

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

*Sala de lo Social**Sentencia 308/2019, de 5 de febrero de 2019**Rec. n.º 74/2019*

SUMARIO:

Despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada del rendimiento. Reconocimiento empresarial de improcedencia. Inversión de la carga de la prueba. Nulidad. Trabajadora despedida tan solo ocho días después de que hubieran transcurrido los nueve meses de garantía que fija con carácter objetivo el artículo 55.5 c) del TRET. Se da por cumplida la exigencia de aportación de indicios de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (género) al constatarse el despido en un periodo muy cercano a la finalización de la protección objetiva, concretamente ocho días después, sin que se haya aportado por la empresa justificación objetiva y razonable que pudiera calificar el despido como procedente. Entiende la Sala que la conducta procesal del empresario ha de ser exquisita en orden a evidenciar la justificación y razonabilidad del tipo de causalidad disciplinaria invocada, debiendo esforzarse por llevar al juzgador a la convicción de la disminución voluntaria y continuada del rendimiento. Por ello, si en el acto del juicio el empresario se excusa en la prueba, como es el caso, alegando la dificultad de acreditar el bajo rendimiento en determinados trabajos por ser difícilmente medibles o cuantificables, y reconoce la improcedencia del despido, ello supone la necesaria protección del derecho fundamental a la no discriminación por razón de género, y trae de suyo la declaración de nulidad del despido, aun cuando no se atisbe ningún tipo especial de intencionalidad o agravación. Asimismo, entiende el Tribunal que esta figura indiciaria de proximidad y cercanía podría aplicarse también en conductas similares para supuestos de garantía de indemnidad o en supuestos de libertad sindical, por agotamiento de la garantía por representación laboral. **Cuantificación de daños y perjuicios. Daños morales.** La propia lesión del derecho fundamental comporta *per se* un daño indemnizable, sin necesidad de que se acredite una base de daño. Para la fijación de la cifra concreta, al margen de intencionalidad o fraudes no demostrados, la Sala toma en consideración la cifra de negocios de la empresa y la base estadística de distribución de géneros en la empresa, reconociendo un importe de 10.000 euros.

PRECEPTOS:

Constitución española, art. 14.
RDLeg 2/2015 (TRET), art. 55.5 c).
Ley 36/2011 (LRJS), art. 183.
RDLeg 5/2000 (TRLISOS), arts. 39 y 40.

PONENTES:

Don Juan Carlos Benito Butrón Ochoa.

RECURSO DE SUPPLICACION N.º: 74/2019

NIG PV 48.04.4-18/002589

NIG CGPJ 48020.44.4-2018/0002589

SENTENCIA N.º: 308/2019

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a cinco de febrero de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. DON PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, DON MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y DON JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA Esperanza , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Bilbao , de fecha 8 de Noviembre de 2018 , dictada en proceso que versa sobre materia de DESPIDO (DSP) , y entablado por la - ahora también recurrente -, DOÑA Esperanza , frente a la - Empresa - " DIRECCION000 ." , es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA , quien expresa el criterio de la - SALA -.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La única instancia del proceso en curso se inició por Demanda y terminó por Sentencia , cuya relación de Hechos Probados , es la siguiente :

1º.-) "La demandante viene prestando servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad de 4 de enero de 2016, categoría profesional de Grupo 6 y salario bruto mensual de 2.500 euros incluida la prorrata de pagas extras y correspondiente a una jornada completa.

2º.-) La demandante dio a luz a su hija el 18 de abril de 2017.

Se reincorporó a su puesto de trabajo el día 31 de agosto de 2017.

3º.-) El 18 de enero de 2018 la hija de la trabajadora cumplió 9 meses.

4º.-) Con fecha de 26 de enero de 2018 la empresa notifica a la trabajadora carta de despido del siguiente tenor literal.

