

Roj: **STSJ CAT 4739/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:4739**

Id Cendoj: **08019340012018103557**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2018**

Nº de Recurso: **2042/2018**

Nº de Resolución: **3678/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS REVILLA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 12, 13-06-2017,**

STSJ CAT 4739/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8005187

CR

Recurso de Suplicación: 2042/2018

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 19 de junio de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

***SENTENCIA* núm. 3678/2018**

En el recurso de suplicación interpuesto por Lorena frente a la Sentencia del Juzgado Social 12 Barcelona de fecha 13 de junio de 2017 dictada en el procedimiento Demandas nº 102/2016 y siendo recurrido/a Fondo de Garantía Salarial, Loomis Spain, S.A. y Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. LUIS REVILLA PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de febrero de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"Que debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Lorena contra la entidad Loomis Spain S.A. y previa íntegra desestimación de la acción principal por Despido Nulo DEBO DECLARAR Y



DECLARO la improcedencia del despido disciplinario efectuado a la demandante mediante comunicación de fecha de efectos de 22 de enero de 2016 y en consecuencia DEBO EXTINGUIR LA RELACIÓN LABORAL que vinculaba a las partes con fecha de efectos del despido 22 de enero de 2016

Se absuelve al FOGASA sin perjuicio del cumplimiento de sus responsabilidades legales al amparo del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores . "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La demandante D^a Lorena acredita antigüedad en la entidad demandada Loomis Spain S.A. desde el 5 de agosto de 2014, con vinculación laboral indefinida en jornada completa, horario de 7 a 15 horas, siendo la categoría profesional de Auxiliar Administrativa y con salario bruto mensual incluida la prorrata de pagas extraordinarias de 1075,70 euros.

(extremos no controvertidos entre las partes a la vista de sus propias manifestaciones realizadas en el acto de la vista).

SEGUNDO.- La demandante no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en la empleadora.

(extremos no controvertidos entre las partes a la vista de sus propias manifestaciones realizadas en el acto de la vista).

TERCERO.- Mediante comunicación de fecha 22 de enero de 2016 con fecha de efecto del mismo día la empleadora comunicó la decisión de despedir disciplinariamente a la demandante al amparo del artículo 55.13º del Convenio Colectivo de aplicación. En la comunicación por despido se reseña:

" *Muy Sra Nuestra:*

Por medio de la presente le comunicamos su DESPIDO disciplinario, con fecha de efectos de hoy por la comisión de una falta laboral muy grave de "disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal de su trabajo", tipificada en el artículo 55.13 del Convenio Colectivo del Sector aplicándole la sanción en su grado máximo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 del citado cuerpo normativo.

Concretamente y durante los últimos meses Ud ha mantenido un productividad media muy baja con respecto a la productividad media de sus compañeros. Esta media de productividad realizada por Ud, esta muy por debajo de la productividad media aceptable para cada empleado, con los consiguientes perjuicios que este ocasiona.

Además esta disminución de su rendimiento no está justificada en razón objetiva alguna, por lo que entendemos que Ud es la única responsable de la misma.

Estos hechos están tipificados en el Convenio Colectivo de Empresa de Seguridad privada en el artículo 55.13 "La disminución voluntaria y continuada del rendimiento", por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 56. 2º del mismo texto, y atendiendo a su expediente laboral, se ha decidido aplicarle la sanción correspondiente en grado máximo.

Al desconocer la empresa su afiliación, si Ud desea que se dé traslado del presente a algún Delegado sindical le solicitamos que nos haga expresa mención de ello, en su defecto, sólo se dará traslado a los Delegados de Personal.

Asimismo se le informa que la firma de la presente sólo implica el recibí de la misma y no conformidad con el contenido de forma que si Ud se niega a firmalar, le será remitida por burofax con acuse de recibo, siendo de su cuenta los gastos que esto origine.

Igualmente le advierte que si no está conforme con la sanción, por impugna ante la Jurisdicción competente en el plazo de veinte días.

