁵⁷ PÉREZ CAMPOS, A.I., “Discriminación por asociación”, cit., p. 229.

⁵⁸ STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (rec. 421/2018).

acoso sexual). Con carácter orientativo, acude, asimismo, a la graduación de las multas a imponer por infracciones muy graves del orden social, conforme al art. 40.1.c) LISOS.

Aunque sin citar la jurisprudencia comunitaria, también, el TSJ de Galicia, en sentencia de 31 de enero de 2012⁵⁹, declaró la nulidad del despido de la hermana de otra trabajadora, también despedida estando embarazada que se había negado a aceptar la decisión extintiva reconocida como improcedente por la empresa, invocando su nulidad, pese a que el representante de esta le amenazó con despedir a su hermana. En el caso enjuiciado, el TSJ apreció que la conducta empresarial lesionaba el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, pues el despido respondió a una represalia frente a la dificultad o imposibilidad de despedir a su hermana embarazada. Interesa, de otro lado, señalar que la resolución comentada rechaza que este caso constituya una discriminación por razón de parentesco, si bien no recoge la argumentación en que basa dicha conclusión.

La teoría de la discriminación por asociación o por vinculación sirve, asimismo, a la STSJ de Galicia de 2 de agosto de 2017⁶⁰, para declarar la nulidad del despido de un trabajador como represalia por su participación como miembro (secretario) de la Mesa electoral en la decisión de inadmitir la candidatura de determinado sindicato en las elecciones sindicales, por incumplir los requisitos legalmente establecidos⁶¹. Y es que, como señala la sentencia, “aun cuando el actor no pertenece al colectivo amparado por la libertad sindical, si concluyéramos que fue represaliado por su actuación como árbitro independiente entre los distintos Sindicatos que concurrían a las elecciones, el art. 28 CE estaría afectado, pues la amenaza de tal posible injerencia o represalia empresarial privaría de sentido a la exigible independencia de los miembros de la Mesa, independencia que garantiza la actuación de los sindicatos en las elecciones en igualdad de condiciones en ejercicio de su libertad sindical y el efectivo trato peyorativo directamente vinculado con la libertad sindical de tales candidaturas sindicales”.

Igualmente, se ha aplicado esta doctrina para amparar a quien padece represalias en razón de la actividad sindical y acciones judiciales planteadas en ejercicio de sus funciones representativas por otra persona, con quien mantiene un vínculo sentimental. En este caso, enjuiciado por la STSJ de Canarias de 29 de agosto de 2019⁶², los derechos vulnerados por el comportamiento empresarial son la actividad sindical, así como la garantía de indemnidad, que se deduce del derecho a la tutela judicial efectiva (*ex* art. 24 CE). Siguiendo la doctrina constitucional en la materia, el tribunal concluye que el reconocimiento expreso e inmediato por parte de la empresa de la improcedencia del despido de la trabajadora⁶³, la conexión temporal entre la acción judicial interpuesta por el representante y el despido de su pareja por disminución continuada y voluntaria de su rendimiento⁶⁴, así como la ausencia de sanciones previas, constituyen indicios suficientes para crear la apariencia de represalia⁶⁵.

Este supuesto guarda cierta similitud con el previamente resuelto por la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2015⁶⁶, en el que una trabajadora de determinado ayuntamiento tiene noticia de la extinción de su contrato al poco de que su pareja de hecho, concejal de la oposición, hubiera presentado una moción interesando la dimisión de un concejal cuñado del alcalde. Aunque el tribunal estima el recurso de la trabajadora, calificando el despido nulo por discriminatorio, no alude en el

⁵⁹ STSJ de Galicia núm. 524/2012, de 31 de enero (rec. 4196/2011).

⁶⁰ STSJ de Galicia núm. 551/2017, de 2 de agosto de 2017 (rec. 1806/2017).

⁶¹ Véase un comentario de esta sentencia en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.

⁶² STSJ Canarias 882/2019, de 29 de agosto (rec. 531/2019).

⁶³ Cfr. STC 2/2009, de 12 de enero.

⁶⁴ STC 125/2008, de 20 de octubre.

⁶⁵ Sobre la referida resolución, véase, POYATOS I MATAS, G., “Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación “por asociación”: Comentario a la Sentencia 882/2019, de 29 de agosto”, *cit.*, pp. 166-172.

