



Roj: **STSJ ICAN 34/2020 - ECLI:ES:TSJICAN:2020:34**

Id Cendoj: **38038340012020100026**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2020**

Nº de Recurso: **882/2019**

Nº de Resolución: **29/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIX BARRIUSO ALGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000882/2019

NIG: 3803844420180007794

Materia: Derechos fundamentales

Resolución: Sentencia 000029/2020

Proc. origen: Derechos fundamentales Nº proc. origen: 0000967/2018-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife

Fiscal: MINISTERIO FISCAL

Recurrente: FUNDACION CANARIA DE INVESTIGACION SANITARIA FUNCANIS; Abogado: MARIA BELEN GARCIA BERMUDEZ

Recurrido: Eugenia ; Abogado: ALEXIS ACOSTA TEJERA

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ-PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO

D./D^a. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 20 de enero de 2020.



Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 882/2019, interpuesto por "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria", frente a la Sentencia 246/2019, de 17 de junio, del Juzgado de lo Social nº. 4 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de Tutela de derechos fundamentales 967/2018, sobre discriminación por razón de sexo en materia retributiva. Habiendo sido ponente el Magistrado D. Félix Barriuso Algar, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por parte de D^a. Eugenia se presentó el día 19 de noviembre de 2018 demanda frente a "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" (solicitando también la citación del Ministerio Fiscal) en la cual alegaba que trabajaba para la demandada, como investigadora, con antigüedad reconocida de 1 de diciembre de 2009; que en la empresa demandada el el grupo de investigación permanente estaba integrado por la actora y otros tres investigadores, todos ellos hombres, y que mientras los investigadores de sexo masculino cobraban en nómina una cantidad mensual de 1.748,81 euros bajo el concepto "complemento de productividad" o "plus ad personam", a la demandante solo se le pagaban 1.029,77 euros mensuales como "complemento de productividad". La demandante consideraba que la diferencia en la retribución no estaba justificada en criterios objetivos ajenos a estereotipos de género, y constituía una discriminación por razón de sexo, estimando que se estaba vulnerando su derecho fundamental a no ser discriminada y que, como indemnización por los perjuicios ocasionados, se le debía abonar la diferencia entre el complemento de productividad que percibían sus compañeros varones y el que cobraba la actora, a razón de 719,04 euros mensuales. Terminaba la demanda solicitando que se dictara sentencia declarando la nulidad radical de la conducta de la demandada "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria", se condenara a la misma al cese inmediato de los comportamientos que atentan contra el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación salarial por razón de sexo, a restituir el derecho de la actora a percibir un complemento de productividad mensual de 1748.81 euros igual que el personal masculino investigador, y al pago de una indemnización por daños de 23.728,32 euros como cantidades adeudadas desde el mes de abril de 2016 a diciembre de 2018 a razón de 719,04 euros mensuales, más las que se generasen mensualmente hasta la fecha de la sentencia.

SEGUNDO.- Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 4 de Santa Cruz de Tenerife, autos 967/2018, en fecha 30 de abril de 2019 se celebró juicio en el cual la parte demandada se opuso a la demanda reconociendo el hecho primero de la demanda, pero oponiéndose al resto, alegando que no concurría ninguna discriminación salarial por razón de sexo, haciendo suyas las conclusiones que al respecto se contenían en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social unido a las actuaciones.

TERCERO.- Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 17 de junio de 2019 sentencia con el siguiente Fallo: "Debo estimar y estimo la demanda presentada por Doña Eugenia , asistido por el letrado Don Alexis Acosta Tejera, frente a Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS, asistido por el graduado social Doña María Belén García Bermúdez y, en consecuencia, declaro el derecho del trabajador demandante a cobrar 719,04 euros más al mes, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a abonar a la actora la cantidad de 27.323,52 euros, cantidad a la que le será de aplicación el interés por mora del 10%".

CUARTO.- Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal: "PRIMERO.- Doña Eugenia presta servicios para la demandada FUNCANIS con la categoría profesional de investigadora, antigüedad de 1 de diciembre 2009, salario día 89,57 euros.

La actora no es representante legal de los trabajadores.

(Conformidad con hecho primero de la demanda).

SEGUNDO.- El 18 de noviembre de 2009 Doña Eugenia firma contrato como personal investigador con duración temporal de cinco años con la entidad FUNDACION CANARIA RAFAEL CLAVIJO INVESTIGACION BIOMEDICA.

El 30 de marzo de 2015 se firma informe por la Presidente del Patronato de FUNCANIS, Doña Paloma , destacando el siguiente contenido:

"La procedencia de la regulación de la relación contractual de la investigadora Doña Eugenia como personal investigador permanente y estable de la fundación FUNCANIS habiendo devenido su relación contractual como indefinida a tiempo completo y ordinario desde el 1-12-2011,...".

El 8 de abril de 2015 Doña Eugenia y FUNCANIS firman anexo al contrato en el que manifiestan:

"Que en 2014 se fusionaron la FUNDACION CANARIA RAFAEL CLAVIJO INVESTIGACION BIOMEDICA y la FUNDACION CANARIA de INVESTIGACION Y SALUD constituyendo la Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS.



Que FUNCANIS se subrogó en todos los derechos y obligaciones de la fundaciones fusionadas.

Que FUNCANIS se subrogó en el contrato laboral de Doña Eugenia con fecha 1 de enero de 2015.

(Hecho probado que se desprende de los folios 478 a 482 de los autos).

TERCERO.-LA FUNDACION CANARIA RAFAEL CLAVIJO INVESTIGACION BIOMEDICA y la FUNDACION CANARIA de INVESTIGACION Y SALUD se fusionaron constituyendo la Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS el 27 de octubre de 2014.

(Hecho probado que se desprende de los folios 483 a 484 de los autos).

CUARTO.- El personal de Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS con categoría funcional investigador esta constituido por cuatro personas:

Nombre

Centro Trabajo

Categoría

Alfonso

HUNCS

Investigador

Ambrosio

HUC

Investigador

Argimiro

HUNCS

Investigador

Eugenia

HUC

Investigador

(Hecho probado que se desprende de los folios 485 a 487 de los autos).

QUINTO.- Doña Eugenia solicitó que su salario sea homologado al resto de investigadores principales en fechas 22 de marzo de 2016, 12 de septiembre de 2016 y 9 de marzo de 2018.

El 28 de noviembre de 2016 recibe e-mail de Ceferino , responsable de administración y gestión de Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS destacando el siguiente contenido:

"Desgraciadamente, por más que he intentado solucionar de manera global el problema de financiación que hay con los equipos de investigación del HUC y HUNSC, la situación económica del SCS ha y esta complicando una solución rápida. Estoy peleando por solucionar de forma global la estabilización de financiación para dichos grupos, en los que te incluyes. Ahora mismo, es más importante la cobertura estructural para poder tranquilizar la gestión que llevan a cabo. Mientras no se puedan solucionar estos aspectos no va a haber respuesta positiva por parte de Función Publica y Planificación y Presupuestos, porque concretamente no hay disponibilidad presupuestaria".

(Hecho probado que se desprende de los folios 493 a 495 de los autos).