DIRECCION001 , 26 de Enero de 2018

ASUNTO : DESPIDO

Muy Sra. nuestra.:

La Dirección de esta Empresa ha realizado un estudio y seguimiento sobre su rendimiento en el trabajo y ha podido comprobar que éste ha sido insuficiente, estando muy lejos de lo que se esperaba de Vd., por lo que consideramos que su nivel de dedicación, esfuerzo e iniciativa laboral, repercuten negativamente en las directrices marcadas por DIRECCION000 .

Tal situación supone una disminución voluntaria y continuada de su rendimiento en el trabajo y según lo establecido en el artículo 54.2.e) del Estatuto de los trabajadores y en el artículo 61.13 del Convenio Colectivo al que se acoge esta Empresa constituye una de las causas de extinción del contrato de trabajo, por lo que la compañía ha decidido sancionarle con DESPIDO DISCIPLINARIO por lo anteriormente manifestado.

La fecha de la decisión extintiva será con fecha de hoy 26 de Enero de 2018.

Le informamos que tiene a su disposición la nómina y finiquito a fecha 26 de Enero de 2018, que legalmente le corresponde.

Y finalmente le informamos que se procede a la entrega de copia de la presente carta al Comité de Empresa.

Sin Otro particular, le saluda muy atentamente.

5º.-) La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores".

SEGUNDO.

La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia, dice :

"ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda presentada por Esperanza frente a DIRECCION000 habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de que ha sido objeto la trabajadora demandante, condenando a la demandada a que a su elección, opte en el plazo de cinco días, por indemnizar a la actora en la suma 5.650,56 euros; o por la inmediata readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con satisfacción, si opta por la readmisión, de los salarios dejados de percibir, a razón de un salario diario de 82,19 euros, a contar desde la fecha del despido de 26 de enero de 2018 hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuese anterior a la sentencia y el empresario acreditase lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación".

Tercero.

Frente a dicha Resolución se interpuso el Recurso de Suplicación por la - parte demandante -, DOÑA Esperanza , que fue impugnadporla- Mercantil demandada -, " DIRECCION000 .".

Cuarto.

Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de Recurso de Suplicación , los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 14 de Noviembre, fecha en la que se emitió Diligencia de Ordenación , acordando la formación del Rollo correspondiente y la designación de Magistrada-Ponente.

Quinto.

Mediante Providencia que data del 17 de Enero, se acordó, - entre otros extremos - que la Deliberación , Votación y Fallo del Recurso se verificara el siguiente 5 de Febrero; lo que se ha llevado a cabo el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La resolución judicial de instancia ha estimando parcialmente la pretensión de la trabajadora demandante que con categoría profesional del grupo 6 (antigüedad del 4 de Enero de 2016), solicita la existencia de un despido nulo y/o subsidiariamente improcedente, al entender que su extinción contractual fechada el 26 de Enero de 2018, no está basada en una causalidad reglada y probada pues atiende al concepto genérico de disminución voluntaria y continuada del rendimiento en el trabajo según el Artículo 54-2 e del Estatuto de los Trabajadores en relación al 61.13 del Convenio Colectivo Empresarial , pero sin actividad probatoria específica, máxime y cuando la misma empresa ya reconoce la improcedencia sin intento probatorio detallado. Por ello la trabajadora demandante ha defendido la existencia de una discriminación por razón de sexo entendiendo que como la demandante dio a luz a su hija el 18 de Abril de 2017, se reincorporó el 31 de Agosto y el 18 de Enero de 2018 la hija de la trabajadora cumplió nueve meses, el ámbito cercano a la protección objetiva que recoge el Artículo 55-5c del Estatuto de los Trabajadores podría suponer no un tratamiento objetivo de nulidad por discriminación atendible, sino una exigencia de indicio suficiente para que con inversión de la carga probatoria fuese la empresarial la que observase

los dictados de la exigencia o plasmación de esa causalidad genérica de disminución voluntaria y continuada del rendimiento.

