



Roj: **STSJ CLM 2149/2018 - ECLI: ES:TSJCLM:2018:2149**

Id Cendoj: **02003340012018100882**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **11/09/2018**

Nº de Recurso: **1854/2017**

Nº de Resolución: **1129/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JESUS RENTERO JOVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 01129/2018

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 19130 44 4 2016 0001676

Equipo/usuario: MFV

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001854 /2017

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000786 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Lucía

ABOGADO/A: MARIA EUGENIA BLANCO RODRIGUEZ

: PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, AZKAR LOGISTICA S.A., (MEMBER OF DACHSER GROUP),

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, ANTONIO TOBARES BERMUDO

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Magistrado Ponente: Ilmo. Sr. D. JESÚS RENTERO JOVER.

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JESÚS RENTERO JOVER

D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

Dª. MARÍA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

En Albacete, a once de septiembre del dos mil dieciocho.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Ilmos/a. Sres/ a. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 1129/18

En el Recurso de Suplicación número 1854/17, interpuesto por la representación legal de Lucía, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Guadalajara, de fecha 2 de mayo de 2017, en los autos número 786/16, sobre Despido Disciplinario, siendo recurrido Azkar Logística, S.A. y FOGASA.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JESÚS RENTERO JOVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando en parte como estimo la demanda formulada por D^a Lucía frente a AZKAR LOGÍSTICA S.A y con intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y del MINISTERIO FISCAL declaro la IMPROCEDENCIA del despido de D^a Lucía con fecha de efectos 3 de octubre 2016 y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la empresa AZKAR LOGÍSTICA S.A a estar y pasar por esta declaración, y a que le indemnice en la suma de 29.648,09 euros, absolviendo a la demandada del resto de pedimentos de adverso.*

SEGUNDO.- Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:" PRIMERO.- D^a Lucía ha venido prestando servicios laborales a tiempo completo para la empresa Azkar Logística S.A con antigüedad de 1 de agosto de 2006, categoría profesional de Jefa de Almacén y con salario de 73,16 euros brutos día, incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

La trabajadora comenzó su relación laboral en virtud de contrato temporal por obra y servicio con la empresa FCC Logística S.A (luego Logiters S.A) el 1 de agosto de 2016. Se produjo la subrogación del contrato anterior y conversión en indefinido por la empresa ND Logistics España S.L (luego Xpo Suply Chain Spain S.L) el 1 de febrero de 2008. Se produjo nueva subrogación empresarial el 1 de enero de 2012 pasando al trabajadora a prestar servicios para la empresa Groupe Logistics IDL España S.A.U. Finalmente se subrogó en el contrato la empresa demandada, Azkar Logística S.A con fecha 1 de febrero de 2015.

El centro de trabajo se ubica en el Polígono Industrial de Torija, Guadalajara (Leroy Merlin)

La trabajadora prestó servicios previamente, a partir del 22 de marzo de 2006 a través de la Empresa de Trabajo Temporal Agio TT Gestores de Empleo ETT S.A, sin que conste la empresa usuaria en la que prestó servicios efectivos, ni los trabajos realizados.

-vida laboral, doc 2 de la actora, y 3 a 6 de la empresa, y documentos 7 y 17 a 30 de la empresa-

SEGUNDO.- La trabajadora no ha ostentado condición de delegada de personal ni miembro del comité de empresa en los años 2015 y 2016. -hecho no controvertido-

TERCERO. - Mediante carta de fecha 3 de octubre de 2016 la empresa procedió al disciplinario con efectos de ese mismo día, carta que obra en autos (hecho quinto de la demanda y doc nº 1 de la empresa y) y se da por reproducida en esta sede y en la que la única causa referida es la disminución continuada en el rendimiento de trabajo.

CUARTO.- La empresa ha despedido entre 2015 y 2016 a un total de 20 trabajadores de los cuales 14 eran hombres y 6 mujeres. (70% hombres frente a 30% mujeres). Si se computa la comunicación de despido de una trabajadora en 2015 (responsable) que no llegó a tener efecto al conocer la empresa su embarazo, los datos serían un total de 21 trabajadores de los cuales 14 eran hombres y 7 mujeres. (66,6% hombres frente a 33,3% mujeres).

De estos despidos, 7 fueron de responsables, 4 hombres y 3 mujeres (57,4 % frente a 42,85%), computando a la trabajadora cuyo cede no llegó a ser efectivo.