(folio 12 de las presentes actuaciones consistente en comunicación por despido).

CUARTO.- El convenio colectivo de aplicación lo constituye el Convenio Colectivo para Empresas de seguridad privada.

(no controvertido entre las partes).

QUINTO.- La partes firmaron un acuerdo de despido de fecha 22 de enero de 2016 en el que consta como acuerdo tercero que " por el motivo expresado en el párrago anterior, ambas partes pactan, que la empresa Loomis Spain S.A., abonará a D^a Lorena la cantidad de 2.023,12 euros (Dos mil veintitres euros con doce

céntimos de euro) por los conceptos del despido, siendo que con el percibo del citado importe, se considerará totalmente saldada y finiquitada la relación laboral, sin tener cantidad alguna pendiente que reclamar salvo las que pudieran corresponderle por salario, horas extraordinarias y nocturnas (en su caso), pagas extraordinarias y vacaciones"

Asimismo la demandante firma documento de liquidación y finiquito por la cantidad de 2.304,44 euros en la misma fecha 22 de enero de 2016.

(folios 94 y 95 de las actuaciones).

SEXTO.- Como consecuencia de lo anterior la demandante recibió un cheque por importe de 2.304,44 euros. (folio 65 de las actuaciones, documento número 5 del ramo de prueba de la parte actora).

SEPTIMO.- La demandante contrajo matrimonio civil con Dª Paloma en fecha 10 de diciembre de 2015 e inició en fecha 9 de julio de 2015 el correspondiente expediente matrimonial (folios 71 a 74 de las actuaciones).

OCTAVO.- La demandante inició tratamiento de fertilidad en fecha 25 de noviembre de 2015 y se realizó dos transferencias embrionarios en fecha 16 de diciembre de 2015 y 25 de enero de 2016. Se realizó una primera prueba de embarazo en fecha 28 de diciembre de 2015 y una segunda prueba de embarazo en fecha 5 de febrero de 2016.

(folios 75 a 78 y 80 de las actuaciones).

NOVENO.- Como consecuencia de lo anterior la demandante ha tenido un hijo nacido en fecha NUM000 de 2016.

(folio 81 de las actuaciones).

DECIMO.- El día 22 de enero de 2016 se celebró, ante la Secció de Conciliacions del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, el preceptivo acto de conciliación, con el resultado de sin avenencia entre las partes. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte demandada Loomis Spain, S.A., a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la trabajadora actuante el pronunciamiento que desestimó la demanda en la que postulaba que se declarase nulo o subsidiariamente improcedente el despido por causa disciplinaria que sobre la misma había sido articulado con efectos de 22/01/2016, tras de que la sentencia recurrida, tras rechazar que hubiesen aportado por la trabajadora indicios de discriminación por razón de orientación sexual o género y, por tanto, que pudiese ser declarado como nulo, concluyese que la acción en que se impugnaba era inexistente, por haberse agotado en el acuerdo transaccional previo a su ejercicio, otorgando así eficacia extintiva y liberatoria al finiquito suscrito por las partes.

La trabajadora interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada y este ha sido impugnado por la empresa demandada.

SEGUNDO.- Como primer motivo del recurso, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS , se combate el relato fáctico y se pretende expresamente nueva redacción para el hecho probado quinto para que el mismo se lea con el siguiente tenor: "El mismo día 22 de enero de 2016 la empresa reconoció la improcedencia del despido, redacta un documento y el acta de conciliación ofreciendo sus servicios al actora (sic) que y mostrándole un talón con el importe de dicha indemnización y dándole una fotocopia. Al rechazar esta actuación por parte de la actora, la empresa sigue en poder del talón y en consecuencia la actora no ha percibido indemnización alguna por el despido".

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar

el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero [RJ 1986 , 221] , 23 de octubre [RJ 1986, 5886] y 10 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6306] y STS, 17 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7929]) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador..); c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o pericia les que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso. Y ninguno de estos requisitos se ha completado.