Con todo, la juzgadora de instancia reconociendo que no estamos ante una nulidad objetiva que configure la posible causa de discriminación por razón de sexo reconoce que la trabajadora no está amparada por dicha protección objetiva por cuanto han transcurrido más de nueve meses desde el nacimiento de su hija (por sólo ocho días) entendiéndose que no hay probado ningún indicio de vulneración de derechos fundamentales (a pesar del extenso relato de la demanda), no pudiendo extender el plazo especial de protección del Artículo 55.5 ET más allá de lo previsto (nueve meses). Por lo que en, conclusión, y como la empresa reconoce en el acto del juicio la improcedencia del despido, así lo califica, sin que exista o se exija mayor actividad probatoria por parte de la empresarial.

Disconforme con tal resolución de instancia la trabajadora demandante plantea Recurso de Suplicación articulando dos motivos de revisión fáctica al amparo del párrafo b) del Artículo 193 de la LRJS al que suma un último motivo jurídico según el párrafo c) del mismo Artículo y texto que pasamos a analizar.

Existe impugnación de la empresarial demandada.

Segundo.

Los motivos de revisión fáctica esgrimidos al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exige recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión de la trabajadora recurrente que introduce inicialmente la modificación fáctica por incorporación de un nuevo Hecho Probado Quinto en el que se deje constancia de la distribución por sexos de la plantilla de la empresa en los años 2015 y 2016 (también 2017), revelando en su globalidad un porcentaje de mujeres en la empresa cercano al 10 por ciento, a criterio de la Sala devendrá operativo única y exclusivamente a los efectos de plasmación de hipótesis de trabajo en lo que concierne a los ámbitos jurídicos de discriminación y/o en su caso posible indemnización, máxime cuando dichos datos son recogidos por las documentales que expresa la recurrente concernientes a las auditorías de la empresa, y por mucho que ésta en su impugnación pretenda afirmar que en secciones de Dirección y Administración el número de mujeres resulta diferenciado, por cuanto tal visión o afirmación no se expresa desde la posibilidad impugnatoria de añadir cualesquiera otras revisiones fácticas a instancia de la empresa (Artículo 197 de la LRJS).

Del mismo modo vamos a acceder a la segunda revisión fáctica que propone incorporar en el nuevo Hecho Probado Quinto la cifra de facturación de la empresarial cercana a los 30 millones de euros, que nuevamente se infiere de la auditoría documentada de la empresarial, que esta Sala puede nuevamente

incorporar a los efectos propios del estudio jurídico de la discriminación y/o su correspondiente indemnización valorable, al ser tal cifra de facturación uno de los parámetros de constatación y argumentación valorativa.

Por lo mencionado procedemos a estimar la revisión fáctica que propone el recurrente en el sentido y consideración expuesto de tal parámetro indemnizatorio, y no como verdaderos indicios de vulneraciones de derechos fundamentales que pudieran creer entenderse por las contrapartes, sino que damos cabida a tales datos y consideración con respecto a la aplicación directa del articulado de la LISOS en pautas razonables de elementos de conformación de los daños y perjuicios.

Tercero.