-documento 47 de la empresa y documento 7.1 de la actora -

QUINTO.- Constan en las actuaciones las cartas de despido de 6 de los responsables que han sido despedidos, como documento 7 de la actora y 48 y 49 de la empresa -por reproducidos-, así como de otros trabajadores documento 7 de la actora y 50 de la empresa. -por reproducidos-



SEXTO. - Prescindiendo de las contrataciones a través de contrato temporal, en febrero de 2015, los contratos de trabajo en vigor ascendían a un total de 302 de los cuales 179 eran de hombres y 123 de mujeres (59,27% hombres frente 40,72% mujeres)

En diciembre de 2016 los contratos de trabajo en vigor ascendían a un total de 360 de los cuales 194 eran de hombres y 135 de mujeres (62,5% hombres frente 37,5% mujeres)

-documentos 39 y 40 de la empresa-

SÉPTIMO.- En relación a los responsables de la empresa en febrero de 2015 había 31 puestos de encargados/responsables de los cuales 19 era hombres y 12 mujeres (61,29 % hombres frente a 38,70% mujeres); en diciembre de 2015 había 33 puestos de encargados/responsables de los cuales 22 eran hombres y 11 mujeres (66,66 % hombres frente a 33,33% mujeres).

En mayo de 2016 el número de responsables ascendió a 39, de los cuales, 22 eran hombres y 17 mujeres (56,41% hombres frente a 43,58% mujeres). Y en enero de 2017, se mantiene el número de responsables, si bien 23 son hombres y 16 son mujeres (58,97% hombres frente a 41,02% mujeres).

-doc nº104 de la empresa pág.9 y documentos 33, 36 y 37 de la empresa-

OCTAVO.- La empresa se encuentra en negociando un Plan de Igualdad con la representación de los trabajadores.

-testificales acto del juicio-

NOVENO.- En el año 2016 se ha producido una reestructuración de la empresa afectando al área en que prestaba servicios la actora-

-testificales en el acto del juicio-

DÉCIMO.- El número de hombres que concurre a los procesos selectivos de los puestos de trabajo ofrecidos a través de ETT, es notablemente superior al de mujeres.

-docs. 172 y ss de la empresa y testifical en el acto del juicio-

DÉCIMO PRIMERO.- En septiembre de 2016 la empresa, de seis trabajadores del área de preparación que finalizaban su contrato temporal a través de ETT contrató a cinco de esos trabajadores con fecha 1 de septiembre de 2016, siendo los cinco de sexo masculino. La fecha máxima de contratación fijada en relación a estos trabajadores oscilaba entre enero y junio de 2017.

La persona que venciendo su contrato temporal en idéntica fecha no pasó a ser contratada por la empresa fue una mujer, la cual a diferencia del resto de trabajadores, tenía fijada como fecha máxima de contratación la misma en que vencía el contrato.

-testificales en el acto de juicio y documentos 149 y ss de la empresa y doc 7 de la actora-

DÉCIMO SEGUNDO.- A la relación laboral entre empresa y trabajador le es aplicable el Convenio Colectivo de Operadores Logísticos de Guadalajara (BOP Guadalajara 4 de mayo de 2016)

DÉCIMO TERCERO.- Con fecha 16 de noviembre de 2016 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC previa presentación de papeleta el día 31 de octubre de 2016 con el resultado de intentado SIN AVENENCIA."

TERCERO.- Que, en tiempo y forma, por la parte demandante, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Guadalajara, de fecha 2-5-2017, recaída en los autos 786/2016, dictada resolviendo de modo parcialmente estimatorio la Demanda de Despido con vulneración de Derechos Fundamentales interpuesta por parte de la trabajadora D^a Lucía contra la empresa "AZKAR LOGÍSTICA S.A.", habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, se formaliza el presente recurso de Suplicación mediante dos motivos, el primero de ellos acogido al apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10-10- 2011 (LRJS), subdividido en siete distintas propuestas, dirigido a intentar la modificación de los hechos que han sido declarados probados, en



los términos que propone, y el segundo, con cobijo procesal en el apartado c) del mismo precepto, dedicado al examen del derecho aplicado, mediante el que se realiza denuncia de infracción de lo que viene establecido en los artículos 14 de la Constitución, 4,2,c) y e), 17 y 54,2,e) del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el artículo 36 del Convenio Colectivo del sector de Operadores logístico de la Provincia de Guadalajara. Lo que resulta impugnado de contrario. Lo que es impugnado de contrario.

Se hace constar que, por indisposición temporal, y estando en situación de licencia por enfermedad, ha sido cambiado como Ponente del recurso el Magistrado D. Pedro Librán Sainz de Baranda por quien ahora interviene como Ponente. Debiéndose señalar que, conforme al artículo 261 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el mismo "votó en Sala y no pudo firmar", haciéndolo en su nombre el Magistrado D. JESÚS RENTERO JOVER, que interviene como Presidente en funciones de la Sección.