SEXTO.- Doña Eugenia dirigió el 18 de abril de 2018 a Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS escrito solicitando un salario equiparable al de sus tres compañeros y las diferencias salariales desde abril de 2017.

(Hecho probado que se desprende de los folios 496 a 497 de los autos).

SÉPTIMO.- El informe de la Inspección de Trabajo de 20 de diciembre de 2018 establece como conclusión:

"Es por ello que no se acredita que por el hecho de tener diferente sexo, Vd. con respecto al resto de investigadores, se haya aplicado por FUNCANIS para Vd. una retribución diferente por la vía de complemento de productividad y complemento ad personam sino que como ya hemos indicado FUNCANIS se posicionó en la posición jurídica de empresario manteniendo su retribución,...".



(Hecho probado que se desprende de los folios 458 a 460 de los autos).

OCTAVO.- Doña Eugenia desarrolla el mismo trabajo y las mismas funciones que sus tres compañeros varones.

(hecho probado que se desprende de la declaración testifical de Don Argimiro , compañero e investigador)

NOVENO.- Doña Eugenia tiene un salario anual de 33.447,96 euros. Sus tres compañeros investigadores de 42.313,74 euros.

(Hecho probado que se desprende de los folios 45 a 49 de los autos)".

QUINTO.- Por parte de "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado por la demandante .

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 4 de octubre de 2019, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 16 de enero de 2020.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, al haberse desestimado los motivos de revisión fáctica planteados, por las razones que se expondrán en los siguientes fundamentos de derecho.

SEGUNDO.- En la demanda rectora de los presentes autos la actora, que está contratada como investigadora para "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" por medio de contrato por tiempo indefinido, alegaba que el complemento de productividad que cobraba, 1.029,77 euros mensuales, era muy inferior al que percibían los otros tres investigadores de la demandada, también con contrato por tiempo indefinido, pero de sexo masculino (ascendiendo el citado "complemento de productividad" en dos de los trabajadores objeto de comparación a 1.748,81 euros mensuales; el tercero cobraba esa misma cantidad bajo la denominación "complemento ad personam"), y afirmaba que la diferencia en la cuantía de ese complemento, que determinaba la percepción por la actora de un salario muy inferior a sus compañeros varones, no estaba justificada objetivamente, por lo que denunciaba la existencia de discriminación por razón de sexo y, como indemnización, reclamaba que se le pagara la diferencia devengada. En juicio la empresa negó la existencia de discriminación, esencialmente remitiéndose a un informe de la Inspección de Trabajo que concluyó que no había tal discriminación por parte de la empresa porque la misma se había limitado a respetar las retribuciones del personal investigador que venían establecidas en las empresas para las que trabajaban antes y a las cuales sucedió (también se mencionaba en ese informe que las retribuciones de los investigadores, en la empresa de origen, estaban vinculadas a distintos programas de investigación y financiación, pero sin llegar a afirmar que esa forma de financiación era la que explicaba las diferencias retributivas entre el personal investigador fijo; en cualquier caso, en contestación a la demanda no se mencionó nada concreto sobre cómo se financiaban los contratos, o en número de proyectos a que estaba adscrito cada investigador). La sentencia de instancia estima la demanda, al estar probado que la actora cobra, debido a la diferencia en el "complemento de productividad", un salario sensiblemente inferior a sus compañeros hombres, a pesar de que "desarrolla el mismo trabajo y las mismas funciones que sus tres compañeros varones" (según se recoge en los hechos probados), razonando el juzgador que el mero hecho de tener que respetarse la retribución de cada trabajador en la empresa de origen no justifica que la demandada mantenga las diferencias. Disconforme con esta sentencia, la recurre en suplicación la parte demandada pretendiendo que se revoque y en su lugar se dicte otra que desestime totalmente la demanda, para lo cual deduce seis revisiones de los hechos probados, amparándose en el artículo 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y luego dos motivos de examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, del 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El recurso ha sido impugnado por la demandante, la cual se opone al mismo, pide su desestimación, y que se confirme en todos sus extremos la sentencia de instancia.

TERCERO.- Examinando en primer lugar los motivos de revisión de hechos, con carácter general debe recordarse que aunque el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permita a la Sala de Suplicación revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, este motivo de recurso está sujeto a una serie de límites sustantivos, como son:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e



incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible, como regla general, admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, y 2 de mayo de 1985). Todo ello exceptuando los casos en los que la valoración efectuada en instancia de tales documentos o periciales se evidencie como claramente irrazonable, por extraer hechos que de ninguna manera puedan sustentarse en los documentos que se supone han sido valorados, o haberse omitido sin justificación datos que resulten claramente de los mismos y no estén contradichos por otros medios de prueba, o haberse efectuado la valoración con apartamiento de las más elementales reglas de la lógica (sentencias del Tribunal Constitucional 225/2005, de 12 de septiembre o 214/1999, de 29 de noviembre).

3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (Sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980, 10 de octubre de 1991, 10 de mayo, 16 de diciembre de 1993, o 10 de marzo de 1994). De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido adverados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados, pues tales documentos se han de valorar conforme a las reglas de la sana crítica, puestos en relación con el resto de prueba y elementos de convicción, y no cabe atribuir a los mismos valoración tasada alguna (artículos 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 1218 a 1230 del Código Civil).

4º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, en principio con potenciales efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico. No obstante, se puede admitir la revisión cuando la misma refuerza argumentalmente el pronunciamiento de instancia (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, recurso 19/2011, o 15 de diciembre de 2015, recurso 34/2015, entre otras).

CUARTO.- Desde un punto de vista formal, es doctrina judicial consolidada que en la articulación del motivo de revisión fáctica del 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se han de cumplir los siguientes requisitos (en parte, ahora recogidos en el artículo 196.3 de la Ley):

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos. En cualquier caso, y al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto alternativo propuesto no puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas que sean predeterminantes del fallo.

3º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995), estando el recurrente obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995), así como la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone (Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001).

QUINTO.- Pretende en primer lugar la recurrente que se modifique el hecho probado 2º, añadiendo al mismo varias frases y párrafos esencialmente para destacar que la demandante fue contratada para realizar un programa de investigación médica cuya financiación se vinculaba a una determinada subvención, y que la actora no cumple los requisitos para acceder al programa "I3", pese a lo cual se ha mantenido su contrato de trabajo. Para ello se basa en un informe elaborado por la propia demandada en abril de 2019 (folios 47-48),



la copia de la resolución de concesión de subvenciones (folios 263-268); unos documentos que se dice que constan a los folios 261 a 267 (se refiere a una resolución sobre convocatoria de ayudas a contratación de investigadores), y los contratos de trabajo de la demandante (folios 478 a 482). El texto final para ese hecho probado que se propone por la recurrente diría así: "El 18 de noviembre de 2009 Doña Eugenia firma contrato como personal investigador con duración temporal de cinco años con la Entidad FUNDACION CANARIA RAFAEL CLAVIJO INVESTIGACIÓN BIOMEDICA, para desarrollar la realización de actividades, programas o proyectos de investigación consistentes en SUBPROGRAMA RAMON Y CAJAL-MICINN.