En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos la trabajadora recurrente denuncia en su primer motivo de revisión jurídica la infracción del Artículo 14 de la Constitución en relación a los Artículos 17 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , entendiéndolo como indicio de la posible vulneración del derecho fundamental la cercanía de la finalización del plazo objetivo de nueve mensualidades en la extinción que se produce ocho días después, con alusión a un formulario de causalidad de carta de despido que atiende a la generalidad de la disminución voluntaria y continuada del rendimiento, con reconocimiento de la improcedencia de la empresarial, y por lo tanto falta de prueba de la causalidad, citando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 11 de Septiembre de 2018, Recurso 1854/17 ; para en un segundo motivo denunciar la infracción de los Artículos 1902 y 1101 del Código Civil , con petición de indemnización de daños y perjuicios que cifra en 25.000 Euros, citando no sólo los preceptos propios del Artículo 183 de la LRJS sino también los Artículos 39 y 40 de la LISOS y de la doctrina jurisprudencial de cuantificación de la indemnización de posibles daños morales (Sentencia del Tribunal Supremo 5 de Febrero de 2013), así como doctrina jurisprudencial autonómica de concesión de indemnizaciones (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de Octubre de 2015, Recurso 1770/15 y de 19 de Mayo de 2015 , además de Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de Febrero de 2014), valoraremos la temática jurídica propia de la calificación de la extinción contractual con posible vulneración de derechos fundamentales de discriminación por razón de sexo (género) esbozando una presentación de cumplida cuenta general y posterior pormenorización que atienda al casuismo, con acercamiento de la evolución normativa y la doctrina del supuesto referido al embarazo para situarla finalmente en la circunstancia y caso de la trabajadora de autos que ha rescindido su contrato en un período cercano a la finalización de su protección anulatoria (8 días tras los nueve meses reglados y objetivos del 55-5c E.T.).

Recordemos que la empresarial impugnante además de haberse opuesto a la revisión fáctica propuesta por la trabajadora recurrente ha venido a afirmar por un lado la existencia de distintos departamentos administrativos y de dirección diferentes del de producción con otros porcentajes de distribución de hombres y mujeres, que a la sazón esta Sala cree que serían parecidos, sin perjuicio de no haber articulado la revisión fáctica, que ya hemos especificado (art.197 LRJS), reconociendo la cifra de negocios como un parámetro que no debe servir para la fijación de un eventual importe indemnizatorio y oponiéndose a la que denomina ser una teoría absurda y temeraria por creer que la trabajadora recurrente no ha acreditado ningún indicio más allá de afirmaciones que denomina falsas respecto del relato de la parte de la demanda y que esta Sala no puede tener en cuenta por no contenerse en el relato fáctico y jurídico de la resolución de instancia. Advierte de una falta de acreditación de cualesquiera indicios por la demandante e igualmente afirma ser consciente de lo complicado de la

acreditación del bajo rendimiento en trabajos de la demandante y su dificultad probatoria, para citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 31 de Marzo de 2016 , que no otorgaría la existencia de un despido nulo cuando han transcurrido más de nueve meses entre el nacimiento del hijo y la fecha de la extinción, al no constar acreditado ningún indicio de vulneración de derechos fundamentales y no serlo el número o porcentaje de distribución de géneros en la empresa, llegando a afirmar finalmente que incluso la empresarial ha optado por contratar a otra trabajadora, citando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de Febrero de 2017 , y que ello enerva cualquier otra consideración, cuando a los ojos de esta Sala no existe la incorporación en relato fáctico oportuno de tal afirmación que además comprobamos que, en su caso, sería de fecha de alta 1 de Marzo de 2018 (la extinción es de 26 de Enero de 2018). Finalmente se opone al cálculo indemnizatorio que cifra la demandante en 25.000 Euros negando la automaticidad indemnizatoria (cita Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Noviembre de 2009 , Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 11 de Diciembre de 2015 , Madrid, 14 de Marzo de 2018) y oponiéndose a cualquier tipo de aplicación de intereses moratorios del diez por ciento al reclamarse una cuantía indemnizatoria (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 16 de Marzo de 2018).