SEGUNDO.- La primera propuesta de modificación de los hechos probados va dirigida a añadir al hecho probado séptimo un determinado texto, del siguiente tenor literal:

"Que la empresa ha pasado de tener una representación de personal femenino en los "mandos" de OPERATIVA (responsables de área y soporte de operaciones, dejando fuera la oficina administrativa - soporte funcional) de un 45,71% a un 37,50%, una disminución de más de 8 puntos:

documento de prueba %de presencia

Fecha del ramo de prueba personal personal de personal

Organigrama contrario total femenino masculino femenino

may-16 documento 33 35 16 18 45,71%

jul-16 documento 34 42 17 24 40,48%

ene-17 documento 36 40 15 22 37,50%

Que entre febrero de 2015 cuando la actual empresa se hace cargo del centro de Torija y 31 de diciembre de 2015 resulta que como Jefes de almacén ha habido una disminución del personal femenino en un 6,52% (pasando de un 50% de presencia femenina a razón de 10 jefes de almacén de sexo masculino y 10 jefas de almacén de sexo femenino a un 43,48% en menos de un año, 13 jefes de almacén de sexo masculino y 10 jefas de almacén de sexo femenino), además de que el único jefe de servicio es hombre".

Apoya esta modificación, según indica, en el borrador del plan de igualdad aportado como documento 104 del ramo de prueba de la demandada, en sus folios 9 y 10, sin mayor ubicación en las actuaciones, que este Tribunal localiza en el Tomo II de las mismas, folios 671 a 692, de un llamado Borrador de Plan de Igualdad/ Azkar Logística S.A./Torija, sin firma de nadie.

Procede señalar, con carácter general, que, en relación con la pretensión de modificación fáctica en Recurso de Suplicación, esta Sala tiene elaborada la siguiente doctrina al respecto, como exigencias sobre dicha posibilidad:

- 1) Imposibilidad de pretender aducir cuestiones fácticas nuevas, que no hayan sido discutidas en el procedimiento, por el carácter sorpresivo generador de indefensión.
- 2) Necesidad de absoluta precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar, indicando expresamente a cual o cuales de ellos se refiere.
- 3) Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales y/o periciales que sirvan de sustento a su pretensión modificadora, únicos medios de prueba hábiles a estos efectos de Suplicación (artículo 193,b) LRJS), no siendo viables las meras interpretaciones distintas de las mismas pruebas que ya hayan sido valoradas por el órgano judicial "a quo".
- 4) Debe razonarse suficientemente sobre la relación existente entre el medio de prueba utilizado y el contenido de la modificación pretendida, de tal modo que se esclarezca de modo indubitado tal conexión.
- 5) No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.
- 6) El error del órgano judicial de instancia debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.
- 7) Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo, de modo literal, que se pretenda que vaya a sustituir al llamado a ser suprimido o modificado, o que se pretenda incorporar como hecho nuevo.



8) Por último, es necesario que la revisión propuesta, a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate, no siendo admisibles modificaciones fácticas sin incidencia resolutoria.

Partiendo de lo anterior, esta primera propuesta del motivo no puede prosperar, de una parte, en cuanto que el soporte probatorio a que se refiere carece de la suficiente y necesaria literosuficiencia, al consistir en un mero borrador, del que no se sabe nada respecto a los avatares de su itinerario final, y de otra, en cuanto carente de toda firma al final del mismo, donde aparecen en blanco los espacios reservados a la firma de la representación empresarial y de los trabajadores (folio 692). Finalmente, como se verá, no tendría tampoco la inclusión del texto pretendido una especial trascendencia, a efectos resolutorios, por el contrario de cómo se pretende por la recurrente.

TERCERO.- Como segunda propuesta de revisión de los hechos tenidos como probados, contenida en el mismo motivo primero del recurso, se pretende la adición de uno nuevo al relato fáctico judicial, signado en caso estimatorio como décimo cuarto, del siguiente tenor literal:

"Que la empresa ha incorporado un 72,2% de hombres, frente a un 27,98% de mujeres y como jefes de almacén y servicio el porcentaje de contratación de mujeres es 0% frente a un 100% de hombres.

Y los contratados por la empresa a través de ETT han sido un 76,61% de hombre y un 20,39% de mujeres.

- documento 104 del ramo de prueba de la empresa, página 14 del plan de igualdad".

Se señala como apoyo probatorio de esta segunda propuesta, el mismo documento antes señalado, ahora si identificando la página concreta del mismo en los autos, el folio 684, que contiene determinados datos de evolución de la plantilla de trabajadores referidos al año 2015.