⁶⁶ STSJ Madrid 202/2015, de 6 de marzo de 2015 (rec. 933/2014).

fallo a la discriminación por asociación basada en motivos políticos, sino que se refiere a la prohibición de discriminación por circunstancias familiares.

Ya en materia prestacional, esta construcción jurídica ha permitido al Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de enero de 2016, reconocer la pensión de viudedad a una mujer separada del causante, pese a que no era acreedora de la pensión compensatoria ni existía sentencia condenatoria por violencia de género (la mujer no llega a formular acusación en su comparecencia judicial), por considerar acreditada su condición de víctima de violencia de género a los efectos del entonces vigente art. 174.2 LGSS/1994, en virtud de la condena al causante por amenazas y violencia contra el hijo común, que había testificado en favor de la madre durante el trámite de separación, lo que se consideró como un indicio de violencia sobre la madre. Como bien advierte el tribunal, “(a)l igual que cabe la discriminación a través de persona interpuesta (STJUE 17 julio 2008, C-303/06, Coleman; perjuicio a la madre trabajadora de un discapacitado) no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor”⁶⁷.

En lo que concierne a la prestación en favor de familiares (art. 226 LGSS), la reciente STS de 29 de enero de 2020⁶⁸, entiende que la denegación de dicha prestación a la hija de una mujer titular de la pensión de vejez SOVI, por considerar que la causante no tenía la condición de pensionista de jubilación o incapacidad contributiva –como exige el art. 216.1.e) LGSS–, constituye un supuesto de discriminación indirecta⁶⁹ y, en lo que interesa a este estudio, “refleja o transferida, porque (...) las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación”⁷⁰.

En todo caso, y puesto que la jurisprudencia comunitaria analizada se basa en una interpretación flexible de la noción de la conducta discriminatoria prohibida que se recoge en las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato y en el Tratado de Funcionamiento de la UE (arts. 19 y 157 TFUE), es posible afirmar que la figura de la discriminación por asociación es trasladable a cualquier causa de discriminación prohibida (sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual) que aparezca definida con una fórmula amplia que no refiera estrictamente la conducta prohibida a la persona en quien concurre la causa de discriminación⁷¹. Dicha conclusión es, además, coherente con el propio Derecho interno ya que, de forma análoga a las referidas Directivas, tanto el art. 14 CE, como los arts. 4.2.c) y e) y 17.1 ET y el art. 96.1 LRJS, aluden a la discriminación “*por razón de*” las causas ya conocidas. Pese a estos recursos interpretativos, conviene insistir en la conveniencia de una previsión legal que recoja explícitamente

⁶⁷ STS núm. 178/2016, de 20 de enero de 2016 (rec. 3106/2014).

⁶⁸ STS núm. 79/2020, de 28 de enero de 2020 (rec. 3097/2017).

⁶⁹ Ya que, como razona el TS (FJ. 5 y 6), además de tratarse de una prestación contributiva, esta interpretación restrictiva del art. 217.1.c) LGSS tiene un impacto negativo superior sobre las mujeres, pues son mayoritariamente mujeres las beneficiarias de las pensiones del SOVI (“en el mes de octubre de 2019 –por no ir más atrás–, 234.853 pensiones de dicha naturaleza eran percibidas por mujeres, frente a 26.563 que lo eran por hombres”). Este argumento se refuerza con el dato de que también las prestaciones en favor de familiares se encuentran feminizadas, al generarse “en número también significativamente superior por parte de personas beneficiarias de sexo femenino (los datos estadísticos de la Seguridad Social del mes de octubre de 2019 arrojan un total de 29.450 mujeres, frente a 13.330 hombres).” (FJ.9).

⁷⁰ Continúa razonando el FJ. 8 de la sentencia que: “La aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación. Acogemos de este modo el concepto de discriminación por asociación, delimitado por las STJUE de 17 julio 2008 Coleman –C-303/06– y 16 julio 2015, *CHEZ Razpredelenie* Bulgaria AD - C-83/14–, recogido en nuestro Derecho positivo en el art.63 del RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido, por ejemplo, en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal (CP), que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4 CP”.

⁷¹ MUÑOZ RUIZ, A.B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”, cit., p. 337.

el concepto de discriminación por asociación con carácter general, respecto de todas las causas de discriminación prohibidas, siguiendo el ejemplo de otros países europeos⁷².