Comenzaremos por afirmar, como ya hemos venido comentando en otros procedimientos (sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 13 de Marzo de 2018, Recurso 194/2018) que para abordar la realidad del estudio de la posible calificación del despido como nulo para con una trabajadora en vinculación con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (género) del Artículo 14 de la Constitución , deben entenderse exigidos y justificados una aportación de indicios de la violación del derecho fundamental, según las circunstancias del caso, sin que sea aplicable la denominada protección objetiva en circunstancias de embarazo y otras que reseña la sentencia del Tribunal Constitucional 173/13 (también 92/08 y 124/09), por cuanto no estamos en dichas circunstancias directas propias y objetivas del Artículo 55.5 E.T ., ni estamos ante supuestos fácticos precedentes de figuras de conocimiento de embarazo o gravidez, cuyo conocimiento que deviene irrelevante a partir de las sentencias del Tribunal Supremo 16 de Enero de 2009 , 16 de Marzo de 2009 , 13 de Abril de 2009 , 30 de Abril de 2009 , 6 de Mayo de 2009 , 18 de Abril de 2011 , 25 de Enero de 2013 , 14 de Enero de 2015 y finalmente 28 de Noviembre de 2017, Recurso 3657/15 que en nuestro supuesto de autos concierne más bien a la ideación de una finalización de la protección objetiva en un período muy cercano que conforma la realidad de la existencia de un indicio que a criterio de la Sala es el transcurso de esos ocho días de exceso, y una vez comprobada no sólo la circunstancia de género sino el embarazo, nacimiento t reincorporación de la trabajadora, supone a todas luces una exigencia formada y constitucional de inversión de la carga de la prueba para con la empresarial, en lo que concierne a la causalidad disciplinaria de la extinción contractual comunicada.

No en vano, el estudio jurídico y judicial del despido de las trabajadoras, ya pueda concernir al embarazo, maternidad, adopción, guarda, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, enfermedades por embarazo, parto, lactancia natural o hasta el noticiado, en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de esos períodos, y en nuestro supuesto de autos, las circunstancias de los trabajadores (no sólo trabajadoras) que después de haber reintegrado al trabajo, al finalizar aquellos períodos de suspensión (maternidad, adopción, guarda, acogimiento, paternidad), siempre que no hubiera transcurrido más de un año desde la fecha de nacimiento, adopción o delegación de guarda o acogimiento del hijo del menor, pues todo ello resulta ser una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (género), según el Artículo 14 de la Constitución , aun cuando ciertamente pueda haber vinculación de otros derechos constitucionales protegidos, como pueden ser la misma dignidad, protección de datos (Artículos 10 y 18 de la Constitución) u otros.

Y es que para valorar las posibles conductas discriminatorias por razón de sexo (género) y ponderar las exigencias de nuestro principio de igualdad del art. 14 de la CE , que dice relación, en nuestro caso, para con las mujeres en el mercado de trabajo, su condición de actualidad, la perspectiva de amparo que se sitúa aquí en condiciones que poco a poco se van superando (obstáculos a la incorporación o mantenimiento laboral), para poder dejar fuera de exigencia el conocimiento o no del estado de gestación y otros, ya fuese en la contratación o en el mantenimiento del empleo, y por supuesto el resto de usos para con las implicaciones de maternidad y/o paternidad que han conllevado las susodichas y expresadas normas destinadas a la protección especial de la mujer en materia laboral para evitar la discriminación directa o indirecta de la misma por razón de sexo (género), cuya muestra es la Ley Orgánica 3/07 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y también las múltiples reformas normativas afectantes a los preceptos del ET reguladores del despido, y su calificación como nulo, si

existe un móvil discriminatorio por razón del estado de embarazo de la trabajadora o del momento en que se produce la extinción en relación con la gestación, pero también en otros supuestos que queremos reseñar, de suspensión por guarda, reducciones de jornada, de menores, familiares y vinculaciones derivadas de los ámbitos de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, que se enmarcan en el halo protector de la discriminación, que nos llevarán, en el caso de autos, a la alusión ineludible, jurídica y judicialmente, del agotamiento o cercanía a la finalización de la protección objetiva de las nueve mensualidades, que queda relacionado como un indicio a valorar en lo que concierne a la constante protección del derecho fundamental.