En respuesta a esta propuesta de revisión, procede señalar lo siguiente: a) De una parte, reiterar lo antes señalado en respuesta a la primera propuesta de revisión, en cuanto que concurren las mismas circunstancias; b) Añadido a lo anterior, en todo caso la propuesta literalmente realizada adolece de cierta imprecisión, al no señalar a que año se refiere (el apoyo que indica claramente señala que esos son datos del año 2015), y además, incurre en una utilización selectiva de los datos de ese año, que continúan en el folio siguiente, contraviniendo así el principio de integridad de la utilización de un medio de prueba, y que darían una visión suficiente -y distinta de la propuesta-, de lo acaecido durante ese año, si tal apoyo tuviera el valor documental del que, como sea señalado, carece a estos efectos de Suplicación.

Debe por lo tanto desestimarse también esta segunda pretensión de revisión fáctica.

CUARTO.- En tercer lugar, como nueva propuesta dentro del mismo motivo primero, se persigue la adición, al hecho probado sexto, del siguiente texto, que ofrece literalmente:

"Que a 31 de diciembre de 2015 la plantilla era de 371 trabajadores/as con una presencia de un 36,93% de mujeres (137 mujeres frente a 234 hombres) una disminución de la presencia de personal femenino en plantilla de en menor de un año de más de tres puntos. Que en ese período se ha incrementado la plantilla general total, habiendo un incremento en la contratación de hombres de un 16,24% y de mujeres de un 4,22%.

Que en febrero de 2015 la plantilla de la empresa de mujeres era de un 39,82% y a 31 de diciembre de 2016 es de un 31,68%.

-primer párrafo: documento (documento 104, página 2 del borrador del plan de igualdad del ramo de prueba de contrario).

-segundo párrafo: documentos (documentos 42, 43 y 44 del ramo de prueba de contrario, que reflejan tanto las contrataciones indefinidas como las temporales como las bajas)"

El apoyo es el indicado en el propio texto propuesto, consistente en el mismo a que se viene haciendo referencia, y aunque no lo ubica en los autos, se corresponde con la página 672 de las actuaciones, así como a las páginas 362 a 384, 385 a 411, y de la 412 a, posiblemente, la 458, según localiza este Tribunal el apoyo referido, en el Tomo I de las actuaciones, ante el silencio al respecto de la recurrente, con incumplimiento de la obligación que deriva del artículo 196,3 LRJS.

Como respuesta a esta tercera propuesta de revisión fáctica, se debe señalar que, dejando de lado el valor probatorio que se pueda atribuir a dicho soporte, del mismo no deriva, sin más, el texto literalmente pretendido, necesitándose de cálculos añadidos, impropio de un motivo de estas características, y además, como se verá, tampoco se aportaría con ello dato con relevancia resolutoria. Por lo que igualmente debe desestimarse.

QUINTO.- Como cuarta propuesta de revisión de hechos probados, se propone la adición de otro nuevo, del siguiente tenor literal:



"Que en febrero de 2015 el porcentaje de contratos indefinidos del personal femenino es de un 42,69% (149 hombres y 111 mujeres) frente a un 37,41 en diciembre de 2016 (194 hombres y 116 mujeres).

Y el personal femenino con más de 7 años en la empresa disminuye entre febrero de 2015 y diciembre de 2015 en un 3,4% pasando de un 53,70% de la plantilla a un 50,30%.

- primer párrafo en documentos 39 a 41 del ramo de prueba de contrario.

- segundo párrafo según documento 104 del ramo de prueba de contrario, borrador del plan de igualdad".

La remisión a soporte probatorio es la indicada en el propio texto propuesto, consistente posiblemente (toda vez que no lo única numeralmente en las actuaciones), en los folios 359 a 361 de los autos, consistentes en tres estadillos, dos de ellos con anotaciones manuales, realizados en papel sin membrete, sin firma de nadie, no reconocidos por persona alguna como de su autoría, y genéricamente, el documento nº 104 varias veces mencionado, sin mayor especificación de a que parte del mismo se refiere, en todo caso, sin especial valor probatorio. Aval probatorio sin especial valor, en este particular trámite de revisión fáctica en Suplicación, por lo que de nuevo, y a margen de cual pudiera ser su relevancia resolutoria, debe desestimarse la propuesta.

SEXO.- Como quinto submotivo de este primer motivo del recurso, se propone la adición de un nuevo hecho probado, conforme al siguiente texto literal:

"Que los hombres tuvieron una (sic) 68,63% más horas de formación frente a un 31,37% de horas de formación de las mujeres. En formación específica de Carretillas tipo 2 (12 horas) (retráctil, frontal, traspaleta, apilador ...) un 12% del total de horas se ha destinado a las mujeres frente al 88% destinada a los hombres.

