

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NSJ062518

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO*Sentencia 816/2021, de 11 de mayo de 2021**Sala de lo Social**Rec. n.º 618/2021***SUMARIO:**

ERTE. Suspensión de contratos. Derecho a la igualdad y no discriminación. *Trabajadoras que entienden discriminatoria su adscripción no rotatoria a la medida adoptada por la empresa al encontrarse todas ellas en situación de reducción de jornada por guarda legal. Decisión empresarial de suspensión amparada en un acuerdo alcanzado tras período de consultas, el cual sustenta la medida en función de criterios objetivos (adscripción a centro de trabajo; mantenimiento de la estructura de trabajo; estructura mínima por planta; formación; idiomas (inglés); antigüedad; edad). A la vista de este resultado en la aplicación de tal ERTE, considera la Sala que ello ya constituye un indicio de discriminación, al afectar la medida en su versión más perjudicial, esto es, el ERTE suspensivo en forma no rotatoria, de manera especial en cuanto al número de personas afectadas, a las mujeres en situación de reducción de jornada. A pesar de que los criterios fueron acordados con la representación de la plantilla, sin embargo, no se comparte la objetividad de los criterios, pues la empresa no ha logrado destruir o desvirtuar los indicios aportados. Así, entiende la Sala que por más que hubiera unos criterios para la aplicación del ERTE, ello no es suficiente para justificar la medida empresarial impugnada. En efecto, entiende que no se ha hecho esfuerzo alguno en justificar el interés empresarial en que los criterios tuvieran que ser los previstos y por ese orden. Ello supone que no se justifica la razonabilidad, proporcionalidad y objetividad de la medida. La existencia de unos criterios para la designación de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE, por más que estos estén predeterminados y hayan sido pactados en el período de consultas, no supone que los mismos sean absolutamente objetivos ni los únicos criterios posibles ni, menos aún, que resulten neutros ni irrelevantes, no solo en su concepción y descripción, sino también en el resultado de su aplicación. Resultado que es el que ya hemos reiterado, que surge de la estricta observancia de tales criterios, pero que no cabe considerar, a la luz de tal resultado, que sea una mera coincidencia casual imprevista. Siendo de reseñar que sobre la bondad y neutralidad real de estos criterios no se ha argumentado por parte de la demandada. Por ejemplificar este planteamiento, se desconoce qué formación ha sido valorada o por qué el conocimiento de idiomas y, particularmente, el inglés, son relevantes. Sin embargo, sí que se conoce el resultado de la asignación de tales criterios. Por tanto, estos criterios, dado su resultado aplicativo, no son neutros, sino que han generado un claro resultado peyorativo para las demandantes y otras trabajadoras. **Indemnización.** Se reconocen 6.251 € a cada trabajadora considerada discriminada.*

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 14.
Ley Orgánica 3/2007 (LOI), arts. 3, 6 y 8.
Ley 36/2011 (LRJS), arts. 181.2 y 183.
RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 47.
RDLeg. 5/2000 (TRLISOS), art. 8.12.

PONENTE:

Doña Garbiñe Biurrun Mancisidor

En la Villa de Bilbao, a once de mayo de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA y DON JOSE FELIX LAJO GONZALEZ, Magistrados, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto, -conjuntamente-, por DOÑA A..., DOÑA M..., DOÑA AS..., DOÑA AR... y DOÑA MA..., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Vitoria-Gasteiz, de fecha 23 de Diciembre de 2020, dictada en proceso que versa sobre materia de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (IGUALDAD EN EL TRABAJO y PROMOCION A TRAVES DEL TRABAJO y LIBERTAD SINDICAL) (TDF), y entablado, -de manera unánime-, por los -ahora también recurrentes-, DOÑA A..., DOÑA M..., DOÑA AS..., DOÑA AR... y DOÑA MA..., frente a la -Empresa- "ALESTIS AEROSPACE, S.L."; -interviniendo en el procedimiento- el MINISTERIO FISCAL, respectivamente, es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, 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.) "Las demandantes vienen prestando servicios para la empresa "ALESTIS AEROSPACE, S.L." con las siguientes antigüedades, categoría y salario mensual bruto con inclusión de parte proporcional de pagas extras:

	ANTIGÜEDAD	CATEGORÍA	CENTRO DE TRABAJO	SALARIO MENSUAL BRUTO
A...	12/9/2011	Técnico de organización 2º	Araba	1.249,55 Euros
M...	26/2/2007	Control de producción 3º	Araba	1.867,24 Euros
AS...	3/9/2007	Técnico de calidad	Araba	1.507,97 Euros
AR...	28/7/2011	Auxiliar administrativo	Araba	1.816,07 Euros
MA...	26/6/2000	Administrativo 1º	Araba	1.776,99 Euros

2º.) La empresa "ALESTIS AEROSPACE, S.L." se dedica a la construcción aeronáutica y espacial y de su maquinaria y cuenta con diferentes centros de trabajo a lo largo del territorio nacional.

3º.) A las relaciones laborales vigentes en el centro de trabajo de Vitoria le resulta de aplicación el Convenio para la empresa "ALESTIS AEROSPACE, S.L." centro de trabajo de Vitoria- Gasteiz, publicado en el BOTHA de 4 de Octubre de 2017, con vigencia para los años 2011 a 2019.

4º.) El centro de trabajo de ALESTIS en Vitoria tiene una plantilla de 178 trabajadores/ as de los cuales 96 (54%) son mujeres, y 82 (46%) son hombres. En el centro de trabajo sólo tienen presencia efectiva un total de 76 hombres , al encontrarse 6 de ellos en situación de jubilación parcial

Del total de 178 trabajadores / as 45 (25%) se encuentran en reducción de jornada por cuidado de menor.

5º.) El colectivo de mano de obra indirecta del centro de Vitoria suma un total de 40 trabajadores y trabajadoras, de los cuales 21 (52,5%) son mujeres y 19 hombres (47,5%).

Por razón de jornada de trabajo, 13 (33%) se encuentran en situación de reducción de jornada por cuidado de menor y 27 prestan servicios a jornada completa.

6º.) Las actoras se encuentran dentro del colectivo de mano de obra indirecta, encontrándose todas ellas en situación de reducción de jornada por guarda legal a excepción de Dña. As..., cuya reducción de jornada es por cuidado de mayores

7º.) El día 18 de Mayo de 2020 la empresa comunicó a la comisión representativa la apertura de un período de consultas en relación con la medida de suspensión de contratos de trabajo de 602 empleados pertenecientes a los nueve centros de trabajo de la empresa, con base en la concurrencia de causas productivas de carácter coyuntural.