Recordar que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico laboral una nueva categoría de despidos nulos, como medida de máxima eficacia para lograr la adecuada protección de los trabajadores y trabajadoras en situación de ejercer alguno de los derechos reconocidos en esa Ley para conciliar la vida familiar y laboral. Categoría distinta a la de los despidos nulos existentes hasta entonces, determinados por obedecer a un móvil discriminatorio o producirse con violación de los derechos fundamentales o libertades públicas del despido, según disponía el art. 55.5 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET).. Ciertamente es que con la nueva categoría, en su mayor parte, se protegía a las trabajadoras en situación de embarazo o de disfrute de derechos vinculados a su reciente maternidad y que, con ello, se mejoraba la protección de quienes, por esas circunstancias, estaban en situación proclive a que su despido obedeciera a un móvil discriminatorio, pero su finalidad no es ésta sino la de salvaguardar los derechos destinados a conciliar la vida familiar con la laboral y, aunque ciertamente, se convierte en medida muy útil para mejorar la protección contra la prohibición de discriminación por razón de sexo, en sutil paradoja, se hacía configurando una causa de nulidad del despido desvinculada de ese móvil, de tal forma que operase cuando concurrieran las circunstancias determinantes de esa nulidad (causa extintiva aducida por el empresario sin fundamento legal y situación de embarazo o disfrute de alguno de esos derechos), incluso aunque se demostrase que el móvil empresarial era bien ajeno a la discriminación prohibida. Las sentencias del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo, al considerar irrazonable una lectura del art. 55.5.b) ET que exija el conocimiento empresarial del embarazo para que proceda la nulidad del despido, ha arrumbado con la tesis que sostenía que este tipo de nulidad del despido obedecía a causa discriminatoria, máxime cuando se ubica en un párrafo distinto al del despido por móvil discriminatorio y agrupado a causas totalmente ajenas a conducta discriminatoria (por ejemplo, si el despido es un padre adoptante).

Nuevo tipo de despido nulo que, inicialmente por no ser de causa discriminatoria, no lleva automáticamente aparejada la posibilidad de obtener la indemnización adicional prevista en el anterior art. 181 LPL, pero cuando se prueba la discriminación, la indemnización irá de suyo. Pues esa indemnización adicional sí está al alcance de quienes hayan sido objeto de un despido insertable en ese nuevo tipo de despido nulo si sucediera que la verdadera razón del mismo atentara contra esa prohibición de discriminación o se produjera con vulneración de sus derechos fundamentales o libertades públicas. En tal caso, se ha de aplicar el régimen jurídico propio del despido nulo de causa discriminatoria, tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal.

Nos vamos dando cuenta que la finalidad de las normas se orienta en proporcionar a la trabajadora (también en algunos casos al trabajador), una tutela judicial efectiva más enérgica que la actual y ordinaria en el ámbito de la discriminación genérica, por cuanto, en general, se dispensa la carga de prueba y acreditación de indicios sobre la conculcación del derecho fundamental a la igualdad u otros, eximiendo de prueba no ya sólo respecto del conocimiento o no de determinadas circunstancias (embarazos, guardas, paternidades, riesgos, lactancias u otros), que se circunscriben en los denominados de nulidad objetiva, pero que admiten una aproximación desde la figura de los indicios, en exigencia alegación y prueba para con los demandantes, que provocan finalmente la inversión del argumento y de la carga probatoria para con los demandados, en alusión normativa internacional que queda compaginada en nuestra propia normativa y en nuestra propia doctrina jurisprudencial.

No podemos dejar de incidir que, la ponderación de la igualdad y la no discriminación para con el mercado de trabajo, exige el estudio de las incidencias peculiares que tiene en la situación laboral, la maternidad, paternidad, lactancia, embarazo u otros ya reseñados, que se relacionan no solo en la contratación inicial, sino también en el riesgo de la pérdida de empleo, que todo hay que decirlo, se constituye en uno de los problemas más importantes (junto a la desigualdad retributiva, mal denominada brecha salarial) a que nos enfrentamos ciudadanos y Tribunales, para hacer verdaderamente efectivo el principio de no discriminación por razón de género en el ámbito de las relaciones laborales y de Seguridad Social.