La financiación de su contratación se determina conforme a la Resolución de 27 de octubre de 2009 de la Secretaría de Estado de Investigación del Ministerio de Ciencia e innovación, por la que se conceden subvenciones para la contratación laboral de doctores por los centros de investigación y desarrollo (Subprograma Ramón y Cajal), figurando en el anexo la solicitud 93794 de la investigadora Eugenia

El 30 de marzo de 2015 se firma informe por la Presidente del Patronato de FUNCANIS, Doña Paloma , destacando el siguiente contenido:

"La procedencia de la regulación de la relación contractual de la investigadora Doña Eugenia como personal investigador permanente y estable de la fundación FUNCANIS habiendo devenido su relación contractual como indefinida a tiempo completo y ordinario desde 1-12-2011, de conformidad con la comunicación efectuada a tales efectos a la Tesorería General de la Seguridad Social.

La continuidad de dicha relación contractual estará condicionada a su efectiva cobertura presupuestaria mediante la financiación en su caso del citado programa I3 así como de las encomiendas de gestión que anualmente se aprueben a propuesta de la Dirección del Servicio Canario de la Salud o los órganos de dirección de sus gerencias asistenciales, procediéndose anualmente por la Gerencia de Funcanis a la provisión de los fondos necesarios para el supuesto de que no se lleven a cabo dichas encomiendas de gestión y no se tenga cobertura de financiación con fondos propios de la Fundación, a los efectos de proceder en tal caso a la rescisión y liquidación de dicha relación contractual" (263 a 268)

El 8 de abril de 2015 Doña Eugenia y FUNCANIS firman anexo al contrato en el que manifiestan:

"Que en 2014 se fusionaron la FUNDACION CANARIA RAFAEL CLAVIJO INVESTIGACION BIOMEDICA y LA FUNDACION CANARIA DE INVESTIGACION Y SALUD constituyendo la Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS"

Que FUNCANIS se subrogó en todos los derechos y obligaciones de las fundaciones fusionadas.

Que FUNCANIS se subrogó en el contrato laboral de Doña Eugenia con fecha 1 de enero de 2015

Que pese a que Doña Eugenia no cumple los requisitos establecidos para acceder al I3, la Fundación no ha determinado dicho cese porque considera que produciría unos efectos negativos en la actividad científica de los grupos de investigación a los que la trabajadora se encuentra vinculada, pero no existe un marco adecuado para proceder a su mejora retributiva (47 y 48 y 261 a 267)".

SEXTO.- Uno de los documentos invocados, el "informe propuesta" de la presidenta del patronato de la demandada, en el cual se amparan la mayor parte de las adiciones, resulta inadmisibles a efectos de modificación de los hechos probados, al ser no solo un documento elaborado por la propia parte, sino que además lo fue con el único objeto de presentarlo ante la Inspección de Trabajo y eventualmente, en juicio, con lo que realmente está recogiendo alegaciones de parte, pero no prueba sobre hechos controvertidos. En cuanto al resto de documentos, la financiación del contrato de la demandante con base a una subvención estatal se puede desprender de lo que se recoge en los contratos de trabajo y en los anexos de la resolución de 2009 concediendo las subvenciones. Sin embargo, no se puede entender que con esos documentos se evidencie un error patente y grave del juzgador a la hora de valorar el conjunto de la prueba, desde el preciso momento en que, en contestación a la demanda, la Fundación no manifestó nada concreto sobre que tanto la contratación como la cuantía de las retribuciones de la demandante y sus compañeros investigadores, estaban directamente relacionadas con subvenciones estatales o financiación específica de otras administraciones públicas vinculadas a concretos programas de investigación. Esas cuestiones, por lo que parece, se fueron introduciendo en instancia durante la práctica de la prueba y en conclusiones, pero uno y otro momento procesal no eran adecuados para plantear unos hechos que se considerasen por la demandada trascendentes para desestimar la demanda; antes al contrario, los debió alegar de forma clara y concreta al contestar la demanda, por cuanto eran excepciones materiales o de fondo (artículo 85.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 405.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y su introducción en una fase posterior del juicio supone una indebida alteración del objeto del proceso, que quedó configurado por los hechos y pretensiones aducidos de forma clara y precisa tanto en la demanda como en la contestación (artículo 412.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No puede, por tanto, hablarse de error patente del juzgador por no haber valorado



prueba referente a unos hechos que no fueron oportunamente alegados por la empleadora demandada en el momento procesal oportuno, y pretender ahora en suplicación introducir esos hechos y objeto de debate implica el planteamiento de cuestiones nuevas, que resultan inadmisibles, porque, salvo cuestiones de orden público procesal que no concurren, no cabe resolver en suplicación nada que no hubiera sido objeto del proceso de instancia. Todo esto ha de conducir a la total desestimación del motivo.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, la demandada postula modificar el hecho probado 3º, recogiendo en el mismo la normativa legal por la que se rige "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria", y que la misma está integrada en el sector público canario. Ampara esta revisión en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, folios 39 y 40 de los autos y en los "folios 281 y 282", desconociéndose a qué concreto documento se está haciendo referencia, porque esos folios están triplicados en la numeración de los autos de instancia, correspondiendo unos a páginas de actas de reuniones del patronato de la "Fundación Canaria Rafael Clavijo" de los años 2008 y 2009, y otros a un listado de proyectos de investigación en calidad de investigador principal o director. El texto del hecho probado, en la propuesta de la recurrente, quedaría así: "LA FUNDACION CANARIA RAFAEL CLAVIJO INVESTIGACION BIOMEDICA y la FUNDACION CANARIA DE INVESTIGACION Y SALUD se fusionaron constituyendo la Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS el 27 de octubre de 2014

La Fundación demanda se rige por la Ley 2/1998 de Fundaciones Canarias, siendo una fundación pública integrada en el Sector Público con presupuesto estimativo, tal como se establece en los artículos 2.1.f) y 3.2 de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria viniendo fijada su naturaleza y régimen en el artículo 2 de sus Estatutos, y recogida expresamente en los art. 1.7 de la Ley 11/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2015, art. 1.8 de las Leyes 11/2015 y Ley 3/2016 de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2016 y de 2017, y art. 1.9 de la Ley 7/2017 de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2018 y 1.8 de la Ley 7/2018, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2019".

OCTAVO.- La revisión no puede ser acogida. En primer lugar, por la inhabilidad del informe de la Inspección de Trabajo a efectos de cambiar, en suplicación, el relato de hechos probados (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2017, recurso 278/2016, y todas las que en ella se citan); en segundo lugar, por la mala cita de los otros documentos en los que se ampara la propuesta; en tercer lugar porque de ninguno de los diversos documentos que aparecen en los autos con el número de folios 281 y 282 se desprende de forma directa y clara lo que se pretende introducir en la propuesta; en cuarto lugar, porque si "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" está incluida en el sector público canario, aparecerá en el oportuno listado de entidades de ese sector con presupuesto estimativo que obran en las leyes de presupuestos autonómicas, por lo que la normativa que le es aplicable es cuestión jurídica, no de hecho; y en quinto y último lugar, porque vistos los términos de la contestación a la demanda, lo que se plantea en el motivo tiene todo el aspecto de ser cuestión nueva.