8º.) La comisión representativa estaba formada por 8 representantes pertenecientes al Sindicato CCOO, 3 al Sindicato UGT , una representante de ELA y un representante de CGT, así como un asesor de CCOO, uno de UGT y otro de CGT.

9º.) Las partes en el marco del período de consultas mantuvieron reuniones los días 18, 20, 22 y 25 de Mayo de 2010 habiendo finalizado el período de consultas con acuerdo pactándose la aplicación de una medida de suspensión de contratos de trabajo a la totalidad de la plantilla y con afectación de todos los centros de trabajo de la empresa durante el período comprendido entre el 1 de Junio y el 30 de Septiembre de 2020.

Una copia del acuerdo obra a los folios 1302 a 1311 de las actuaciones dándose su contenido por reproducido.

10º.) Entre los acuerdos alcanzados se encontraba el siguiente en relación con la mano de obra indirecta:

Colectivo MOI plantas. Los trabajadores pertenecientes al colectivo de mano de obra indirecta (MOI)- no se incluyen en este apartado los trabajadores que integran la división de negocio de ingeniería - verán suspendidos sus contrato de trabajo de conformidad con los siguientes criterios:

- Se verán afectados por la medida un total máximo de 145 empleados MOI. Por tanto, no se verá afectados por la medida un total de 87 empleados MOI, equivalente a un 37,6% de los trabajadores pertenecientes a este colectivo.

- De los anteriores 145 empleados afectados, un total de 110 se verán afectados por la medida de forma rotatoria, por lo que u cas uno de ellos se verá afecto un durante un máximo de 54 días naturales dentro del período de aplicación.

- De los anteriores 145 empleados afectados un total de 35 se verán afectados durante todo el período de aplicación de la medida, sin posibilidad de rotación con otros trabajadores por lo que cada uno de ellos se verá afectado un durante un máximo de 99 días naturales (dentro del período de aplicación). En ningún caso el número de trabajadores de este colectivo de trabajadores MOI (a los que se les aplicará la medida de forma no rotatoria) en cada una de las plantas podrá ser superior al 20 % de número total de trabajadores MOI de la planta correspondiente.

11º.) Al colectivo de mano de obra indirecta pertenece el personal que desempeña funciones que no guardan una relación directa e inmediata con las tareas de fabricación de los productos desarrollado por la empresa , sino que dan soporte a algunos de sus programas o centros de trabajo)

12º.) Los criterios de designación del personal afectado por la medida en el colectivo de mano de obra indirecta acordados, los cuales son aplicables con carácter subsidiario son los siguientes:

1. Adscripción a centro de trabajo .
2. Mantenimiento de la estructura de trabajo
3. Estructura mínima por planta.
4. Formación
5. Idiomas (inglés)
6. Antigüedad
7. Edad

Una descripción de los criterios obra a los folios 1316 a 1320 de las actuaciones dándose su contenido por reproducido.

13º.) El nivel de afectación de la MOI en el centro de trabajo de Vitoria ha sido el siguiente:

- 13 trabajadores y trabajadoras se han considerado estructura mínima para mantenimiento de las funciones esenciales del centro, con una afectación mínima de 8 días en el mes de Agosto de los cuales son:

- 6 mujeres: las seis, responsables o referentes de función de su área, encontrándose tres de ellas en situación de reducción de jornada por cuidado de menor

- 7 hombres: los siete responsables o referentes de función en su áreas.

- 19 trabajadores y trabajadoras, con una afectación rotatoria de 54 días en todo el período.

- 8 trabajadores/as, con afectación durante todo el período de la medida reguladora de las cuales 7 son mujeres en situación de reducción de jornada.

14º.) En mano de obra indirecta del total de 40 trabajadores/as, 13 se encuentran en reducción de jornada por guarda legal, siendo todas ellas mujeres. De las mismas 7 se han visto afectada or las medidas de forma no rotatoria, 3 por las medidas de forma rotatoria y las otras tres no se han visto afectadas por las medidas suspensivas.

Un anexo que incluye al colectivo de mano de obra indirecta desglosado por departamentos y con la afectación a la medida de suspensión de contratos obra al folio 1412 de las actuaciones dándose su contenido por reproducido.

15º.) Con fecha 29 de Mayo de 2010 por parte de la empresa se notificó a las demandantes Dña. A... Dña. M..., Dña. Ar... Y Dña. As... una carta con el siguiente contenido:

En Vitoria, a 29 de Mayo de 2020

Muy SR./ Sra. Nuestra

Como Ud conoce, el pasado día 18 de Mayo de 2020 la Dirección de la empresa comunicó el inicio de un período de consultas a la comisión representativa de los trabajadores en relación con n media de suspensión de contrato de trabajo.

A este respecto, y tras seguir el correspondiente período de consultas, el pasado día 25 de Mayo de 2020 el miso finalizó con acuerdo, en virtud del cual se pactaba la suspensión por días completos de los contratos de trajo de la mayor parte de la plantilla.

Por ello, mediante el presente escrito, como trabajador afectado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 del R.D legislativo 2/ 2015, de 23 de Octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido d a Ley del E.T , así como el artículo 23 del R.D 1483/2012, de 29 de Octubre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimiento de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (R.D 1483/ 2012), la dirección dela empresa le comunica que su contrato de trabajo se suspenderá por días completos en los siguientes términos:

(i) El nuero de días laborables que su contrato de trajo quedará suspendido sería de un máximo de 99 días naturales.

(ii) El período en el que se aplicará la media suspensiva será el comprendido entre el 1 de Junio y el 30 de Septiembre de 2020

Se acompaña como anexo su calendario individual de aplicación dela media, indicándole que su calendario es el correspondiente al gro 3. En la columna correspondiente a su grupo de suspensión de contratos, puede verificar los día en los cuales su contrato permanecerá suspendido.

Adicionalmente, le indicamos que en caso de que se produzca cualquier cambio en el calendario que ahora se adjunta, se le informará del mis con anterioridad.

Sin otro particular, le rogamos que firme la presente comunicación para tener constancia de su recepción

Atentamente.

16º.) A... presta servicios en el departamento de ingeniería, siendo la única trabajadora que se encuentra en situación de reducción de jornada del departamento habiéndose visto afectada por el ERTE sin rotación.

En dicho departamento prestan servicios un total de 6 personas tres de los cuales son hombres y tres mujeres.