4. Conclusiones

Considerado como motivo autónomo de discriminación, el parentesco constituye una causa atípica de discriminación desde el punto de vista constitucional, aun cuando sea encuadrable en la cláusula general del art. 14 CE, relativa a “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. A diferencia de los supuestos mencionados expresamente en el precitado art. 14 CE, que recogen supuestos históricos de segregación particularmente odiosos y contrarios a la dignidad de la persona, el parentesco constituye una causa legal de discriminación en el ámbito laboral (art. 17.1 CE), que difícilmente se justifica en la necesidad de tutela de un colectivo o grupo social vulnerable. Según un sector doctrinal, la configuración legal de esta y otras causas de discriminación tiene transcendencia en materia de carga de la prueba, entendiéndose que, cuando se trata de causas atípicas, como ocurre con el parentesco, no se aplica de forma rigurosa el test de razonabilidad que se requiere en presencia de las categorías típicas del art. 14 CE, ya que constituye una construcción de la doctrina constitucional (influida por el Derecho comunitario y comparado), y desarrollada en el contexto de dichas causas de discriminación (sexo, raza, motivos sindicales...).

Tratándose de una empresa familiar, el vínculo de parentesco pierde el carácter apriorístico de elemento sospechoso como causa de discriminación prohibida. En coherencia con lo anterior, la construcción del panorama indiciario por parte de quien alega la existencia de discriminación por pertenencia a un grupo familiar ha de ser más exigente en este tipo de empresas, al tiempo que el test de proporcionalidad que ha de superar la empresa se dirigirá a señalar una causa razonable, suficiente y ajena a la relación de parentesco.

En lo que concierne a una eventual condena al resarcimiento de daños morales que tome como canon de referencia los arts. 8.12 y 40.1.c) LISOS, tal posibilidad ha sido aceptada, como se sabe, por la doctrina constitucional y judicial respecto de comportamientos tipificados en dicha norma. Sin embargo, el art. 8.12 LISOS tipifica exclusivamente la discriminación por razón del parentesco con otros compañeros de la empresa. El citado precepto no se pronuncia en términos genéricos que permitan la consideración de decisiones basadas en el vínculo familiar con otras personas (socias, clientes, etc.), omisión que podría justificar la inaplicación de dicho parámetro a fin de cuantificar la indemnización, cuando la discriminación se basa en el parentesco con socios de la empresa.

Con todo, existen supuestos en que la relación familiar o de parentesco no es la causa última de discriminación, sino el conducto que permite a la empresa presionar para que una tercera persona no ejerza determinado derecho o para causar indirectamente un perjuicio a través de la persona vinculada a aquella en quien concurre el motivo de discriminación (discapacidad, sexo, actividad sindical o política, etc.) o que ha ejercido determinado derecho fundamental (v.gr. en el caso de la garantía de indemnidad). En estos casos, la doctrina de la discriminación por asociación permite extender a las personas no afectadas directamente por el factor de discriminación, las garantías propias de aquellos derechos fundamentales que han sido vulnerados.

⁷² Tras la histórica decisión del TJUE en *Coleman v. Attridge*, la *Equality Act 2010* introdujo el concepto de discriminación por asociación en la legislación del Reino Unido, respecto de las circunstancias de edad, raza, discapacidad, cambio de sexo, religión o creencia, sexo, orientación sexual y embarazo y maternidad. También Irlanda cuenta con una previsión general relativa a la discriminación por asociación [art. 6 (1) (b) *Employment Equality Act 21/1998 revised 2016*] y Suecia incluye esta noción en la definición de discriminación directa [art. 4.1 *Discrimination Act (2008:567)*; véase NORBERG, P., “Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Sweden”, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, p. 26. Disponible en https://www.legislationline.org/download/id/5676/file/Sweden_Country%20report_anti-discrimination_2013_en.pdf].