Por todo lo manifestado, y siguiendo los parámetros de vulneración de derechos fundamentales, de nuestra propia LRJS (arts. 183 y ss), ya estudiada la doctrina del TC a la vista de las resoluciones de nuestro TS (véase al última de 19-12-17, recurso 624/1 y de 11-1-18, recurso 726/16), unida a nuestra propia doctrina de Sala (sentencia del TS de 23-1-18, recurso 2504/17) permiten insistir en la efectiva constatación de una vulneración de los derechos fundamentales, que no especifica la instancia, que no han tenido un ofrecimiento empresarial de justificación objetiva y razonable.

Y es que si bien la instancia no ha otorgado credibilidad al razonamiento de indicio de proximidad de la trabajadora demandante (8 días después de transcurridos los nueve meses reglados y objetivos), esta Sala puede afirmar que tal circunstancia probada, y al margen de la consideración objetiva que ciertamente no reconocemos, sí provoca la figura indiciaria por proximidad y cercanía (lo mismo podría argumentarse en conductas distantes para supuestos de garantía de indemnidad en relación a denuncias o quejas y sus cronologías; o en supuestos de libertad sindical para con las fechas y plazos de duración y/o agotamiento de la representación garantía laboral). Cree esta Sala que la realidad diferenciada de la circunstancia de género no discutida, unida al supuesto cercano a la protección objetiva, debe llevar aparejado un halo de indicio para con el supuesto de autos, que a su vez exige la inversión de la carga probatoria para con la empresarial, que no queda enervada del esfuerzo protocolario para demostrar la causalidad plasmada en la carta de despido, sino que, al contrario su conducta procesal debe ser exquisita e interesada al objeto de evidenciar su justificación y razonabilidad en el tipo de causalidad disciplinaria invocada, debiendo en el caso de autos esforzarse por la búsqueda de datos y consideraciones que demuestren al juzgador la ideación de la disminución voluntaria y continuada del rendimiento de la trabajadora.

Por ello, si en el acto del juicio la empresarial tan sólo reconoce la improcedencia y se excusa en la dificultad probatoria o complicación de un bajo rendimiento en determinados trabajos, que son difícilmente medibles o cuantificables, asumiendo finalmente una improcedencia que supone desvalorarse de cualquier medio probatorio, la pauta original del indicio y la credibilidad de los razonamientos que pasan por el tamiz de la inversión de la carga probatoria deben ser relacionados para dar protección al derecho fundamental a la no discriminación por razón de género, que engarza con la realidad fáctica del supuesto de autos en una conducta discriminatoria indirecta, donde la realidad de los indicios evidencia la inexigibilidad de atender a otras conductas sibilinas que se excudan en una probatio diabólica o de ex post facto, llegando a cometer la lesión de un derecho fundamental e infringiendo, en principio, la obligación de inversión de la carga probatoria y consumando finalmente un trato discriminatorio odioso por razón de sexo (género), que ésta Sala debe reconocer aún cuando no se atisbe ningún tipo de especial intencionalidad o agravación.

Por todo lo mencionado procederá la estimación del recurso de suplicación de la trabajadora demandante, declarando la existencia de un despido nulo fechado el 26 de enero de 2018, que deberá llevar aparejado la inmediata readmisión de la trabajadora con abono de los salarios de tramitación desde la fecha de la extinción hasta la notificación de nuestra resolución judicial (hecho probado primero 2.500 euros mensuales con pagas extraordinarias), sin perjuicio de las posibles compensaciones si existiese la circunstancia laboral o de prestación de desempleo.

Cuarto.