En dicho departamento hay un responsable que no se ha visto afectado por el ERTE , prestando también servicios en el citado departamento Dña. I... con una menor antigüedad que la actora, siendo responsable de industrialización y contando con capacitación para todo tipo de procesos.

17º.) M... presta servicios en el departamento de control de producción.

En dicho departamento prestan servicios un total de 8 trabajadores (6 mujeres y 2 hombres).

De los ocho trabajadores, cinco de ellos son responsables de diferentes procesos, en concreto R... que es responsable de control de producción- procesos finales, I... que es responsable de planificación y control de producción, Iz..., que es responsable de control de producción – equipados, Mi..., que es responsable de plantificación productiva e Is... que es responsable de control de producción- transformación metálica.

De las 6 mujeres, 4 se encuentran en reducción de jornada, habiéndose visto afectas por el ERTE sin rotación Dña. E... y M..., ambas en situación de reducción de jornada por guarda legal y en el puesto de control de producción.

La otra trabajadora que presta servicios en el puesto de control de producción es A... que también se encuentra en situación de reducción de jornada y es la trabajadora con la segunda mayor antigüedad del departamento habiéndose visto afectada por el ERTE con rotación.

18º.) AS... presta servicios en el departamento de calidad. En dicho departamento trabajan un total de 5 personas (4 mujeres y 1 hombre), encontrándose en situación de reducción de jornada la Sra. S... y M..., quien es la interlocutora con dos de los clientes principales de la empresa, Airbus operatios y Embraer que no ha sido afectada por el ERTE

19º.) AR... y MA... prestan servicios en el departamento de compras y logística.

En el citado departamento prestan servicios tres mujeres, encontrándose todas ellas en situación de reducción de jornada, habiéndose visto afectadas las dos demandantes por el ERTE de forma no rotatoria. La otra

trabajadora del departamento Dña. M... es la responsable del departamento encontrándose en reducción de jornada y siendo parte del grupo de personal fijo, teniendo además una mayor antigüedad que la Sra. F...

20º.) La actora Dña. MA..., se encuentra en situación de incapacidad temporal de larga duración desde el 31 de Enero de 2020.

21º.) Del total de 178 trabajadores / as conforman la plantilla de la planta de Vitoria 64 de ellas se encuentran afiliadas a un sindicato encontrándose 54 de ellas afectadas por la medida de suspensión de los contratos de trabajo.

22º.) Todos los miembros del Comité de empresa que son 13 se encuentran afectados por la medida de suspensión de contratos de trabajo.

23º.) La demandante Dña. M... entró a formar parte del Comité de Empresa en Octubre de 2019".

Segundo.

La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia, dice:

"Que con desestimación de las excepciones de inadecuación de procedimiento, caducidad y falta de litisconsorcio pasivo necesario DESESTIMO la demanda interpuesta por A..., M..., AS..., AR... y MA..., contra la empresa "ALESTIS AEROSPACE, S.L." y en consecuencia absuelvo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra".

Tercero.

Frente a dicha Resolución se interpuso el Recurso de Suplicación anteriormente reseñado, que fue impugnado por la -Mercantil demandada-, "ALESTIS AEROSPACE, S.A."

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 29 de Marzo, 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 9 de Abril, se acordó, -entre otros extremos- que la Deliberación, Votación y Fallo del Recurso se verificara el siguiente 27 de Abril; lo que se ha llevado a cabo el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La instancia ha dictado Sentencia en la que, previa desestimación de las excepciones de inadecuación de procedimiento, caducidad y falta de litisconsorcio pasivo necesario, alegadas por la empresa demandada, ha desestimado la demanda interpuesta por Dña. A..., Dña. M..., Dña. As..., Dña. Ar... y Dña. Ma..., contra la empresa ALESTIS AEROSPACE S.L. en reclamación sobre tutela de derechos fundamentales, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Recordemos que en la demanda se pretendía se declarara que la decisión de la empresa de aplicarles el ERTE de forma no rotatoria constituye un comportamiento discriminatorio, solicitando se las reponga en su condiciones laborales previas a la decisión impugnada, por la que se suspendieron sus contratos de trabajo por días completos desde el 1 de junio al 30 de septiembre de 2020 y solicitando también una indemnización de 25.001 euros para cada una.

Frente a dicha Sentencia se alzan en suplicación las cinco trabajadoras demandantes. Recurso de suplicación en el que se articulan doce motivos. Los cuales los cinco primeros lo son de revisión fáctica, de los que, a su vez, los motivos cuarto y quinto se canalizan también a través del cauce del art. 193.a) LRJS. El motivo sexto en realidad no es un motivo de recurso pues solo trata de recordar el objeto del litigio y de fundamentar la desestimación de las excepciones alegadas por la empresa demandada, lo que ya no tiene sentido, dado el Fallo de la Sentencia impugnada, que rechazó tales excepciones.

Comenzaremos por los motivos que transitan por el cauce del artículo 193.a) LRJS tiene como finalidad la de "reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión".

Se pretende, mediante este motivo de suplicación, eliminar todos los posibles vicios del procedimiento operados por infracciones de las garantías mínimas del proceso laboral, siempre que se haya generado manifiesta indefensión.

En todo caso, ha de haberse infringido una norma procesal concreta, norma esencial, en el sentido de que, como ya se apuntó, su infracción ha debido generar real indefensión a la parte, y ha de haberse formulado en tiempo y forma la oportuna protesta, pidiendo la subsanación de la infracción.

Cabe señalar, además, que la admisión de este motivo ha de tener carácter excepcional, al ser también excepcional la medida que resulta del mismo, de declaración de nulidad de las actuaciones practicadas desde el momento en que aquella infracción se produjo.

En el presente caso alega la recurrente que la sentencia de instancia incurre en infracción de normas o garantías del procedimiento que ha producido indefensión, en ambos casos en relación con la descripción de los hechos probados - concretamente, el hecho decimosexto -, por considerar que, en realidad, la instancia ha tenido por acreditado lo que ha plasmado en dicho ordinal sin base en prueba documental consistente.

Alegaciones todas ellas que van a ser rechazadas, por los siguientes motivos: de un lado, la parte recurrente no invoca como infringido ningún precepto conteniendo norma o garantía del procedimiento; de otro lado, porque en el Suplico de su recurso no se solicita la nulidad de la Sentencia y la consiguiente reposición de las actuaciones al Juzgado de origen para subsanar tal vicio.

En consecuencia, no procede declarar la nulidad de la Sentencia.

Segundo.