La doctrina judicial ha ampliado enormemente la eficacia de la tutela antidiscriminatoria al extender el ámbito de aplicación de esta categoría jurídica, tanto desde un punto de vista subjetivo, más allá del vínculo del parentesco, como objetivo, para amparar a quienes padecen discriminación o acoso por razón de diferentes causas de discriminación como la discapacidad, el sexo, o por el ejercicio de determinados derechos fundamentales. No obstante, el alcance de esta construcción jurisprudencial se halla limitado a la propia casuística que contemplan las resoluciones judiciales, lo que plantea dudas respecto de su ámbito objetivo (causas de discriminación prohibidas) y subjetivo. De ahí, la conveniencia de que se introduzca expresamente la noción de discriminación por asociación en la legislación laboral, tanto sustantiva como procesal, así como en las principales normas que regulan el principio antidiscriminatorio en nuestro ordenamiento (v.gr. en la LOIEMH), siguiendo el ejemplo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en materia de discapacidad.

5. Bibliografía citada

- AAVV., DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, 3ª Ed., La Ley, Madrid, 2007.
- ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo” (https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2535/mod_resource/content/1/Tema%203.%20DF.%20Causas%20de%20discriminaci%C3%B3n.pdf).
- BALLESTER PASTOR, M.A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, en AA.VV., BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (TOL1.833.514).
- BALLESTER PASTOR, M.A., “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa. (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998, tomo 2 (LA LEY 6271/2002).
- BARRIOS BAUDOR, G., PÉREZ CAMPOS, A.I., “La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo Español”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIX, 2016, pp. 13-62.
- CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.
- CRISANTO CASTAÑEDA, A.C., “El Caso Coleman: la discriminación por asociación y el fundamento de su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas, Sala General, de 17 de julio de 2008. Asunto C-303/06”, AA.VV., *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, 2009, pp. 239-250.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., ELORZA GUERRERO, F. (coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, 2008, La Ley, Temas.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pp. 11-57.

- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Tesis Doctoral, Barcelona, 2018. Disponible en <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565828/dgc1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- HAND, J., "Discrimination Law and the Ebb and Flow of Indirect Effect in Britain", *Liverpool Law Rev*, núm. 37, 2016, pp. 119-136. <https://doi.org/10.1007/s10991-016-9185-z>
- LAURENZO COPELLO, P., "Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado: Racismo y Xenofobia", en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial; Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 217-282.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral", *Evocati Revista*, núm. 18, 2007.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016 (BIB 2016\80411).
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo, La Coruña, 2007.
- MASTERS, D., McKINLEY, S., "Indirect discrimination by association: a regressive step?", *Cloisters - Discrimination and Equality*, 2015 (<https://www.cloisters.com/indirect-discrimination-by-association-a-regressive-step/>).
- MICHELETTO, L., "Protección internacional de las personas erróneamente percibidas como LGTBI o asociadas con personas LGTBI", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 51, 2019 (BIB 2019\6208).
- MOLERO MANGLANO, C., en "El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999", *Actualidad Laboral*, 2000, ref. XIX, p 243, tomo 1 (LA LEY 3052/2001).
- MUÑOZ RUIZ, A.B., "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores", *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, p. 321-339.
- NORBERG, P., "Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Sweden", *European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field*, p. 26. Disponible en https://www.legislationline.org/download/id/5676/file/Sweden_Country%20report_anti-discrimination_2013_en.pdf
- PÉREZ CAMPOS, A.I., "Discriminación por asociación", en AA.VV., *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2018, pp. 225-245.
- PILGERSTORFER, M., FORSHAW, S., "Transferred Discrimination in European Law: Case C-303/06, Coleman v Attridge Law; [2008] ICR 1128, [2008] IRLR 722 (ECJ)", *Industrial Law Journal*, Volume 37, Issue 4, 2008, pp. 384-393.
- POYATOS I MATAS, G., "Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación "por asociación": Comentario a la Sentencia 882/2019, de 29 de agosto", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 441, 2019, pp. 166-172.
- POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2016.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho*, núm. 44, 2001, pp. 219-241.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Prólogo”, en POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *DOXA*, núm. 19, 1996.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., “La reparación del daño en la jurisdicción laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, pp. 181-210.
- TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Monografías, 901, Valencia, 2014.
- VELASCO PORTERO, M.T., “Doctrina del TJ sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia”, *Revista Galega de Dereito Social (RGDS)*, núm. 9, 2019, pp. 215-228.
- VELÁZQUEZ, M., “La Inspección de Trabajo ante la igualdad de trato en el ámbito de las relaciones laborales”, *IUSLabor*, núm. 4, 2006.