NOVENO.- La tercera revisión de hechos probados que propone la Fundación recurrente afecta al hecho probado 4º, que pretende ampliar recogiendo en el mismo el número de proyectos que lleva y ha llevado cada investigador contratado por tiempo indefinido, la forma de vinculación (convenio o subvención) de cada uno de estos investigadores, y un listado del personal investigador temporal contratado por la Fundación. La modificación que se solicita la ampara la recurrente en un listado de Proyectos Investigación en calidad de investigador principal/director, histórico y activos a partir de 2019 que obra a los folios 288 a 290; un listado de personal de la demandada obrante a los folios 485 a 489, y el informe que la demandada elaboró para presentarlo a la Inspección de trabajo (folios 55 a 60), y pretende defender la procedencia de la adición para explicar el concreto origen e importe de cada uno de los "complementos de productividad" percibidos por el personal investigador fijo. El texto alternativo que se propone diría lo siguiente: "El personal de Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS con categoría funcional de investigador en estructura investigadora está constituido por cuatro personas:

Nombre

Centro Trabajo

Categoría

Proyectos investigación histórico

Proyectos invest.Desde abril 2019

Forma vinculación estable

Alfonso

HUNCSS



Investigador

5

1

Convenio CCAA Canarias con otras Administraciones

Ambrosio

HUC

Investigador

18

4

Convenio CCAA Canarias con otras Administraciones

Argimiro

HUNCSS

Investigador

18

6

Convenio CCAA Canarias con otras Administraciones

Eugenia

HUC

Investigador

9

2

Subvención Subprograma Ramón y Cajal MICIIN

Folios 288 a 290 duplicados

El personal temporal de Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS con categoría funcional de investigador en proyectos de investigación está constituido por tres personas

Nombre

Centro Trabajo

Categoría

Jose Francisco

HUC

Investigador

Carlos Manuel

SESC

Investigador

Daniela

SESC

Investigador

Elisabeth

SECS

Investigador

Encarna



SECS

Investigador

Esperanza

SECS

Investigador

Pedro Miguel

SECS

Investigador

Florencia

SECS

Investigador

Isabel

SECS

Investigador

Justa

SECS

Investigador"

DÉCIMO.- La revisión se ampara en documentos que fueron elaborados por la demandada de forma específica para ser aportados o a la Inspección de Trabajo o a juicio, con lo que de los mismos mal puede deducirse un error patente del juzgador en la valoración global de la prueba. Además, como en el caso del primer motivo deducido por el 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo que está la demandada intentando con la adición fáctica es introducir en el relato de hechos probados datos que no fueron oportunamente expuestos en el momento procesal oportuno de la contestación a la demanda, por lo que la circunstancia de no haber tenido en cuenta el juzgador de instancia esas alegaciones de hecho no equivale a un error patente en la valoración de la prueba (ese error patente, para que sea trascendente a efectos del 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ha de producirse sobre hechos alegados de forma clara, precisa y concreta, en la demanda o en contestación), y en cualquier caso, se está intentando introducir por la demandada cuestiones nuevas en suplicación, ajenas al objeto de debate de instancia, configurado por los precisos términos de la demanda y su contestación. Todo esto ha de llevar a rechazar el motivo.

UNDÉCIMO.- La cuarta revisión de hechos probados que postula la Fundación recurrente afecta al ordinal 7º del relato fáctico de la sentencia de instancia, que se pretende completar con diversos extremos que se recogían en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (folios 39 a 42 y 498 a 500), defendiendo que con esa adición se acredita que la diferencia en los distintos complementos de productividad percibidos por el personal investigador fijo obedece solo a los concretos proyectos a los que está adscrito cada investigador y la financiación asociada a tales proyectos, unido a las limitaciones presupuestarias que tiene "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" para fijar los salarios de su personal. El texto propuesto diría lo siguiente: "El informe de la Inspección de Trabajo de 20 de diciembre de 2018 establece como conclusión:

"Con base en las diligencias practicadas, documentación recabada y declaraciones de comparecientes tanto en vía telemática como en dependencias de la Inspección Provincial de Trabajo de Santa Cruz de Tenerife, no se ha podido comprobar una conducta deliberada y unilateral por parte de FUNCANIS que tengan por objeto su discriminación salarial por razón de sexo. El hecho de que su salario sea inferior al resto de sus compañeros investigadores se deriva de la subrogación de los trabajadores categoría investigador de otra entidad con fecha 31 de diciembre de 2014, con el mantenimiento de sus salarios, es decir que FUNCANIS solo se limita a mantener el salario que Vd. venía percibiendo en la entidad anterior, pero no procede a minorarlo con respecto a sus compañeros por razón de sexo, es decir que en su misma situación podría haber estado un varón que procediera de la FUNDACION CANARIA RAFAEL CLAVIJO INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, con igual programa de investigación y financiación asociada.

Es por ello que no se acredita por el hecho de tener diferente sexo, Vd. con respecto al resto de los investigadores, se haya aplicado por FUNCANIS para Vd. una retribución diferente por la vía del complemento de productividad y complemento ad personam sino que como ya hemos indicado FUNCANIS se posicionó en la



posición jurídica del empresario manteniendo su retribución, de lo que se deriva por la jurisprudencia señalada que tenía que respetar el salario que anteriormente venía percibiendo, que es lo que FUNCANIS efectivamente hizo según el salario percibido que reflejan las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social.."

El informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de 15 de abril de 2019 solicitado por el Juzgado de lo Social nº 4 de Santa Cruz de Tenerife a los efectos de su incorporación en los presentes autos señala:

4. CONTRATOS Y NÓMINAS

.....

Por otro lado las restricciones establecidas para las entidades con presupuesto estimativo como Funcanis, en la ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias (en adelante LPGCAC) en los últimos años han hecho inviable realizar modificaciones que afectaran a la masa salarial en más de un 1% de una anualidad a otra.

Igualmente y de acuerdo con las estipulaciones previstas en la LPGCAC, la modificación de retribuciones para el personal de la fundación ha de contar con el Vº Bº de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería de Sanidad (DGPP) y de la Dirección General de Función Pública de la Consejería de la Presidencia (DGFP), siendo requisito imprescindible la disponibilidad de nuevos ingresos que soporten dicha modificación.

5.3 DESCRIPCIÓN DE COMPLEMENTOS

COMPLEMENTOS

DESCRIPCIÓN

SALARIO BASE

Salario Base establecido para la categoría

AD PERSONAN

Es la cantidad fija que a título individual perciben los trabajadores de "servicios centrales" como compensación de los diferentes y extintos conceptos salariales que en cómputo anual venían percibiendo aparte de su salario base. Dado el carácter finalista de la contratación y, específicamente de su retribución, el personal adscrito a proyectos, líneas, grupos o subvenciones no devengará este complemento

COMPL PRODUCT. MES

Recoge, para los proyectos financiados a través de convocatorias de ayudas a la investigación o donaciones o acuerdos de carácter privado, la diferencia entre el salario base de la categoría y el importe disponible para la contratación, atendiendo a la financiación obtenida y las condiciones de financiación establecidas por el ente convocante.

ANTIGÜEDAD

Recoge el importe devengado por cumplimiento de Trienios, adaptado en su cálculo por aplicación de la normativa al importe establecido para el personal laboral de la CAC (LPGCAC 12/2011, de 29 de diciembre de 2011).