Impugna la parte recurrente la Sentencia de instancia, como ya se ha dicho, con base también en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social - en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Lo hace con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social - en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b.) Que el error sea evidente;

c.) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d.) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente en los siguientes extremos:

a) la modificación del hecho probado primero para que se corrija la antigüedad de la Sra. L..., que debe ser la de 19 de junio de 2006 y no la de 26 de febrero de 2007. Lo que basa en el folio 113 reverso – Vida laboral -. Pretensión que se rechaza, dado que en el escrito de demanda consta la antigüedad reflejada por la instancia, sin que conste que tal hecho hubiera sido discutido en el juicio oral, manifestando la juzgadora a quo que se trata de un hecho no discutido.

b) la modificación del hecho probado quinto, en su párrafo segundo, para que se aclare que las 13 personas que se encuentran en situación de reducción de jornada por cuidado de menor son 13 de las 21 mujeres del colectivo de mano de obra indirecta, y que ninguno de los 19 hombres tiene reducción. Pretensión que se rechaza por resultar totalmente innecesaria la aclaración propuesta, dado que ello ya consta con total claridad en el hecho probado decimocuarto, en el que se dice que “En mano de obra indirecta del total de 40 trabajadores/as, 13 se encuentran en reducción de jornada por guarda legal, siendo todas ellas mujeres”, por lo que nada distinto aporta la modificación solicitada.

c) la modificación del hecho noveno para corregir un error de transcripción, en relación con la fecha del año en que se celebraron las reuniones, que no sería 2010 sino 2020. Pretensión que se estima, dado que es obvio que la cuestión controvertida - el ERTE - se produjo en 2020, si bien conviene aclararlo a los efectos de evitar futuros errores arrastrados por este.

d) la modificación del hecho probado decimosexto en el que se dice que Dña. Ir... es responsable de industrialización, lo que la instancia habría reflejado sin soporte documental alguno, únicamente con la alegación de la empresa en tal sentido. Lo que pretende la parte recurrente es, en realidad, tal como plantea la redacción alternativa de dicho hecho, que se suprima la última frase de dicho hecho, que dice “contando con capacitación para todo tipo de procesos” referida a la citada Dña. Ir... Pretensión que se rechaza, ya que no se basa en ningún documento o pericia, sino en la idea de que ello no se basa en ninguna prueba, siendo así que la instancia refleja que ha seguido el Cuadro obrante al folio 1412 y la testifical de la Sra. C...

e) la revisión del hecho decimoséptimo – aunque en inicio se refiere, sin duda, por error, al decimosexto -, para dar al mismo una redacción alternativa que propone literalmente. Pretensión que se rechaza también, dado que, como la revisión anterior, no se basa en ningún documento o pericia, sino tan solo en la consideración de que la instancia se ha basado en un documento elaborado por la propia empresa, que contiene datos inexactos. Así, sin prueba alguna que sostenga la revisión propuesta, como se ha dicho, la misma se desestima.

Tercero.

El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, “examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia”, debiendo entenderse el término “norma” en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las “normas sustantivas”, en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcar también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

Cuarto.

Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando las siguientes infracciones:

A. infracción de lo dispuesto en la doctrina del Tribunal Constitucional, invocando diversas Sentencias, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres – LOI -, las Directivas 2002/73/CEE y 2006/54/CE y Sentencias del TJUE que invoca. Argumenta la parte recurrente que ha aportado indicios indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho fundamental, sin que hayan sido neutralizados por la argumentación de

la empresa, que era quien tenía la carga de probar la justificación de su decisión eliminando toda sospecha de lesión de tal derecho; que los indicios aportados en este caso fueron los siguientes: correlación y proximidad entre el factor del sexo y la condición de persona con reducción de jornada y la afectación de la medida de suspensión de contrato sin rotación a las cinco trabajadoras demandantes; que el ERTE podía afectar como máximo al 20% del personal de mano de obra indirecta - MOI -, lo que suponen 8 personas, siendo así que 7 de ellas han sido mujeres y en situación de reducción de jornada; que la afectación del ERTE tenía que haberse dividido entre toda la plantilla; que durante el ERTE se implantó un único turno de mañana, de 6:00 a 15:00 horas, dentro de la sección de mano de obra directa, lo que hacía imposible conciliar el turno de trabajo y la reducción de jornada, por lo que las trabajadoras en tal situación solicitaron turno de tarde, a lo que la empresa respondió ofreciendo a estas trabajadoras acogerse el ERTE al 100% y sin rotación; que tras el período de suspensión, la plantilla volvió a trabajar al 100%, pero estas 7 mujeres afectadas no pudieron hacerlo porque sus claves de ordenador habían expirado y se había dado orden de no habilitarles el ordenador; que tales indicios se dan en todos los departamentos en que prestan servicios las demandantes – compras y logística, control de producción, calidad, ingeniería -, departamentos que analiza individualizadamente en cuanto a la aplicación de criterios que consideran objetivos y el resultado de aplicación del ERTE que de dichos criterios se habría producido; que la empresa se limitó a decir que los criterios fijados en el Informe eran objetivos, pero no los analizó en cuanto al resultado en la práctica en cada departamento; que no se ha explicado la razón de seguirse tales criterios – formación, idiomas (inglés), antigüedad y edad.

B. infracción de los artículos 24 CE, 17.1 y 35.5 ET (invocación errónea, pues, como luego se aprecia, se refiere al art. 37.5), 8 LOI (en cita incorrecta, pues se refiere por error a la L.O. 2/2007) y Directivas Comunitarias 2000/78, 2000/43 y 2006/54-. Argumenta la parte recurrente en este sentido que hay dos causas que justifican la apreciación de la existencia de discriminación: la especial afectación en número a las mujeres que trabajan como MOI y, en particular, a las que están en situación de reducción de jornada; que la reducción de jornada por guarda legal es una medida de carácter general y no expresamente dirigida a las mujeres trabajadoras, por lo que tiene un carácter “aparentemente neutro”, si bien su aplicación ha dado lugar a una situación de discriminación en este caso.

C. infracción de la STJUE de 6 de diciembre de 2007 – Asunto C-300/2008 -. Argumenta a este respecto que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor discriminatorio; que de ello se desprende la limitación de las potestades organizativas y disciplinarias del empresario; que existe la necesidad de compensar las desventajas reales que para conservar el empleo soporta la mujer, en relación a diversos factores, en particular el ejercicio de los derechos asociados a la maternidad, que son mayoritariamente ejercicios por mujeres; que el análisis que han de realizar los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego, dando una respuesta que no sea meramente formal y aparentemente motivada, sino materialmente acorde con la cobertura que prescribe el artículo 14 CE; .