- en el borrador del plan de igualdad, documento 104, página17, del ramo de prueba de contrario".

Igualmente se remite al propio apoyo que indica en el texto del motivo propuesto, es decir, esta vez algo más detallado, a la página 17 del reiterado documento 104 de la demandada, con lo que se debe querer referir al folio 687 de las actuaciones, página del varias veces mentado borrador, sobre lo que cabe reiterar su falta de especial relevancia probatoria, ni de incidencia destacable a efectos de la decisión a adoptar, con la consiguiente consecuencia de desestimar la propuesta de revisión.

SÉPTIMO.- A continuación, se propone por la recurrente en sexto lugar, dentro del mismo motivo, la adición, al ordinal octavo, del siguiente texto:

"Que la empresa entregó el 18 de octubre de 2016 el borrador del plan de igualdad con datos de 2015 y ningún dato de 2016.

Que el Comité de empresa reclamó a la empresa la remisión de la documentación vinculada al plan de igualdad en varias ocasiones.

- para el párrafo primero documento 102 y 103 del ramo de prueba contrario.

- para el párrafo segundo documentos, 8, 9 y 10 del ramo de prueba de esta parte".

Nuevamente el soporte probatorio es el que se indica en el propio texto propuesto, consistente el primero, según localiza este Tribunal, en los folios 667 a 670, fotocopia (o copia, no es claro), no averada, de carta aludiendo a la entrega de un "pem drive" con información a representante de los trabajadores, reiterado, y folios 121 a 126 de las actuaciones, según localiza este Tribunal, fotocopias no averadas de diversos correos electrónicos y otro material.

Al respecto, procede en primer lugar tener en cuenta que las meras fotocopias no averadas con su original, ni tampoco reconocidas o ratificadas en el acto de juicio oral por parte de quien, en su caso, pueda aparecer como su elaborador y/o firmante, a presencia judicial y con la intervención de las partes a los efectos de su eventual posibilidad de contradicción, carecen de la cualidad documental que, conforme a la regulación procesal específica, que está actualmente concretada en el artículo 193,b) de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10-10-11, es exigible para poder servir, en este particular motivo de este extraordinario tipo de recurso, de naturaleza cuasi casacional (STC nº 230, de 2-10-00), que la Suplicación supone, de apoyo de una propuesta de modificación de los hechos que han sido declarados probados en la Sentencia de instancia (junto con la prueba pericial que, en su caso, se pudiera haber practicado). Sin que se le pueda atribuir a las mismas, conforme a lo que es la actual doctrina jurisprudencial unificada sobre el tema, dicha naturaleza documental (SSTS de 2-11-90, 25-2-91, 2-11-98 o 25-1-01, entre otras). Con independencia todo ello del eventual valor probatorio que, por parte del órgano judicial interviniente en instancia, en el ejercicio razonado de la función privativa que le atribuye el artículo 97,2 de la Ley reguladora del proceso laboral, se le pudiera conferir a dicho medios de prueba (al igual que a la testifical o al interrogatorio de partes). Pero insuficiente sin embargo, a estos efectos de poder servir de base de una pretensión de revisión fáctica en un

Recurso de Suplicación (así, entre otras muchas, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 29-6-05, de 12-1-06, 2-1-07, de 19-2-08, de 18-5-10 o de 22-1-13).

Añadido a ello, si el resto del soporte tuviera la necesaria literosuficiencia probatoria, tampoco se desprendería del mismo la literalidad del texto que se propone añadir al hecho probado octavo. Por lo que, en definitiva, debe también desestimarse esta propuesta.

OCTAVO.- Como séptima y última propuesta de modificación de los hechos probados, se pretende añadir, también al octavo de los de la Sentencia, el siguiente texto:

"Que las ofertas de Carretilleros de retráctil publicadas en la plataforma Infojobs en diciembre de 2016, enero y febrero de 2017, reciben inscripciones en un número superior de hombres que de mujeres.

No constan ofertas de mozo/a de almacén ordinario o especializado, la categoría mayoritaria contratada en la empresa.

- documentos 178 (folios 887 a 889) del ramo de prueba de contrario.

- folios 884 a 879 en los que constan los trabajadores/as y su categoría contratadas a través de la ETT."