La declaración de hechos probados supone la plasmación de la convicción del órgano judicial en relación con los hechos que las partes han traído al proceso y sobre los que se ha practicado prueba, narrando la realidad que, a su juicio, ha quedado acreditada, razonando en la fundamentación jurídica el porqué de la conclusión fáctica plasmada en el relato de hechos probados, en función de la valoración de prueba desplegada en el mismo y de la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba.

Valoración que toma en consideración los denominados "elementos de convicción" conforme al artículo 97.2 de la LRJS , concepto más extenso que el de medios de prueba, pues no sólo abarca a los enumerados por el artículo 299 de la LEC , sino también el comportamiento de las partes en el curso del proceso, e incluso sus omisiones, requisitos todos ellos que cumple con creces la sentencia de instancia, aunque llegue a una conclusión que, obviamente, el recurrente no comparte.

En todo caso nos hallamos ante una resolución judicial debidamente motivada, que se ajusta a las exigencias del artículo 120.3 de la CE , 218.2 de la LEC y 97.2 de la LRJS . Deber de motivación que responde a una doble finalidad: a) de un lado, la de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley; b) y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos.

Ninguno de los requisitos se ha completado.

La parte recurrente pretende poner en entredicho la valoración de la prueba que el magistrado de instancia efectúa en la sentencia recurrida, cuestionando la convicción alcanzada por el mismo obviando que, conforme al artículo 97.2 de la LRJS , es potestad exclusiva del juzgador a "a quo" su valoración y que excepcionalmente el órgano "ad quem" puede entrar a revisarla vía apartado b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, cuando se evidencie error en la valoración en base a documentos indicadas por el recurrente, circunstancia que no concurre en el supuesto de autos porque los elementos probatorios con base a los que postula la modificación son ineficaces al fin pretendido de acreditar irrefutable error en la conclusión a la que llegó el magistrado de instancia. Además nada se añade a lo axial para resolver el debate sobre si la acción existe, o no, de lo que ya da cumplida y suficiente cuenta el relato de la sentencia que ya refiere la puesta a disposición del talón, como medio representativo del pago de la indemnización, independientemente de que fuese rechazado por la trabajadora.

Por ello el recurso, en este ámbito, ha de ser desestimado.

TERCERO.- Como motivo de infracción jurídico-sustantiva invoca la trabajadora, la infracción del artículo 355 del ET y de la doctrina de diversas sentencias de TSJ que expresamente cita y que, desde luego, no constituyen doctrina jurisprudencial a efectos de fundamentar un recurso extraordinario, por motivos tasados, como el que nos ocupa.

No impugna el pronunciamiento dilatorio o de forma que contiene la sentencia cuando niega la existencia de la acción por despido que se ejercita en el procedimiento, por haber sido objeto de transacción en acto previo en el que se explicitó el mutuo acuerdo de las partes a la extinción, consolidándola de forma definitiva, y limita la censura jurídica a la calificación que el despido merece en su subjetiva consideración, manteniendo que ésta ha de ser la de nulo por discriminatorio.

Esta circunstancia que deriva de la deficiente técnica procesal del recurso es, desde luego, torpe e indeseable pero no permite a la Sala, en simple buenismo de equidad que rompería el necesario equilibrio de partes, integrar el recurso y entender que se ha impugnado hecho obstativo y perentorio que impide pronunciamiento sobre el fondo y realizar éste, que es el único que contiene el recurso.



La sentencia afirma la eficacia liberatoria del finiquito y que se produjo libre transacción de la acción para impugnar el despido. Y esta es cuestión que por su carácter previo al del estudio de la potencial calificación jurídica del acto extintivo necesita de calificación previa.

Es cierto que la estructura de la sentencia es torpe porque aunque en el último párrafo del fundamento de derecho tercero acoge la excepción de falta de acción porque la trabajadora otorga consentimiento a la extinción indemnizada con la contraprestación de indemnización pactada, de 2.023,12 euros; al margen de la que correspondería por liquidación, que se desglosa en documento adjunto (que figura al folio 96 de las actuaciones) por suma global neta de 2.304,44 euros; luego no lo recoge expresamente en el fallo tal conclusión.