D. infracción de la Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha n.º 119/2014, de 27 de enero.

E. infracción de la LOI, al no existir en la empresa el Plan de Igualdad que esta norma exige. Argumenta que la empresa admitió, al aportar la documentación solicitada como Diligencia Final, que tenía plan de igualdad para cada centro de trabajo, si bien la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Sevilla le requirió en noviembre de 2019 para elaborar un plan para toda la empresa.

F. infracción del art. 8.12 LISOS, sobre la indemnización solicitada de 25.001 euros para cada una de las demandantes. Argumenta en este sentido que esta cantidad es la ajustada dada la gravedad de la situación y del doble objetivo que la indemnización ha de cumplir, de reparar el daño y disuadir a la empresa de volver a vulnerar un derecho y penalizar a las mujeres por serlo o por tener reducción de jornada.

Quinto.

Antes de entrar a resolver lo planteado en el recurso, conviene que recordemos los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la instancia, en relato no alterado por esta Sala, pese a las pretensiones de la parte recurrente. Son los siguientes, resumidamente expresados, en lo que resultan imprescindibles para la resolución del recurso: las cinco trabajadoras demandantes prestan servicios para la demandada ALESTIS AEROSPACE, S. L., que se dedica a la construcción aeronáutica y espacial y de su maquinaria y cuenta con diferentes centros de trabajo en el territorio nacional, siendo de aplicación el Convenio para la empresa en el centro de trabajo de Vitoria-Gasteiz - BOTHA de 4 de octubre de 2017, con vigencia para los años 2011 a 2019 -; el centro de trabajo de Vitoria tiene una plantilla de 178 trabajadores/as de los que 96 (54%) son mujeres y 82 (46%) hombres, si bien solo tienen presencia efectiva un total de 76 hombres, pues 6 de ellos están en jubilación parcial; del total de la plantilla, 45 personas (25%) están en reducción de jornada por cuidado de menor; el colectivo de mano de obra indirecta (MOI) del centro de Vitoria tiene 40 trabajadores/as, de los que 21 (52,5%) son mujeres y 19 hombres (47,5%), encontrándose 13 (33%), todas ellas mujeres, en reducción de jornada por cuidado de menor y 27 prestan servicios a jornada completa; las demandantes pertenecen a este colectivo de MOI y todas ellas están en reducción de jornada por guarda legal a excepción la Sra. B..., cuya reducción es por cuidado de mayores; al colectivo MOI pertenece el personal que desempeña funciones sin relación directa e inmediata con las tareas de fabricación de los productos

desarrollado por la empresa, sino que dan soporte a algunos de sus programas o centros de trabajo; se ha tramitado un ERTE suspensivo de contratos de 602 de los nueve centros de trabajo de la empresa, con base en la concurrencia de causas productivas de carácter coyuntural; la comisión representativa estaba formada por 8 representantes pertenecientes al Sindicato CCOO, 3 al Sindicato UGT, una representante de ELA y uno de CGT, así como un asesor de CCOO, uno de UGT y otro de CGT; tras el período de consultas hubo acuerdo y se pactó una medida de suspensión de contratos de trabajo a la totalidad de la plantilla con afectación de todos los centros de trabajo para el período comprendido entre el 1 de junio y el 30 de septiembre de 2020; en dicho acuerdo se hacía expresa referencia al MOI, en los siguientes términos, en esencia: del total de 145 empleados afectados un total de 35 lo serán durante todo el período de aplicación de la medida, sin posibilidad de rotación con otros trabajadores por lo que cada uno de ellos se verá afectado un durante un máximo de 99 días naturales (dentro del período de aplicación), sin que en ningún caso el número de trabajadores de este colectivo de trabajadores MOI (a los que se les aplicará la medida de forma no rotatoria) en cada una de las plantas pueda ser superior al 20 % de número total de trabajadores MOI de la planta correspondiente; también se acordaron los criterios de designación del personal afectado por la medida en el colectivo MOI, los cuales son aplicables con carácter subsidiario, siendo los siguientes: 1. adscripción a centro de trabajo . 2. mantenimiento de la estructura de trabajo 3. estructura mínima por planta. 4. formación 5. idiomas (inglés) 6. antigüedad 7. edad; la afectación a la MOI del centro de trabajo de Vitoria ha sido la siguiente: 13 trabajadores y trabajadoras se han considerado estructura mínima para mantenimiento de las funciones esenciales del centro, con una afectación mínima de 8 días en el mes de agosto, de los cuales son: 6 mujeres: las seis, responsables o referentes de función de su área, encontrándose tres de ellas en situación de reducción de jornada por cuidado de menor 7 hombres: los siete responsables o referentes de función en su áreas, 19 trabajadores y trabajadoras, con una afectación rotatoria de 54 días en todo el período -; 8 trabajadores/as con afectación durante todo el período de la medida, de las cuales 7 son mujeres en situación de reducción de jornada, esto es, de las 13 mujeres del MOI 7 se han visto afectadas por las medidas de forma no rotatoria, 3 por las medidas de forma rotatoria y las otras tres no se han visto afectadas por las medidas suspensiva; el 29 de mayo de 2020 se remitió a las trabajadoras comunicación escrita sobre la aplicación de la medida de suspensión de contratos acordada; la Sra. M... presta servicios en el departamento de ingeniería, siendo la única trabajadora que se encuentra en situación de reducción de jornada en dicho departamento habiéndose visto afectada por el ERTE sin rotación, prestando en el mismo servicios 6 personas, 3 mujeres y 3 hombres, sin que un responsable se haya visto afectado y prestando también servicios Dña. I... con menor antigüedad que la actora, siendo responsable de industrialización y contando con capacitación para todo tipo de procesos; Dña. M... presta servicios en el departamento de control de producción, en el que trabajan 8 personas, de las que 6 son mujeres y 2 hombres, siendo cinco de ellas responsables de diferentes procesos, - no la actora -, y estando 4 de las 6 mujeres en reducción de jornada, habiéndose visto afectas por el ERTE sin rotación esta demandante y otra trabajadora, ambas en reducción de jornada por guarda legal y en el puesto de control de producción, prestando servicios también en dicho puesto otra trabajadora, también en reducción de jornada, con la segunda mayor antigüedad del departamento, habiéndose visto afectada por el ERTE con rotación; Dña. As... trabaja en el departamento de calidad, en el que hay 5 personas (4 mujeres y 1 hombre), encontrándose en situación de reducción de jornada esta demandante y otra trabajadora, que es la interlocutora con dos de los clientes principales de la empresa y que no ha sido afectada por el ERTE; Dña. Ar... y Dña. Ma... (esta demandante se halla en IT desde el 31 de enero de 2020) trabajan en el departamento de compras y logística, en el que prestan servicios 3 mujeres, encontrándose todas en situación de reducción de jornada, habiéndose visto afectadas las dos demandantes por el ERTE de forma no rotatoria, en tanto que la tercera trabajadora de este departamento es su responsable y tiene mayor antigüedad que la Sra. F...