Las conclusiones finales que se obtienen conforme al mentado informe son idénticas a las establecidas en el informe de 20 de diciembre de 2018".

DUODÉCIMO.- Concurren dos motivos para rechazar el motivo. El primero de ellos, que un informe de la Inspección de Trabajo no es un documento hábil para modificar, por vía del artículo 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, los hechos probados de la sentencia de instancia, pues, como señala la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2017, recurso 278/2016, con cita de numerosas pruebas anteriores, las actas e informes de la Inspección de Trabajo, a pesar de la presunción de veracidad (susceptible de prueba en contrario) de que gozan legalmente en cuanto a los hechos constatados por el inspector actuante, "no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano judicial forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada del conjunto de las pruebas practicadas (.) la actuación de la Inspección de Trabajo tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos (.) Y como elemental consecuencia de ello, también hemos entendido desde siempre que las actas e informes de la Inspección de Trabajo no son «documento» a los efectos revisorios (...), pues aunque



proceden de un funcionario especialmente cualificado en la materia sobre la que informa, de todas formas la material incorporación de sus apreciaciones fácticas carecen de la fehaciencia exigible para modificar la apreciación judicial de los hechos". Y el segundo motivo, que todo lo que se está planteando ahora sobre que las cuantías de las retribuciones del personal investigador fijo está directamente vinculada al número de proyectos de los que se es director, y sobre todo, de la cuantía de la concreta subvención o financiación de esos proyectos, son cuestiones nuevas que no se dedujeron en la contestación de la demanda. Debiendo señalarse además que, por lo que respecta al informe de la inspección de trabajo, en el mismo se reproducen literalmente diversos informes remitidos por la "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" sobre la cuestión litigiosa, pero no puede considerarse que el inspector asumiera como propios la totalidad de lo que se decía en esos informes, pues solo rechazó la existencia de responsabilidad de la Fundación por entender que la misma se había limitado a respetar una situación "heredada". En particular, sobre que el complemento de productividad estuviera directamente relacionado con el número de proyectos a los que se estaba adscrito, y que representara la diferencia entre el importe disponible para la contratación (en virtud de la subvención o financiación de cada proyecto) y el salario base del investigador, impresiona de la lectura del informe que el inspector actuante o no terminó de entender tal alegación, o no terminó de creérsela, posiblemente porque semejante explicación de la empleadora demandada no es coherente con la cuantía idéntica y constante del citado complemento de productividad de los investigadores fijos de sexo masculino (y con el importe del complemento "ad personam" del tercer investigador objeto de comparación), con independencia del número de proyectos al que estuvieran adscritos como directores o investigador principal, y de las diversas cuantías del "salario bruto programa" de cada investigador que se recogen en el informe interno de la demandada de 29 de abril de 2019, que se aportó por la misma en juicio (folios 45 a 49).

DECIMOTERCERO.- En el quinto motivo deducido por el 193.b, la Fundación recurrente pretende modificar el hecho probado 8º recogiendo en él el número de proyectos de investigación a los que cada uno de los investigadores contratados por tiempo indefinido ha estado y está actualmente adscrito en condición de director o investigador principal, basándose en el listado de proyectos que consta a los folios 288 a 290, así como de una testifical, defendiendo que el número y financiación de tales proyectos son los que determinan la retribución de cada investigador. El texto propuesto sería el siguiente: "Doña Eugenia realiza las funciones propias de su categoría de investigador. Cada investigador realiza los proyectos de investigación en calidad de investigador principal/director realizando dichas funciones conforme al código y proyecto concreto de investigación que tiene asignado.

Nombre

Proyectos investigación histórico

Proyectos invest. Desde abril 2019

Alfonso

5

1

Ambrosio

18

4

Argimiro

18

6

Eugenia

9

2

."

DECIMOCUARTO.- No puede acogerse la modificación, en primer lugar porque se ampara en documento que no tiene fuerza suficiente como para revelar error patente del juzgador (por las razones que se han expuesto en el fundamento de derecho 10º, y que se dan por reproducidas), y en un medio de prueba completamente inhábil a efectos del 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, como es la testifical. Adicionalmente, como en la mayoría de los motivos de modificación de hechos que se han planteado, la recurrente está



pretendiendo introducir cuestiones nuevas, pero es que, incluso si no hubiera sido así, cabe señalar que el número de proyectos asignados a cada investigador como director no puede explicar las diferencias en los complementos salariales que se perciben aparte del "salario base" y la "antigüedad", pues el importe percibido por los tres trabajadores objeto de comparación no fluctúa dependiendo del número de proyectos. Más aún: en el propio informe de recursos humanos aportado por la demandada a juicio (folios 45 a 49), se viene a admitir que los tres investigadores "fijos" de sexo masculino cobran lo que cobran no porque tengan más proyectos que la demandante (uno de ellos, de hecho, según se admite en la propuesta, tenía y tiene menos proyectos que la actora), o porque la concreta financiación de sus programas permitan el percibo de 1.748,81 euros mensuales adicionales (en ese informe se señala que dos de los investigadores cobran bastante más de lo que teóricamente permitirían los programas que financian sus contratos), sino porque en marzo de 2011 la Fundación Rafael Clavijo decidió, no se sabe por qué ni con cargo a qué, equiparar las retribuciones de todo el personal investigador que a esa fecha era fijo.

DECIMOQUINTO.- Finalmente, la demandada solicita en el último motivo deducido por la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ampliar el hecho probado 9º recogiendo en el mismo las retribuciones anuales totales no solo de la demandante, sino también del resto del personal investigador, partiendo del informe de recursos humanos de la demandada que consta a los folios 45 a 49, las diversas nóminas y contratos de trabajo que se aportaron a los folios 62 a 259, y los certificados de retribuciones y retenciones del personal investigador no fijo que constan a los folios 291 a 302, y la relación de personal de la fundación que consta a los folios 485 a 489. El texto propuesto diría así: "Los salarios del personal investigador que constan en los autos son los siguientes:

Del personal de Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS con categoría funcional de investigador en estructura investigadora::

Salario Base común a todos ellos: 1.273,60. Los importes totales se obtienen de la suma del salario base, de los complementos de productividad y ad personam que percibe cada uno de los investigadores

Nombre

2016

2017

2018

Alfonso

42.313,74

42.313,74

42.313,74

Ambrosio

42.313,74

42.313,74

42.313,74

Argimiro

42.313,74

42.313,74

42.313,74

Eugenia

33.447,96

33.447,96

33.447,96

Del personal temporal de Fundación Canaria de Investigación Sanitaria FUNCANIS con categoría funcional de investigador en proyectos de investigación:

Salario Base común a todos ellos: 1.273,60. Los importes totales se obtienen de la suma del salario base, de los complementos de productividad y ad personam que percibe cada uno de los investigadores



Nombre

2016

2017

2018

Daniela

42.311,20

45.369,44

40.400,17

Encarna

39.726,37

40.428,24

42.514,60

Esperanza

40.400,17

45.369,44

40.888,52

Isabel

40.400,17

45369,44

42.311,20

".