Sí lo hace de forma tácita porque, al margen de la irrelevante calificación del despido, declara extinguida la relación laboral en el momento en que se suscribe el acuerdo de transacción sin derecho a percibir salarios de trámite (porque el despido se actúa en igual fecha) y sin derecho a percibir indemnización por despido de clase alguna (por supuesto sobrentendiendo que tiene derecho a percibir la pactada por las partes, que tiene superior dimensión a la legal).

En todo caso tal incorrección o lapsus lingui no puede variar el sentido de las cosas y obviar que se acogió la excepción dilatoria sin que se haya causado indefensión a la trabajadora que ha podido, en todo caso, mantener la pretensión de la demanda.

El motivo de inexistencia de la acción que acoge la sentencia, es esencial y obstativo, en cuanto impide pronunciamiento sobre el fondo de la litis, y si la trabajadora quiere el pronunciamiento de fondo y que se efectúe calificación jurídica sobre el despido necesita reformar y para ello antes impugnar el pronunciamiento de forma.

Sólo cuando se afirme que la acción sí existe es cuanto se impondrá pronunciamiento sobre el fondo de la litis, concretamente sobre la calificación jurídica del acto extintivo y sus consecuencias. Pero como la trabajadora no impugna el pronunciamiento prejudicial este ha ganado firmeza y ya no puede pretender que obtenga solución la acción que se ha declarado que ya no existe por haberse consolidado de forma firme e irreversible la extinción del contrato de trabajo.

Desgraciadamente la consecuencia es indeseable pero irreversible: la Sala no podrá conocer sobre el motivo de censura jurídica sobre la calificación jurídica del despido y sus consecuencias que contiene el recurso al haberse consolidado, por no haber sido impugnada, la declaración judicial de que la acción que impugna el despido no existe al haber sido objeto de transacción.

Todo ello, claro está, reservando el derecho de la trabajadora a obtener de la empresa el importe de la indemnización pactada, en los términos concretados de 2.023,12 euros y de la liquidación de la relación laboral si potencialmente estas cantidades aún no han sido percibidas por la misma por causa ajena a su simple disposición unilateral.

CUARTO.- No por lo dicho ha de desestimarse en integridad el recurso o dejarse completamente imprejuzgado en cuanto, habiéndose denunciado violación de derechos fundamentales, cuando se haya vehiculado la violación a través del despido, el procedimiento en el que ha de defenderse tal declaración de violación es el establecido para éste. No obstante una vez que se declara inexistente la acción

para impugnar el despido nada impide que deba realizarse el mismo, una vez que no ha sido objeto de transacción y la acción impugnatoria se mantiene.

Ello incluso en supuesto como el que nos ocupa en que ningún efecto, mas allá del propiamente dialéctico podrá tener la declaración de existencia de la violación porque la relación laboral ya ha extinguido y porque no se postuló indemnización complementaria por violación con lo que ésta no reconocerse.

Denuncia la recurrente que la conducta empresarial supone vulneración de derecho fundamental, tras afirmar infracción del artículo 55.5 del ET, en relación con el artículo 14 de la CE y de la jurisprudencia de distintos tribunales que expresamente cita.

En esencia sostiene que el despido disciplinario no fue sino instrumento que vehiculiza la voluntad empresarial de, en reacción violadora, cercenar el derecho de quién formula el recurso a la igualdad por razón de género, dada su condición de mujer que se sometía a tratamiento de fertilidad, y por razón de orientación sexual, porque en fecha casi inmediatamente anterior al despido había contraído matrimonio con contrayente del mismo género, y que así debe declararse.

El estudio de tal censura jurídica en los extensos y generales términos en que se manifiesta impone establecer el marco jurídico y jurisprudencial en el que ha de resolverse.