Igualmente, el apoyo probatorio es el indicado en el propio texto propuesto, ahora si identificado numeralmente en los autos, respectivamente consistentes en fotocopias no adveradas del texto de una oferta de empleo, por cierto, de "Carretillero/a de Retráctil", dirigida por tanto a hombres y a mujeres, según se reitera en la misma, y de un listado de nombres. De donde, ni cabe sacar conclusión alguna, ni considerar que sea soporte probatorio adecuado (al ser fotocopias no adveradas), sin que tampoco tenga el texto que se propone añadir una relevancia a efectos del resultado del litigo, en esta fase de recurso. Todo lo que conduce a que se deba desestimar también esta propuesta, quedando en definitiva inalterado el componente narrativo de instancia.

NOVENO.- Procede ahora entrar a dar respuesta al segundo motivo del escrito de recuso presentado, dedicado al examen del derecho que ha sido aplicado al fondo del asunto.

Conforme se ha mantenido, entre otras varias, en las Sentencias de este mismo Tribunal de fecha 8-10-2013, dictada en el Rollo 350/13, o en la de 3-3-2015, dictada en el Rollo 1035/14 o en la de 28-7-2016, recaída en el Rollo 580/16, es de interés destacar ahora lo que en las mismas se ha venido indicando: "Al respecto, procede en primer lugar traer a colación que, tal y como se ha señalado, entre otras, en STSJ de Castilla-La Mancha de 3-7-13, dictada en el Rollo 289/13, cuando estamos ante motivos de Suplicación, dedicados al examen del derecho aplicado, que parten de haber alcanzado previamente la modificación propuesta de los hechos probados, de tal manera que se pueda entonces alcanzar la subsunción normativa que, en su opinión, resultaría la adecuada, es decir, ante los motivos dedicados a discutir sobre el derecho aplicado, cobijados en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y los mismos tienen como premisa que se ha logrado modificar el relato de hechos declarados probados en la Sentencia que se combate, conforme a motivo o motivos formulado al amparo del apartado b) del citado artículo 193 LRJS, de tal modo que se haya conseguido por lo tanto un contexto fáctico que sea acorde a la postura mantenida por la parte recurrente, sobre la que se pudiera entonces en ese caso, aplicar las consecuencias jurídicas pretendidas en el recurso, estos motivos quedan esencialmente condicionados por esa previa obtención de la modificación del relato fáctico. Y así, a estos efectos, conviene resaltar como, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28-3-12, dictada en Unificación de Doctrina en el Recurso 119/2010, se ha establecido la doctrina jurisprudencial de que, 'si resulta inalterado el relato fáctico impugnado, procede desestimar los recursos cuyo éxito venga ligado al triunfo de la revisión de los hechos que se ha desestimado, cual evidencian la alegaciones y argumentaciones contenidas en el motivo de los recursos dirigido al examen del derecho aplicado', lo que es también mantenido, entre otras, en la STS de 5-5-12. E igualmente esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, asumiendo dicha doctrina, ha manifestado, entre otras varias, en las Sentencias de 18-12-12, recaída en el Rollo 1400/12, o en la de 4-11-14, dictada en el Rollo 843/14, que, "tal y como viene manteniendo la doctrina jurisprudencial unificada, y es lógica conclusión de la razonabilidad y coherencia de la respuesta judicial, y de la congruencia interna de la misma, de lo que es manifestación la Sentencia del Tribunal Supremo de 28-3-12, si resulta inalterado el relato fáctico impugnado, procede desestimar los recursos cuyo éxito venga ligado al triunfo de la revisión de los hechos que se ha desestimado, cual evidencian las alegaciones y argumentaciones contenidas en el motivo de los recursos dirigido al examen del derecho aplicado".

Esto es lo que, en buena medida, podría entenderse que ocurre en relación con este segundo motivo del recurso, dedicado al examen del derecho aplicado, no obstante lo cual, y en aras de mayor efectividad de la tutela judicial (artículo 24,1 CE), se entrará por esta Sala a dar respuesta expresa al mismo.



DÉCIMO.- La controversia queda centrada en la discusión de la calificación que merece el despido de la recurrente, si como Improcedente, según ha entendido la Sentencia de instancia, o como Nulo, según entiende la recurrente, que, resumidamente, considera que ha sido despedida por su condición de mujer.