SEXTO. Sobre la aportación de indicios de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación.

La previsión del artículo 181.2 LRJS ha sido analizada reiteradamente por la jurisprudencia constitucional al analizar el problema de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales, para lo que recuerda su propia doctrina desde la STC 38/1.981, en el sentido de que "cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Si bien, para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (SSTC 87/1.998 y 74/1.998, y las allí citadas). Es decir, no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional. Al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto empresarial ha lesionado sus derechos fundamentales, un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en el caso, el motivo oculto de aquel acto (SSTC 90/1997, 74/1998, 87/1998)...", a lo que añade, como conclusión de lo antedicho, que "alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, sobre la parte demandada recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión (STC 21/1.992). Ciertamente, no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos

fundamentales (STC 266/1.993, fundamento jurídico 2º), pero sí recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste simplemente el intentarlo (STC 114/1.989, fundamento jurídico 6º), que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para moverle a adoptar la decisión enjuiciada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante (STC 74/1.998, fundamento jurídico 2º) .

En otras palabras, se trata para el órgano judicial, de descubrir el nexo entre la decisión empresarial impugnada, perjudicial para el trabajador, y el hecho de haber ejercitado aquél su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que normalmente la medida empresarial que se reputa atentoria contra aquella garantía mantiene una apariencia de justificación con base en motivos distintos. Por ello, el TC señala la existencia de una causa real seria y suficiente para la adopción de la decisión empresarial analizada como la única posibilidad de que el órgano judicial resuelva la cuestión haciendo un simple examen de legalidad, abandonando el debate de constitucionalidad o rechazando éste.

Más concretamente, la antes citada STC 138/06, de 8 de mayo, argumentaba más extensamente acerca de la inversión probatoria, del siguiente modo: “La finalidad de la prueba indiciaria 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 (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite 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 (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4).

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas)”.

Desde luego, hay que matizar y resumir que no se trata de colocar al demandado ante una prueba diabólica, como lo sería la de acreditar un hecho negativo cual la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales - STC 266/1.993 -, pero en todo caso no debe olvidarse que recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste simplemente el intentarlo - STC 114/1.989 -, que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para moverle a adoptar la decisión enjuiciada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por la parte demandante - STC 74/1.998 -. Se trata, en definitiva, de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial analizada, de modo que esta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. En los términos del artículo 181.2 LRJS, se trata, pues, de que el demandado acredite 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 - SSTC 38/1981 y 136/1996 -. En este sentido, no cabe duda de que la ausencia de prueba trasciende el ámbito meramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental - SSTC 197/1990 y 136/1996 -.

A lo que, en el presente caso, hemos de añadir también las previsiones del artículo 6 LOI, en cuanto a la definición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en los siguientes términos: “1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera

ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. 3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”.

En el caso analizado en el presente recurso, los datos fácticos son los reseñados más arriba revelan que del colectivo MOI - mano de obra indirecta – el ERTE ha afectado de forma no rotatoria, esto es, en la forma más perjudicial, a un total de 8 personas trabajadoras, de los que 7 son mujeres que se encuentran en situación de reducción de jornada por guarda legal.

A la vista de este resultado en la aplicación de tal ERTE, hemos de considerar que ello mismo ya constituye un indicio de discriminación, al afectar la medida en su versión más perjudicial, esto es, el ERTE suspensivo en forma no rotatoria, de manera especial en cuanto al número de personas afectadas, a las mujeres en situación de reducción de jornada.

Séptimo. Sobre la denunciada discriminación por razón de sexo.

Como se ha dicho ya, una vez aportado y admitido este indicio de discriminación, hemos de considerar que se ha invertido la carga de la prueba, en el sentido anteriormente expuesto, esto es, que ahora recae sobre la empresa demandada la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar la decisión impugnada de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental.

Derecho fundamental que, en el caso, es el derecho a no ser discriminada por razón de sexo. Cuestión acerca de la cual hemos de recordar la doctrina constitucional y comunitaria, en el sentido que ahora se expone.

Tal como la jurisprudencia constitucional ha ido argumentando - SSTC 145/1991, 286/1994, 182/2005 y 66/2014 -, ha de realizarse por el órgano judicial un ejercicio de análisis, no meramente formal, sino analizando si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE. En este sentido, la STC 66/2014 razona como sigue: “(...) Respecto a la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE el Tribunal tiene declarado que “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad” (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y las allí citadas). Por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, este Tribunal ha afirmado que “la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.” (SSTC , de 3 de julio, FJ 3; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2).

Conviene también recordar que tal tipo de discriminación “no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). Hemos afirmado así que ‘la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo’ (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4).” (SSTC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2, y 92/2008, de 21 de julio, FJ 4).

Por ello, este Tribunal ha afirmado que “para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como ‘la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en

cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)' (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2), y a que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10, o 214/2006, de 3 de julio, FJ 6, por añadir otros pronunciamientos a los ya citados)." (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6).

3. En desarrollo de la doctrina constitucional relativa al art. 14 C214/2006E, se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tal como recoge la exposición de motivos de la Ley Orgánica.

La demandante de amparo entiende infringidos los arts. 3, 8 y 51 de la citada Ley Orgánica 3/2007. El art. 3 define el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como "la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil". El art. 8 define la discriminación por embarazo o maternidad declarando que "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad". El art. 51 encabeza el capítulo I del título V dedicado al principio de igualdad en el empleo público; establece los criterios de actuación de las Administraciones públicas y dispone que "[l]as Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán: a) Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional; b) Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional; ... f) Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo".

Dicha Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva en materia de igualdad de trato 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, tal como recoge la exposición de motivos de la Ley Orgánica citada. (...)