DECIMOSEXTO.- No cabe admitir la modificación planteada, no tanto por basarse, en parte, en documentos elaborados "ad hoc" para el presente litigio (el de los folios 45 a 49), sino porque lo que se pretende defender por la demandada con esta adición, que el personal investigador femenino de la Fundación no tiene unas retribuciones inferiores a la del personal masculino de la misma categoría, es un hecho que no se planteó en la contestación en la demanda, por lo que no puede acusarse al juzgador de instancia de error patente en la valoración de la prueba por no haber tenido en cuenta los documentos aportados que señalaban que el personal investigador temporal femenino llegaba a cobrar importes superiores a los tres trabajadores que la demanda tomaba como término de comparación. Sin embargo, el documento de los folios 485 y 486 denota que el personal temporal con categoría de investigador no solo está integrado por mujeres, habiendo omitido la demandada señalar cuales son las retribuciones del personal investigador temporal masculino, lo cual obviamente perjudica a su alegato de que las mujeres investigadoras no cobran sistemáticamente menos que los hombres investigadores. Por eso mismo, el motivo está planteando cuestiones nuevas que son inadmisibles en suplicación, razón adicional para desestimar el mismo, con lo cual queda intacto el relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

DECIMOSÉPTIMO.- En el primer motivo de censura jurídica planteado por la recurrente, se denuncia infracción de la jurisprudencia y de los artículos 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque considera que se ha producido un error en la valoración de las pruebas por parte del Juez a quo, existiendo varios documentos públicos y privados cuyo contenido ha sido obviado en todo o en parte. En concreto, menciona que no se han valorado en la sentencia de instancia documentos que la recurrente califica de públicos, como la resolución de 27 de octubre de 2009 de la Secretaría de Estado de Investigación del Ministerio de Ciencia e innovación, por la que se conceden subvenciones para la contratación laboral de doctores por los centros de investigación y desarrollo (Subprograma Ramón y Cajal), por el que fue inicialmente contratada la demandante; la de 24 de junio de 2015 de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación por la que se aprueba la convocatoria de 2015, de ayudas para incentivar la contratación de doctores dentro del Subprograma Estatal del programa de incorporación estatal de promoción del talento y su empleabilidad, en el marco del plan de investigación Científica y Técnica y de innovación 2013 a 2016, con el que inicialmente se preveía financiar la integración como indefinida de la demandante; el informe propuesta de la Presidenta del Patronato de "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" formalizando la relación contractual de la demandante



como personal investigador y condicionando su continuidad a su efectiva cobertura presupuestaria; los informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 20 de diciembre de 2018 y 15 de abril de 2019 ; e igualmente de varios documentos privados como el cuadro comparativo de las condiciones laborales del personal con categoría de investigador, provenientes de la extinta Fundación Rafael Clavijo; el informe aportado por "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" a requerimiento de documentación relacionada con posible brecha salarial realizado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; el contrato de trabajo de la demandante y su cláusula 1ª, etc..., que la recurrente considera que evidenciaban la inexistencia de vulneración del principio de igualdad retributiva por razón de género.

DECIMOCTAVO.- Si bien es cierto que el juzgador de instancia ha hecho caso omiso de la mayoría de los documentos que se señalan en el motivo, y respecto al resto no ha hecho la valoración apetecida por la recurrente, esto no cabe imputarlo en el presente caso a dejadez del juzgador o flagrante incumplimiento por su parte de su deber de valorar globalmente la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sino exclusivamente a los escuetos términos en los que se dedujo la contestación a la demanda. Es en la contestación a la demanda donde la Fundación demandada, conforme marcan los artículos 85.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendría que haber procedido no solamente a reconocer o negar expresa y concretamente los hechos aducidos en la demanda, sino también plantear cuantos hechos considerase que desvirtuaban las pretensiones de la demandante (lo que se conoce como hechos impeditivos, extintivos o excluyentes). Teniendo en cuenta el tipo de procedimiento planteado (tutela de derechos fundamentales, alegándose discriminación salarial por razón de sexo), y que el presupuesto fáctico del cual la demandante deducía la existencia de discriminación -que sus compañeros investigadores varones cobraban un salario muy superior debido al "complemento de productividad", siendo la demanda modélica, al identificar quienes estaban cobrando el complemento, y la cuantía del mismo, lo que hubiera permitido explicar a la empleadora la razón por la que cada uno cobraba lo que cobraba- ni siquiera era discutido, la parte demandada, conforme a lo que imponen los artículos 96.2 y 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tendría que haber explicado al contestar la demanda, de forma clara y concreta, el porqué de la cuantía concreta del complemento de productividad, cuando y por qué se estableció este concepto retributivo, qué es lo que se retribuía con ese complemento y cuales son los parámetros empleados para fijar el importe reconocido y abonado a cada trabajador, pues la "aportación de una justificación objetiva y razonable" a que se refieren los artículos 96.2 y 181.2 implica para la parte demandada dos cargas procesales sucesivas: la de alegar la existencia de esa justificación objetiva (lo cual es una alegación o introducción de hechos, distintos de los invocados en la demanda), y la de probar la justificación que se ha alegado (demostrar que los hechos que se han alegado para justificar la medida, son ciertos). Esta alegación de la justificación objetiva ha de verificarse, además, en el momento procesal oportuno para que la parte demandada plantee hechos distintos de los alegados por la parte actora, momento que -salvo supuestos excepcionales de hechos nuevos o de nueva noticia, que no concurren en absoluto en el caso de autos- solo puede ser el trámite de contestación a la demanda, sin que pueda pretenderse introducir la alegación de los hechos justificativos durante la práctica de la prueba o en conclusiones, y ello precisamente porque la "justificación objetiva" ha de basarse en hechos concretos que la parte actora tiene derecho a conocer antes de que se abra el trámite de proposición y práctica de prueba, en la medida en que la demandante puede pretender desvirtuar a su vez los hechos alegados de contrario como justificadores de la medida aparentemente discriminatoria.

DECMONOVENO.- Pues bien, examinada el acta de juicio, resulta que, en contestación a la demanda la Fundación recurrente, aparte de unas alegaciones bastante oscuras sobre la reclamación de las diferencias salariales como indemnización de daños y perjuicios, se limitó a negar la existencia de discriminación salarial por razón de sexo, y a remitirse a las conclusiones del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ante semejante forma de contestar la demanda, el juzgador de instancia bien podría haber recurrido a lo que preceptúa el artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -tomar esas alegaciones como una respuesta evasiva, y haberlo considerado una admisión tácita de los hechos alegados por la actora que eran perjudiciales para la demandada-. En todo caso, lo único que concluyó la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en sus informes es que no apreció responsabilidad de "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" a efectos sancionadores asumiendo que la demandada se había limitado a respetar los salarios de los trabajadores procedentes de una empresa a la cual había sucedido. El juzgador dio respuesta a esa concreta alegación (que la diferencia estaba justificada porque no la introdujo la demandada sino la empresa cedente, justificación que la sentencia recurrida rechaza), habiendo valorado la prueba y conformado el relato fáctico en función de lo que se había planteado en la demanda y su contestación y tenía por tanto que ser objeto de respuesta judicial expresa.