El tema planteado es sin duda de cierta complejidad, ante la evidencia de la existencia aún, pese a los intentos normativos para paliarla y de la movilización social, de una situación de desigualdad general entre hombre y mujer en el ámbito del trabajo (público y privado), pese a la existencia de un amplio conjunto de normas vigentes, comunitarias, internacionales e internas, convencionales incluidas, encaminadas ya desde antiguo a intentar revertir esta situación, de entre las que cabe destacar, junto a la propia Constitución (artículo 14), Convenio nº 100 de la OIT, diversas normas comunitarias, alguna general sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Directiva 2006/54/CE, en la actualidad), o de especial protección como consecuencia de las especiales circunstancias específicas de la mujer, como en situación de embarazo, parto, lactancia o maternidad, siendo de destacar en nuestro derecho interno, junto al Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley Orgánica 3/2007, de 22-3-2007, sobre Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, que incluye una buena parte de su regulación sobre evitación de discriminación en el trabajo. Existiendo además a la fecha un fuerte movimiento social de denuncia de discriminación de la mujer trabajadora en determinados sectores "laboralmente feminizados", como, por ejemplo, el de las camareras de pisos (las "kellis", así conocidas popularmente), las "aparadoras" del sector del calzado, o en el sector del empleo en el hogar (casi exclusivamente ocupado por mujeres, y en buena medida extranjeras), cuidados de persona mayores y enfermas, en los diversos sectores de la conserva, sector de limpieza de edificios y locales, en el comercio o en la hostelería, entre otros (sanidad, también muy feminizado, o docencia), en cuanto que las condiciones laborales y retributivas suelen ser sensiblemente inferiores a otros sectores no tan feminizados, en los que para trabajos de igual valor, los trabajadores hombres suelen tener mejores condiciones laborales y/o retributivas, y además, son sectores no solo precarizados por sus condiciones laborales, sino fuertemente irregular, es decir, doblemente precarizado; todo ello, sin tomar en cuenta lo que se viene llamando como "trabajo reproductivo", esencial para la propia subsistencia de la sociedad, prácticamente no tomado en consideración a efectos de su compensación económica y/o social.

En esa dirección, de evitar tal discriminación generalizada, se puede mencionar la actual tramitación parlamentaria de una Ley de Igualdad Retributiva entre mujeres y hombres, iniciada sin ningún voto en contra. Todo ello quiere decir, en resumen, que pese al camino recorrido, falta aún un largo trecho para alcanzar parámetros aceptables de igualdad, que debe partir, de una parte, de la aún distinta situación general de partida, y de otra, de la distinta condición de género, con la consiguiente función reproductiva mencionada, y las consecuencias que ello genera, si no es tomada la misma en consideración, en su "iter laboral".

El anterior recordatorio viene a cuento para centrar lo que se debate, de modo particular, en este segundo motivo del recurso, para lo que se deben de resaltar algunos aspectos específicos del litigio y de la tramitación de la demanda presentada; en ese sentido, es de destacar lo siguiente:

a) La trabajadora despedida, que ostentaba la categoría de Jefa de Almacén, con antigüedad reconocida desde 1-8-2006, fue objeto de despido disciplinario por parte de la empresa demandada, "AZKAR LOGÍSTICA S.A.", última empresa subrogada en su relación laboral en 1-2-2015 (hecho probado primero).

b) En la carta de despido, fechada en 3-10-2016, se alegaba como motivo disciplinario para justificar la decisión extintiva el de disminución continuada en el rendimiento de trabajo (hecho probado tercero).

c) La trabajadora interpuso Demanda por despido, alegando desde el principio que entendía que era una decisión empresarial discriminatoria por su condición de mujer, por lo que entendía que era un despido con vulneración de Derechos Fundamentales, argumentado y esgrimiendo diferentes datos en la misma, que entendía que suponían indicios suficientes de ello, sospechas de tal discriminación que debía conducir a que la reclamación se tramitara como acogida a la modalidad procesal correspondiente, regulada en los artículos 177 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

d) Justificada la existencia de indicios, "corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad" (artículo 181,2 LRJS).

e) La Demanda se tramitó de acuerdo con dicha modalidad procesal, realizando la demandante una indicación detallada de indicios racionales de que pudiera existir la violación denunciada, lo que obviamente no puede tenerse como constatado hasta el desarrollo del juicio, y de la práctica de los medios de prueba, pero si debiendo ser suficientes como para aceptar la tramitación de la Demanda acogiéndose a dicha modalidad procesal específica, con presencia del Ministerio Fiscal (artículo 177,3 LRJS).



f) La empleadora demandada, manifestó en oposición a la Demanda que no aceptaba la vulneración de derechos fundamentales ni la nulidad del despido, pero reconociendo la improcedencia del despido y optando ya en dicho acto por la indemnización, no practicando medio de prueba alguna.

g) La Sentencia de instancia, que analiza todos los indicios señalados por la demandante, conforme a los medios de prueba practicados, no considera existente la vulneración del derecho fundamental, la discriminación por su condición de mujer, y declara la improcedencia del despido, con las consecuencias legales.