Así, en primer lugar, reproduciendo una ya consolidada doctrina del Tribunal Constitucional se remiten las sentencias de esta la Sala, de 25 de julio de 2011 y 24 de mayo de 2012 , a lo manifestado por la sentencia del citado Tribunal 266/93 al recordar "que el indicio del trato discriminatorio o atentatorio contra los derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales". Y si bien es cierto, se añade, "que no basta la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra los derechos fundamentales, sino que ha de probarse indiciariamente la existencia de aquella causa, tal y como expresamente dispone los artículos 96 y 179.2 Ley de Procedimiento Laboral , una vez acreditados tales indicios, el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo -verdadera prueba diabólica- de que no haya un móvil lesivo de derechos fundamentales", sino tan solo probar que el despido, en el caso que nos ocupa la extinción del contrato de trabajo, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario a los derechos fundamentales en cuestión y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada debiendo significarse de que no cualquier motivo sirve para justificar el ejercicio del poder de dirección de forma arbitraria.

En similar sentido se pronuncia la posterior sentencia del mismo Tribunal Constitucional 18 de octubre de 2010 al poner de relieve (con cita de los antecedentes que en la misma se mencionan) como "la prueba indiciaria se articula en un doble plano: el primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido".

En el supuesto que ahora se analiza el magistrado de instancia considera que no se habían traído al procedimiento indicios suficientes, -a lo mas simples presupuestos-, que habilitasen la inversión de la carga probatoria con lo que, una vez contrastada la improcedencia del despido, no podía, sin mas complemento, procederse a la calificación de nulidad radical del despido por violación del derecho a la igualdad por razón de sexo u orientación sexual y a no ser que se acreditase por la recurrente, esta vez ya de forma directa y con carga probatoria completa, la violación del derechos fundamental que se decía vulnerado, cosa que, concluía, tampoco acaecía.

La recurrente fundamenta la pretensión en que sí ha aportado indicios suficientes para la inversión de la carga de la prueba y que, por tanto, la pretensión principal de la demanda debió acogerse.

Con ello se demanda de la Sala que concluya que la circunstancia fáctica, relacional con la demandada, es suficiente para esta inversión.

Es en este contexto en el que se entronca la finalidad de la "prueba indiciaria" que (como afirma la STC de 8 de mayo de 2006 ; reiterando la doctrina expresada en sus sentencias 66/2002, de 21 de marzo ; 17/2003, de 30 de enero ; 171/2003, de 29 de septiembre ; 188/2004, de 2 de noviembre y 171/2005, de 20 de junio ; y 24 de abril de 2006) "no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental, finalidad en orden a la cual se articula un doble elemento de prueba.

Se refiere, el primero, a la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél, para lo que no basta con una mera alegación o la afirmación del actor tildándolo de discriminatorio, siendo preciso acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Para apreciar la concurrencia del indicio tendrán aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente, y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean, sin embargo, de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero habrá de superarse inexcusadamente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas, o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo inverosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado...".



Una vez cubierto este inexcusable presupuesto, y como segundo elemento, -añade dicha sentencia- "recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios, sin que ello suponga situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales. Se trata, pues, de una auténtica carga probatoria, y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar al juzgador a la convicción de que las causas alegadas motivaron la decisión de forma razonable y ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental"; imponiéndose, así, al empresario (como "único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios" - SSTC de 10 de noviembre de 2006 , 10 de septiembre de 2007 y 12 de enero de 2009 ; entre otras-) la carga de acreditar "que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador...".

Es en el marco de la cuestión así definida, en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que la actuación empresarial enmarcada en el poder de dirección y organización del trabajo pueda considerarse discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la decisión tiene una justificación objetiva y razonable que permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado.

La decisión empresarial no será, así, contraria a derechos fundamentales cuando se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental (STC 7/1993, de 18 de enero). Es decir podrá neutralizarse el panorama indicio siempre que el resultado probatorio revele efectivamente la desvinculación entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocado.