VIGÉSIMO.- No se le puede exigir en cambio que se pronunciara el juez de instancia sobre todo lo que se plantea ahora en el recurso (que el complemento de productividad es la diferencia entre el presupuesto concretamente disponible para financiar cada contrato de trabajo del investigador, y las retribuciones básicas



aplicables en la demandada; que el citado complemento también depende del número de proyectos de los cuales cada investigador era director o investigador principal; que la fuente de financiación del contrato de la demandante permitía una retribución inferior a la de sus compañeros varones; o que teniendo en cuenta al personal investigador temporal aparte de los fijos, no era cierto que las mujeres cobraran menos que los hombres), porque todas esas alegaciones se amparan en hechos que no fueron oportunamente planteados en la contestación a la demanda y que, en consecuencia, no formaban parte del objeto del proceso y de debate (artículo 412.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que cualquier prueba que se aportara en relación a los mismos devenía impertinente (artículo 90.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), desde el momento en que un hecho no alegado no se puede considerar un hecho controvertido sobre el cual haya de practicarse prueba.

VIGESIMOPRIMERO.- La anterior conclusión no puede enervarse por la constatación de que la demandada, pese a no haber alegado tales hechos en contestación, sí que aportó prueba sobre ellos, y eventualmente los haya alegado en conclusiones. Como resulta del citado artículo 412.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes no pueden alterar el objeto del proceso una vez conformado el mismo con las alegaciones de la demanda y la contestación, y en particular en conclusiones no se pueden alterar los puntos fundamentales de la demanda o de su contestación, y en particular no se pueden suscitar cuestiones de hecho que no se hubieran deducido en los trámites de alegaciones iniciales, la demanda y la contestación a la demanda (artículos 87.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 433, apartados 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En definitiva, no ha habido quebranto alguno de las normas legales y jurisprudencia sobre valoración de la prueba y motivación fáctica de las sentencias, porque tal valoración y motivación, en el caso de autos, simplemente se adaptó a los concretos términos en los que la demanda había sido contestada, debiéndose por lo expuesto desestimar el motivo.

VIGESIMOSEGUNDO.- En el octavo y último motivo del recurso, segundo de censura jurídica, la empresa recurrente alega que por la sentencia de instancia se ha procedido a una aplicación errónea del artículo 14 de la Constitución y del artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 28.1 y 44.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como de doctrina jurisprudencial. Afirma que en el presente caso existe una justificación objetiva y razonable para las diferencias retributivas entre la demandante y los otros investigadores, que no se ha tenido en cuenta por el juzgador de instancia, señalando en primer lugar que las diferencias proceden de tener que respetar "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" el salario de los trabajadores procedentes de la Fundación Rafael Clavijo, en aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, unido a que "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" forma parte del sector público autonómico y cuenta con presupuesto estimativo, por lo que está sometida a normas imperativas en cuanto a la política retributiva y procedimental inmersa en las Leyes presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias, que impiden modificar las retribuciones de la demandante, bajo pena de nulidad, invocando (y reproduciendo literalmente) varios artículos de las Leyes 11/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2015; 11/2015, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2016; 7/2017, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2018, y 7/2018, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2019. Luego alega que los cuatro investigadores pertenecientes a la estructura investigadora de "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" accedieron a la desaparecida "Fundación Canaria Rafael Clavijo de Investigación Biomédica" a través de convocatorias distintas y con distintas fuentes de financiación, la actora a través de una subvención para la contratación laboral de doctores por centros de investigación y desarrollo (Subprograma Ramón y Cajal del Ministerio de Ciencia e Innovación), y los otros tres mediante convenio específico de colaboración con la Administración General del Estado a través del Instituto de la Salud Carlos III y posteriormente mediante su integración a través de subvención directa de la Agencia Canaria de Investigación, Innovación y Sociedad de la Información dentro del programa de incentivación de la incorporación e intensificación de la actividad Investigadora (I3), afirmando que el complemento de productividad constituye meramente "la diferencia entre el salario base de la categoría y el importe disponible para la contratación, atendiendo a la financiación obtenida y las condiciones de financiación establecidas por el ente convocante", por lo que la diferencia en ese complemento respondería a circunstancias objetivas, añadiendo que la demandante, aunque pasó a tener la condición de personal indefinido, no reúne los requisitos establecidos para acceder al programa I3, de ayudas para la incorporación estatal de promoción del talento convocado mediante Resolución de 24 de junio de 2015, en el que se encuentran y financian previamente sus compañeros. Luego insiste en que las distintas Leyes de Presupuestos Generales del Estado impiden a la demandada a proceder a la fijación de cualquier modificación unilateral, individual o colectiva, incluso la firma de nuevos convenios que modifiquen las retribuciones de personal, bajo pena de nulidad de pleno derecho de tales acuerdos, y que igualmente precisa, bajo igual pena de nulidad, expreso y positivo informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería de Sanidad



y la Dirección General de la Función Pública de Presidencia. También alega que existen otros investigadores, aunque con contratos temporales, de género femenino que perciben el mismo salario base que la demandante, pero que el resto de sus retribuciones son superiores, precisamente en atención al programa de investigación al cual se encuentran adscritos y a la financiación del mismo que determina sus retribuciones, llegando incluso en algunos ejercicios a ser superior al de los tres investigadores fijos con los que se compara la demandante. En el resto del motivo, la recurrente reitera todas estas alegaciones, concluyendo que la situación de la actora y los tres investigadores fijos con los que se compara no son iguales, y la diferencia salarial responde a criterios objetivos, razonables y proporcionados, por lo que no habría ni vulneración de derecho fundamental, ni perjuicio para la demandante que haya de ser indemnizado, ni "cualquier tipo de culpabilidad o voluntariedad".

VIGESIMOTERCERO.- Como la Sala ya ha tenido ocasión de repetir hasta la saciedad en relación con los precedentes motivos del recurso, la recurrente está planteando en esta censura jurídica cuestiones nuevas, en base a hechos que no fueron oportunamente alegados en contestación a la demanda, y que por tanto no cabe que sean examinadas y resueltas en suplicación, dadas las limitaciones de cognición que presentan los recursos devolutivos en general y los extraordinarios, como es el de suplicación, en particular. Como ya se ha expuesto, lo único parecido a una justificación objetiva y razonable que se planteó en la contestación a la demanda fue -y por una criticable remisión a las conclusiones del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social- que la diferente retribución de la actora con respecto a los otros tres investigadores fijos respondía a que "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria", como empresa sucesora, tenía que respetar el salario del personal de la "Fundación Canaria Rafael Clavijo", a la cual había absorbido, y que en consecuencia, la diferente retribución no derivaba de una actuación de la demandada. La sentencia de instancia, aplicando el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, que impone al empresario abonar igual retribución por un trabajo de igual valor, sin que se pueda producir discriminación alguna por razón de sexo, rechaza que la existencia de una sucesión empresarial pueda justificar el mantenimiento de un régimen retributivo que resulta discriminatorio por razón de sexo, y aparentemente también rechaza que las "dificultades presupuestarias" justifiquen la persistencia de la discriminación.