Finalmente manifestar, que una vez analizada la conducta antijurídica empresarial, reseñada la discriminación por razón de sexo (género), la calificación y aplicación de las proporciones y graduaciones por daños y perjuicios, en concreto el moral, y su cálculo indemnizatorio, van a tener la premisa de la realidad aplicativa que supone el ámbito sancionador de la LISOS, que utilizamos de referencia jurisprudencialmente, máxime cuando la empresarial sólo discute la cuantificación indemnizatoria de los daños y perjuicios en la modalidad de infracción de derechos fundamentales, y esta Sala aplicar su doctrina jurisprudencial social que atiende a la estimación plausible y definida, pero no objetivamente matemática, referida a las infracciones y sanciones de la LISOS, partiendo de la evidencia de la circunstancia concurrente, declarada y admitida, que pasa por afirmar y confirmar la vulneración de derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (género), con cita específica del art. 14 de la CE , en el análisis exigido y específico que ha realizado esta Sala.

De ahí que la crítica que realiza la recurrida, al ejercicio estimativo económico de la cuantificación de los daños morales, quede fuera de lugar por la simple lectura de la sentencia del TS de 19-12-17, recurso 624/16 , que avisa que en la determinación de la indemnización por daño moral, causado en vulneración de derechos fundamentales, la propia lesión del derecho fundamental comporta per se un daño indemnizable, sin necesidad de

que se acredite una base de daño, pudiendo acudir a la aplicación de la LISOS (con cita de la sentencia del TC 247/06). En doctrina reiterada, por todas, en las sentencias del TS de 2-2-15, recurso 279/13 ; 5-2-15, recurso 77/14 ; 13-7-15, recurso 221/14 ; 18- 5-16, recurso 37/16 ; 2-11-16, recurso 262/15 ; 26-4-16, recurso 113/15 ; 18-5-16, recurso 150/15 ; 24-1-17, recurso 1902/15 ; 5-10-17, recurso 2497/15 .

Por todo lo manifestado, ésta Sala debe atender al otorgamiento de una cifra concreta en el cálculo indemnizatorio, partiendo de la invocación y petición que realiza la demandante de 25.000 euros y ponderando las circunstancias al caso, donde al margen de la intencionalidad o fraudes no demostrados, ni siquiera inducidos, tan sólo advertimos pautas de parámetros en la cifra de negocios en la empresarial, según el relato fáctico añadido y en la base estadística de la distribución de géneros que también hemos otorgado, sin que podamos incluir cualesquiera otras pautas de constatación valorativa, lo que conduce irremisiblemente a una ponderación en cálculo que ciframos en 10.000 euros, con respecto a un grado mínimo, en el que constatar la circunstancia añadida por la ponderación económica de la cifra de negocios o la distribución de género, pero en un contexto de ausencia de cualesquiera otras circunstancias agravantes.

Por todo lo mencionado ut supra, procederá la estimación parcial del recurso de suplicación de la trabajadora recurrente, otorgando a la calificación del despido nulo una indemnización añadida por vulneración de derechos fundamentales y daños morales de 10.000 euros, sin que podamos aplicar los intereses moratorios del 10% (se supone del artículo 29 del Estatuto de los trabajadores), que pide la recurrente, al tratarse de una reclamación indemnizatoria y no de cantidad salarial.

Quinto.

Como quiera que la trabajadora recurrente ve estimado parcialmente su recurso de suplicación y goza del beneficio de justicia gratuita en atención al artículo 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas.

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de suplicación interpuesto por D^a Esperanza contra la sentencia dictada en fecha 8 de noviembre de 2018 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao-Bizkaia en autos nº 259/18 seguidos a instancia de la hoy recurrente frente a DIRECCION000 . se revoca la resolución de instancia en el sentido de declarar la nulidad del despido que la empresarial realizó el 26 de enero de 2.018, condenando expresamente a dicha empresarial a la inmediata readmisión de la trabajadora y a abonarle los salarios (H.P. 1º 2.500E incluida pppe) dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de nuestra sentencia. Debiendo igualmente hacer frente al abono indemnizatorio de una cuantía de 10.000 euros en concepto de daños y perjuicios incluidos los morales.

Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar , al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros .

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0074-19.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-0074-19.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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