Neutralizará el panorama indicio aquella actividad probatoria de la empresa de la que quepa concluir la desconexión patente entre el factor constitucionalmente protegido ... y el acto empresarial que se combate ..., logre o no logre probar fehacientemente el empleador, la plena acomodación a derecho de la decisión organizativa".

Como en supuesto análogo al que nos ocupa ha dicho la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 29/09/2015 : "Planteado en esos términos el análisis de la denuncia jurídica, se trataría de determinar si los hechos invocados en el recurso de suplicación de la trabajadora demandante aquí recurrente como constitutivos de vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas constituyen la vulneración del derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres. Desde un punto de vista jurídico, la raigambre constitucional de los derechos ejercitados originadores de la respuesta empresarial represaliante, no es en absoluto intrascendente dado la doctrinalmente denominada eficacia justificante de los derechos fundamentales, y que determina que toda represalia por su ejercicio es vulneración del propio derecho fundamental. Esto los diferencia claramente del ejercicio de derechos de mera legalidad ordinaria, pues para que estos originen una represalia, se debe tratar -según la jurisprudencia constitucional- de un ejercicio judicial o previo y claramente dirigido al judicial. Mientras el ejercicio de derechos fundamentales, sea judicial o extrajudicial, está protegido constitucionalmente, y la represalia que genera es vulneración constitucional.

Tales afirmaciones, ya en relación en concreto con el derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres, tienen un acogimiento legal explícito, tanto en la normativa comunitaria como en la normativa interna. En la normativa comunitaria, el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE establece que "los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato". Y en la normativa interna, el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, precisamente titulado "indemnidad frente a represalias", establece que "se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres".

Asimismo el artículo 17.1.II del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción dada por la LOIEMH, establece que "serán igualmente nulas ... las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación".

Son meridianamente claras estas normas tanto en cuanto a aplicación de la garantía frente a represalias por ejercicio extrajudicial de los derechos de igualdad -que se contempla expresamente en el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE , en el artículo 9 de la LOIEMH y en el artículo 17.1.II del ET - como en cuanto al objeto de esa garantía definido como "(el) principio de igualdad de trato" - artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE -, como "el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres" - artículo 9 de la LOIEMH- o como "el principio de igualdad de trato y no discriminación " - artículo 17.1.II del ET -, lo que incluye dentro del ámbito objetivo de la garantía a los derechos de maternidad, como expresamente se afirma en el artículo 8 de la LOIEMH, y a los derechos de conciliación dado que la LOIEMH los regula en su texto y, según su artículo 44.1, se evitará "toda discriminación basada en su ejercicio".

Debemos añadir que la igualdad de trato aparece consagrada en el artículo 14 de la CE y no puede incardinarse tal denuncia con la prohibición de trato discriminatorio pues, como dijo el TS en STS de 28/05/2004 (RJ 20045030) la negación del que se pretende un derecho podrá ser un factor que no justifique un tratamiento diferente respecto de terceros trabajadores en igual circunstancia, pero no constituye un factor de discriminación en el sentido precisado, pues no se encuentra enumerado en la relación del artículo 14 de la CE - así nacimiento, sexo , raza, convicciones ideológicas y religión-, ni en las ampliaciones de los artículos 4.1 c) y 17.1 del ET -así estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías- y tampoco puede incluirse en la referencia final del último inciso del artículo 14 de la CE -"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"-, porque, pese a su aparente amplitud, ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 de la CE .