(...) 4. En este contexto legal y jurisprudencial se desarrolla el caso de autos. Teniendo en cuenta la doctrina de este Tribunal relativa a la prohibición constitucional específica sobre los actos discriminatorios por razón de sexo, que determina que la lesión directa del art. 14 CE se habrá producido "cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en estos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio" (SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 5; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 74/2008, de 23 de junio, FJ 2; y 92/2008, de 21 de julio, FJ 3) (...)"..

Por otra parte, ha de examinarse también toda la normativa que es fuente de interpretación del artículo 14 CE, según previene el artículo 10.2 CE. En tal sentido, hemos de recordar los Convenios de la OIT núm. 103, sobre la protección de la maternidad, núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y núm. 156, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

Igualmente en el Derecho de la Unión europea existen relevantes normas a este respecto, como la Directiva 1976/207/CEE del Consejo - modificada por la Directiva 2002/73/CEE, de 23 de septiembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo -.

Sin olvidar la interpretación que de esta normas comunitarias se ha hecho. Así, la STJCE de 30 de abril de 1998 , asunto 136-1995, Thibault, afirma que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres no puede dar lugar a un trato desfavorable, ni en lo que atañe a su acceso al empleo, ni en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, estableciendo esta Sentencia que el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral, y que, en particular, aquel principio impide privarla del derecho a ser objeto de una calificación anual a efectos de una promoción profesional de la que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso por maternidad al que tenía derecho, habría podido beneficiarse.

Y no cabe tampoco olvidar la STJUE de diciembre de 2007, en el Asunto C-300/2006 , que razonó que: "Si los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadoras es considerablemente mayor que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de

trabajadores varones, procederá considerar que tal situación revela una apariencia de discriminación basada en el sexo, a menos que la normativa controvertida en el procedimiento principal esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (véase, en este sentido, la sentencia Seymour-Smith y Pérez, TJCE 1999\21, antes citada, apartados 60 a 63)".

La instancia ha entendido que la empresa ha conseguido acreditar que, aunque de las 8 personas trabajadoras afectadas por el ERTE suspensivo en forma no rotatoria, 7 sean mujeres en situación de reducción de jornada, la selección de las anteriores ha obedecido a criterios objetivos, criterios que nada tendrían que ver con la condición de mujer de las afectadas demandantes o con la situación de reducción por guarda legal en que las mismas se encontraban, teniendo en cuenta que la empresa ha aplicado los criterios de afectación que fueron en su momento acordados con la representación de la plantilla - adscripción al centro de trabajo, mantenimiento de la estructura de trabajo, estructura mínima por planta, formación, idiomas (inglés), antigüedad y en último lugar la edad -.

Pues bien, la Sala no comparte el criterio de la instancia, sino que entendemos que la empresa no ha logrado destruir o desvirtuar los indicios aportados por las demandantes de un resultado claramente afectante de manera particular en su versión más perjudicial – suspensión de contratos en modalidad no rotatoria - a las mujeres en situación de reducción de jornada que prestan servicios como mano de obra indirecta para la empresa demandada en Vitoria-Gasteiz.

Y ello, por las siguientes razones:

. de un lado, ya se ha dicho que ese resultado en la aplicación de los criterios aprobados para el ERTE es tan llamativo en cuanto a la afectación de mujeres y, además, en reducción de jornada por guarda legal, en cuanto a la forma no rotatoria de la suspensión de contratos, en los términos antedichos, que ello ya constituye en sí mismo un indicio de discriminación.

. de otro lado, hemos de manifestar que el hecho de que la gran mayoría de las personas trabajadoras de la empresa demandada en situación de guarda legal sean mujeres no constituye ningún motivo de discriminación por razón de sexo – ni siquiera indiciariamente -, dado que en la decisión de reducción de jornada para atención de menores o mayores no interviene en absoluto la empresa o, al menos, no se tiene ningún dato sobre ello en el caso presente. Y ello, sin perjuicio de que se trata, evidentemente, de un reflejo claro de un funcionamiento familiar y social que mantiene en los hombros de las mujeres de manera mayoritaria el peso de la responsabilidad de los cuidados.

. la medida empresarial de ERTE suspensivo y su aplicación en los términos más arriba reseñados, que ha tenido como efecto que, en su modalidad de suspensión no rotatoria, esto es, durante todo el período de la medida, se ha aplicado a 8 personas, de las cuales 7 son mujeres en situación de reducción de jornada. Lo que, como se ha expresado ya reiteradamente, constituye un indicio de aplicación del ERTE de manera discriminatoria.

. este indicio ha sido contrarrestado por la mercantil demandada alegando, en esencia, que esa afectación es el resultado de la aplicación de unos criterios objetivos, que anteriormente hemos ya plasmado, a saber: 1. adscripción a centro de trabajo. 2. mantenimiento de la estructura de trabajo 3. estructura mínima por planta. 4. formación 5. idiomas (inglés) 6. antigüedad 7. edad. Criterios que se aplican con carácter subsidiario.

. así, la medida que impugnan las trabajadoras demandantes no tendría, en sí misma, un origen discriminatorio de carácter inmediato, ya que se estarían aplicando los criterios aprobados en el acuerdo entre la empresa y la representación de la plantilla para todo el marco de la demandada, en la negociación del ERTE. Y ello es así, puesto que no se discute que la aplicación de tales criterios haya conducido a este resultado, por lo que no está en cuestión la correcta aplicación de los mismos.

. ahora bien, entendemos que, por más que hubiera unos criterios para la aplicación del ERTE y que de ellos se haya derivado el resultado denunciado para la suspensión no rotatoria de los contratos, ello no supone que no se haya incurrido en la discriminación denunciada. En este sentido hemos de considerar que la empresa no ha destruido los indicios de vulneración del derecho fundamental, pues se ha limitado a invocar tales criterios. Sin embargo, ello no es suficiente para considerar justificada la medida empresarial impugnada. Y ello porque, aunque los criterios de aplicación del ERTE son, en efecto, objetivos, lo son solo en su apariencia, pero no en su realidad.