UNDÉCIMO.- La juzgadora de instancia no considera acreditada, con los datos que tiene como probados, sobre número de personal despedido por género, por categorías profesionales, así como sobre nuevas contrataciones, etc (detallados en los hechos probados, transcritos en los antecedentes de esta Sentencia y en el Fundamento Jurídico Sexto, con valor fáctico), por lo que no considera que haya existida la discriminación alegada, ni por tanto, que proceda la declaración de Nulidad del despido, acogiendo así el reconocimiento que realiza la propia empleadora demandada de Improcedencia del mismo, con las consecuencias recogidas en el artículo 56 ET. Sin embargo, esta Sala no tiene claro que esa sea la decisión más acertada, en atención a lo siguiente: en una demanda de esta naturaleza particular, en que se alega vulneración de derechos fundamentales, y se ofrecen indicios que, al menos en un primer momento, parece suficientes como para aceptar entrar a tramitar la misma con arreglo a esa modalidad especial, si finalmente, tras el desarrollo del juicio, práctica de medios de prueba, alegaciones, etc, no se considera por el órgano judicial suficientemente acreditada la vulneración alegada en la Demanda, efectivamente no rige el principio "cualificado" de inversión de la carga de la prueba, sobre justificación objetiva y razonable de la medida adoptada, y de su y proporcionalidad (artículo 181,2 LRJS). Pero, sin embargo, en un supuesto como el que ahora se analiza, en el que la empresa demandada, antes de conocer el resultado del razonamiento de enjuiciamiento, decide reconocer, en un caso de despido que se tramita con vulneración de derechos fundamentales, la improcedencia de su decisión extintiva, y no practica medio de prueba alguno encaminado a, cuando menos, intentar probar la certeza y gravedad de la causa de despido disciplinario imputada, supone que de hecho, como respuesta a la Demanda así tramitada, se responde con la simple postura de lo que se suele denominar por la doctrina como un "despido arbitrario" o sin causa. Se insiste, antes de que judicialmente se concluya en la insuficiencia de prueba sobre la discriminación alegada, lo que entiende a esta Sala que conduce a una situación en la que, resurge como respuesta a tal situación procesal generada por la empleadora, la alegación de discriminación como la verdadera causa encubierta del despido realizado, al no intentarse siquiera la práctica de medio de prueba alguno sobre la veracidad, gravedad o culpabilidad de la conducta imputada. No debe olvidarse que, aún no acreditada en la opinión judicial de instancia la alegación de discriminación por razón de género, sí que se ofrecen datos y razonamientos no arbitrarios, sino simplemente valorados como insuficientes, y sí que se practican por la actora medios de prueba tendentes a conseguir su probanza; de tal manera que la peculiar posición procesal de la demandada, dando como respuesta inicial a la Demanda, la de una decisión arbitraria y realmente inmotivada, de reconocimiento de que el despido causado es improcedente (es decir, no cobijado en causa real o suficiente), no parece que pueda ser suficiente para que no sea tenida en consideración que, la causa real del despido decidido como disciplinario, encubre realmente la discriminación alegada, pese a la insuficiencia de su acreditación fáctica.

Entiende así esta Sala que, atendiendo al cúmulo de circunstancias, a la causa de discriminación alegada, a la que se debe de ser particularmente sensible, y a la postura adoptada en oposición a la Demanda por la empleadora, debe considerarse que, realmente, la decisión pretendidamente disciplinaria decidida encubre una actuación vulneradora de derechos fundamentales, con la consecuencia a ello adherida de, conforme al artículo 55,5 ET, de acordar la declaración de nulidad del despido, condenándose a la readmisión de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir, que constituyen la cuantía del litigio a efectos de eventual recurso. Sin que entienda este Tribunal que proceda acordar la indemnización adicional solicitada, y a la que se refiere el artículo 182,1,d) LRJS, en cuanto que puede considerarse sustituida, en este particular caso, por el abono de los salarios de tramitación, inexistente la acreditación de un daño más específico. En cuyos términos procede la estimación del recurso y la revocación de la Sentencia de instancia objeto del mismo.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación.

FALLAMOS

Que, con estimación del recurso formalizado por parte de la representación letrada de D^a Lucía contra la Sentencia de fecha 2-5-2017 del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Guadalajara, recaída en los autos 786/2016, dictada resolviendo Demanda sobre Despido con vulneración de Derechos Fundamentales, interpuesta por la recurrente contra "AZKAR LOGÍSTICA S.A.", habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL y



el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, procede acordar la **revocación** de la misma y que, con estimación de la Demanda presentada, se declare la Nulidad del despido habido, condenando a la empresa demandada "AZKAR LOGÍSTICA S.A." a la readmisión de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. **La consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/ CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 1854 17**, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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

FONDO DOCUMENTAL