En par sentido cabe citar la reciente STS 20 de enero de 2015 (rec. 2415/2013), que reitera doctrina contenida, entre otras, en STS 16 de octubre de 2012 (rec. 247/2011), que ha dicho:

"El recurso debe ser estimado pues la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, que no hace sino reiterar la ya formulada en otras sentencias anteriores dictadas por esta Sala (SS de 17/10/2008, R. 1957/2007 ; 16/1/2009, R. 1758/2008 ; 17/3/2009, R. 2251/2008 , y varias más), a raíz de la doctrina establecida por la STC 92/2008, de 21/7 , en un caso de despido de trabajadora embarazada, con argumentos que, mutatis mutandis, son perfectamente aplicables al caso de la trabajadora que viene disfrutando de reducción de jornada por guarda legal de un menor en el momento de ser despedida. Y, en efecto, así se ha hecho ya en varias sentencias de esta Sala, como en la de 16/10/2012 (R. 247/2011) y en la de 25/2/2013 (R. 1144/2012), que se aporta como contradictoria. Esa extrapolación de la doctrina constitucional sobre el despido de la mujer embarazada al supuesto del caso de autos se explica en las recién citadas sentencias en los siguientes términos: " «a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas [léase guarda legal de menor] constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE] ... b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante - junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales... d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada [guarda legal, en el caso ahora tratado] una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación , dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental ... » (STS 06/05/09 - rcud 2063/08)... e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento - en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre»".

Hechas estas apreciaciones de índole jurídico positivo general, su aplicación al caso que nos ocupa impone y determina la apreciación de indicios o principio de prueba de un panorama discriminatorio por razón de orientación sexual pero no por razón de sexo.



Así del relato de hechos se extrae que la empresa no conocía ni podía conocer que la trabajadora se estuviese sometiendo a tratamiento de fertilidad, y menos que estuviese embarazada porque no lo estaba cuando se actuó el despido, con lo que si no existe conocimiento del hecho no puede atribuirse al mismo el valor de elemento contra el que se reacciona antijurídicamente. Falta el indicio, no puede invertirse la carga de la prueba y la trabajadora no aporta prueba directa de que la discriminatoria fuese la voluntad empresarial cuando decide extinguir unilateralmente el contrato de trabajo.

Pero, por el contrario, si se descubre el indicio respecto a la discriminación por razón de orientación sexual.

Así tenemos que la trabajadora demandante es precisamente despedida el 22/01/2016, casi sin interrupción de la solución de continuidad de haber contraído matrimonio con pareja del mismo sexo, que tuvo lugar el 10/12/2015, y sin causa que se haya defendido con convicción.

Concurre llamativa conexión temporal entre el ejercicio de los derechos derivados de la condición sexual de la trabajadora demandante con la decisión del despido, además en el marco, de ausencia de todo intento de encontrar y explicitar con mínima dimensión causa concreta y suficiente para la hábil extinción unilateral del contrato..

Frente a este panorama discriminatorio, la empresa no acierta a acreditar objetivo motivo que por causa disciplinaria pudiese amparar objetivamente la extinción unilateral del contrato. Ello, muy lejos de desvirtuar el panorama discriminatorio, lo corrobora en cuanto hace sospechar la utilización apresurada e instrumental del ius puniendo para conseguir la rápida extinción del contrato.

No basta el alegato del despido o la prueba de su concurrencia para desvirtuar el panorama discriminatorio y se produce la inversión de la carga probatoria y la existencia de derecho fundamental a la igualdad que proclama y protege el artículo 14 de la CE .

Ello lleva a la estimación del recurso aunque en el limitado efecto dialéctico y sin mas consecuencia que la simplemente declarativa de que la actora fue objeto de discriminación y violación del derecho fundamental a la igualdad por razón de orientación sexual y a la condena de la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por doña Lorena , contra la sentencia, de fecha 13 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Barcelona en los autos seguidos al nº 102/2016, a instancia de la actora, ahora recurrente, contra la empresa LOOMIS SPAIN S.A. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en procedimiento en el que ha sido parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por despido y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución judicial, con la aclaración antes explicitada y declarando que la actora fue objeto de discriminación y violación del derecho fundamental a la igualdad por razón de orientación sexual, condenando a la empresa demandada, sujeto activo de la violación, a estar y pasar por tal declaración. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.



La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación. - La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.