. en relación con ello, hemos de razonar que no se ha hecho esfuerzo alguno para justificar el interés empresarial - y de la parte negociadora en representación de la plantilla – en que los criterios para la aplicación del ERTE tuvieran que ser estos y en ese orden. Lo que supone que no se justifica la razonabilidad, proporcionalidad y objetividad de la medida. La existencia de unos criterios para la designación de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE, por más que estos estén predeterminados y hayan sido pactados en el período de consultas, no supone que los mismos sean absolutamente objetivos ni los únicos criterios posibles ni, menos aún, que resulten neutros ni irrelevantes, no solo en su concepción y descripción, sino también en el resultado de su aplicación. Resultado que es el que ya hemos reiterado, que surge de la estricta observancia de tales criterios, pero que no cabe considerar, a la luz de tal resultado, que sea una mera "coincidencia casual" imprevista. Siendo de reseñar que sobre la bondad y neutralidad real de estos criterios no se ha argumentado por parte de la demandada. Por ejemplificar este

planteamiento, se desconoce qué formación ha sido valorada o por qué el conocimiento de idiomas y, particularmente, el inglés, son relevantes. Sin embargo, sí que se conoce el resultado de la asignación de tales criterios.

. no se quiere significar por la Sala tampoco lo contrario, esto es, que tales criterios se hayan adoptado precisamente conociendo previamente que este fuera a ser el resultado, lo que constituiría una discriminación buscada de propósito. Pero, en todo caso, son criterios que, dado su resultado aplicativo, no son neutros sino que han generado un claro resultado peyorativo para las demandantes y otras trabajadoras, en los términos antedichos.

. sin embargo, rechazamos el argumento de la parte demandante sobre la inexistencia de Plan de Igualdad para el conjunto de la empresa, dado que existía para cada centro de trabajo, lo que podía haber tenido efectividad cierta en la evitación del resultado discriminatorio indicado. Y ello, claro está, sin perjuicio del incumplimiento que la inexistencia de dicho Plan supone, lo que no se enjuicia en el presente litigio.

En consecuencia, se estiman con carácter general estos motivos del recurso, si bien la reposición de las trabajadoras demandantes a sus anteriores condiciones de trabajo no es posible por haber finalizado ya el período de aplicación del ERTE.

Ahora bien, debemos realizar determinadas matizaciones respecto a dos trabajadoras, cuyas pretensiones no vamos a estimar:

. de un lado, Dña. Ar..., que trabaja en el departamento de compras y logística, en el que prestan servicios 3 mujeres, encontrándose todas en situación de reducción de jornada, habiéndose visto afectadas las dos demandantes por el ERTE de forma no rotatoria, en tanto que la tercera trabajadora de este departamento es su responsable y tiene mayor antigüedad que la Sra. F.... De ahí que en este caso no pueda entenderse que concurra la discriminación apreciada con carácter general.

. de otro, respecto a Dña. Ma..., ya que, según consta, esta demandante se halla en IT desde el 31 de enero de 2020, por lo que nunca ha estado afectada realmente por el ERTE litigioso y, por tanto, ningún perjuicio ha sufrido. A lo que ha de añadirse que también esta trabajadora presta sus servicios en el mismo Departamento que la Sra. ..., por lo que lo dicho respecto de aquella ha de ser también aplicable a esta.

Octavo.

En relación con la indemnización reclamada de 25.000 euros para cada una de las cinco trabajadoras demandantes, el recurso denuncia la infracción del art. 8.12 LISOS, argumentando que esta cantidad es la ajustada dada la gravedad de la situación y del doble objetivo que la indemnización ha de cumplir, de reparar el daño y disuadir a la empresa de volver a vulnerar un derecho y penalizar a las mujeres por serlo o por tener reducción de jornada.

Esta cuestión de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, prevista en el artículo 183 LRJS, ha sido y es aún muy debatida, discutiéndose si es automática una vez detectada la vulneración del derecho fundamental o si, por el contrario, se exige la concurrencia acreditada de un daño.

Esta Sala ha dictado Sentencias varias, pero entendiendo mayoritariamente que, en caso de vulneración de un derecho fundamental, el daño se produce por definición, debiendo destacarse la reciente Sentencia de 10 de septiembre de 2019 – Recurso 1274/2019 –, cuyo criterio hemos seguido en posteriores resoluciones, en la que se razonó que la indemnización en cuestión tiene una finalidad reparadora y también, en los propios términos legales, de “prevenir del daño”, por lo que tanto su existencia como la de la concreta cuantía a fijar han de tener muy en cuenta esta consideración.

Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones por razón de sexo, entre otras circunstancias, son tipificadas como muy graves por el artículo 8.12 LISOS. De otro lado, siguiendo el criterio de la propia LISOS - aplicable como criterio orientativo para la indemnización de daños morales, según reiterada jurisprudencia sobre esta materia ha señalado - hemos de estar a su previsión del artículo 40. 1. c), lo que entendemos que, dadas las circunstancias, ha de realizarse dentro del rango del grado mínimo; y en todo caso, teniendo en cuenta los hechos concretamente enjuiciados.

Hechos de entre los que ha de destacarse que, como se ha reiterado ya, la empresa aplicó unos criterios aparentemente objetivos que habían sido pactados con la representación de la plantilla, lo que supone que no ha sido una decisión unilateral exclusiva de la demandada.

Así, el grado mínimo es, según el precepto reseñado, multa de 6.251 a 25.000 euros, lo que procede aplicar en este caso en su grado mínimo, dadas las circunstancias antedichas, de donde va a resultar la suma de 6.251 euros, a cuyo abono se condena a la empresa demandada a las tres trabajadoras cuyas pretensiones hemos estimado, con los intereses procesales a partir del dictado de la presente Sentencia.

Entendemos que la aplicación de la previsión de sanción pecuniaria para las faltas muy graves en el término mínimo de su grado mínimo cumple, en el caso presente, la finalidad reparadora y preventiva de la indemnización.

En definitiva, se estima en lo sustancial el recurso y se revoca la Sentencia impugnada, con estimación de la demanda origen de este litigio.

Noveno.

No procede hacer declaración sobre costas, por haber vencido la parte recurrente (artículo 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social).

F A L L A M O S

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA A..., DOÑA M..., DOÑA AS... frente a la Sentencia de 23 de diciembre de 2020, del Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria-Gasteiz, en autos nº 460/20, revocando la misma, estimando la demanda iniciadora de estas actuaciones dirigida por las citadas demandantes frente a la empresa "ALESTIS AEROSPACE, S.L.", y declaramos que la decisión de la empresa de aplicarles el ERTE de forma no rotatoria constituye un comportamiento discriminatorio, debiendo la empresa abonarles, por la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, una indemnización de 6.251 euros a cada una de ellas, cantidades que devengarán los intereses procesales correspondientes, desestimando la demanda de DOÑA AR... y DOÑA MA..., absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones de estas trabajadoras.

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, devuélvanse 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 la Ilma. Sra. Magistrada-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 4699-0000-66-0618-21.

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 4699-0000-66-0618-21.

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.