VIGESIMOCUARTO.- La fundamentación de sentencia instancia a este respecto es sumamente escueta, pero la conclusión final de la misma sobre esta cuestión ha de ser compartida por la Sala, teniendo en cuenta que no solamente consta que la demandante es, como los tres trabajadores con los que se compara, personal por tiempo indefinido con categoría profesional de "investigador" (hecho probado 1º en relación con el 2º y 4º), sino que se ha declarado expresamente probado que la demandante "desarrolla el mismo trabajo y las mismas funciones que sus tres compañeros varones" (hecho probado 8º), con lo cual difícilmente no se puede concluir que el hecho de que la demandante perciba un salario anual inferior en más de 9.000 euros (hecho probado 9º) supone una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por el artículo 14 de la Constitución.

VIGESIMOQUINTO.- El hecho de haberse producido una sucesión empresarial en 2015 (hecho probado 2º) solamente podría justificar, y ello de manera más bien temporal, las diferencias retributivas dentro del personal fijo con categoría de investigador, si tal diferencia derivara de que la demandante procedía de empresa distinta, con diferente régimen retributivo, que la empresa de la que procedía el personal con el que pretende compararse, en cuyo caso la empresa sucesora tendría que mantener los diferentes regímenes retributivos de cada grupo de trabajadores en los términos marcados en el artículo 44.5 del Estatuto de los Trabajadores, y la existencia de la sucesión operaría como una causa justificada suficiente, en la medida en que es un efecto de la sucesión previsto en la propia ley. Pero lo anterior no es lo acaecido el caso de autos, en el que la demandada, como reconoce e intentó introducir en hechos probados, no solamente es el resultado de la fusión de la "Fundación Canaria Rafael Clavijo" y la "Fundación Canaria de Investigación y Salud" (como ya resulta del hecho probado 3º), sino que todo el personal investigador fijo, tanto la demandante como los tres trabajadores varones con los que se compara, procedían de la "Fundación Canaria Rafael Clavijo", de tal manera que el régimen salarial que se tacha de discriminatorio procedía de una empresa que se fusionó en "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria", y, desde luego, no es mero resultado o consecuencia de tal fusión. En estas circunstancias, la obligación de "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria", como empresa sucesora, de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior empleador (artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores) no se puede limitar al mero respeto del régimen retributivo de la empresa originaria, sino que incluye cuantas obligaciones correspondieran a esa empresa originaria para evitar y corregir cualesquiera discriminaciones salariales por razón de sexo, y las responsabilidades de orden indemnizatorio que procedieran en caso de constatarse tal discriminación. En definitiva, si el régimen salarial que se tacha de discriminatorio se originó en la desaparecida "Fundación Canaria Rafael Clavijo" pero se mantiene en "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" tras la sucesión de empresas, la mera existencia de sucesión empresarial no puede considerarse una justificación objetiva, suficiente y proporcionada para la notable diferencia retributiva dentro del grupo de investigadores con contrato por tiempo indefinido, que se ha constatado en la empresa demandada. Si el establecimiento de esa diferencia en la "Fundación Canaria Rafael



Clavijo" obedecía a razones objetivas desvinculadas de cualquier consideración relacionada con el género, "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" tendría que ser capaz de alegarlas y probarlas, pues no está en absoluto desvinculada, y no puede declararse ignorante, de lo que hizo en su momento la empresa cedente; y, de no acreditar la existencia de causa justificadora del distinto tratamiento salarial, es tan responsable de esa discriminación salarial como lo fuera la empresa originaria de la demandante.

VIGESIMOSEXTO.- Lo anterior basta para desestimar el recurso, pues la sentencia de instancia habría aplicado correctamente la normativa y jurisprudencia al rechazar que en el caso de autos la sucesión empresarial pueda considerarse una causa objetiva, suficiente y proporcionada, para justificar que la demandante tenga una retribución muy inferior a sus compañeros hombres de su misma categoría, tipo de contrato de trabajo, y con idénticas funciones y tareas. El resto de lo que se plantea en el recurso constituyen cuestiones nuevas, que no pueden ser resueltas en suplicación.

VIGESIMOSÉPTIMO.- A mayor abundamiento, no obstante, puede señalarse por la Sala que nada de lo que se alega adicionalmente por la recurrente como justificación de la diferencia salarial puede considerarse como objetivo, suficiente y proporcionado. Si la Sala pudiera efectuar una nueva valoración global de la prueba, tendría que concluir que no es cierto que la cuantía del "complemento de productividad" dependa del número de proyectos cuya dirección se asume por cada investigador, o que sea simplemente la diferencia entre la cantidad disponible para retribuir al investigador en virtud de la subvención o financiación de cada proyecto, y las retribuciones básicas aplicables en la Fundación. La primera afirmación (que el complemento está vinculado al número de direcciones de proyectos) quedaría patentemente desmentida con la misma propuesta de revisión del hecho probado 4º que se dedujo por la recurrente, pues en esa propuesta consta que la demandante ha asumido la dirección de más proyectos que D. Alfonso (9 históricos y 2 actuales por la demandante, y 5 históricos y 1 actual por D. Alfonso), y sin embargo, mientras la demandante percibe 1.029,77 euros por "complemento de productividad", D. Alfonso cobra el mismo "complemento de productividad", 1.748,81 euros mensuales, que D. Argimiro , pese a que este último ha llevado 18 proyectos y actualmente tiene 6. Es obvio, por tanto, que la cuantía del citado complemento no guarda relación alguna con el número de direcciones de proyectos de investigación asumidas por cada investigador fijo.

VIGESMOCTAVO.- Tampoco es cierto que con el citado "complemento de productividad" se esté pagando la diferencia entre el salario que se puede abonar al investigador con arreglo a la financiación de cada programa, y las retribuciones básicas. Esto queda desmentido en el mismo informe de recursos humanos que se aportó por la demandada en su ramo de prueba (folios 45 a 49 de los autos), pues en el mismo se recogen los datos siguientes:

Investigador

Salario bruto programa

Salario actual

D. Ambrosio

42.352,80

43.313,74

D. Argimiro

35.999,88

43.313,74

D. Alfonso

39.600

42.313,74

Dª. Eugenia

33.250

33.447,96

VIGESIMONOVENO.- Es decir, tanto D. Argimiro como D. Alfonso , que perciben un "complemento de productividad" de 1.748,81 euros, están percibiendo un salario total muy por encima de lo que permitiría la financiación de los programas por los cuales fueron contratados. Y la explicación a tal discrepancia la aporta, como nota marginal, el citado informe de los folios 45 a 49, que señala que las retribuciones de D. Argimiro y D. Alfonso fueron equiparadas "a la del resto de investigadores consolidados del Programa del Instituto



de Salud Carlos III", es decir, a la de D. Ambrosio (que es el que cobra los 1.748,81 euros mensuales como complemento "ad personam"), en virtud de acuerdo de la patrona de la "Fundación Rafael Clavijo" de 1 de marzo de 2011. Lo cual contradice abiertamente la afirmación de la recurrente sobre que las cuantías de los salarios de esos dos trabajadores responden simplemente a estar financiados sus contratos por una subvención directa de la Agencia Canaria de Investigación, Innovación y Sociedad de la Información dentro del programa de incentivación de la incorporación e intensificación de la actividad Investigadora (I3), pues, como se admite en el recurso, esa subvención se convocó en 2015, mientras que la equiparación del salario de los investigadores fijos al que ya tenía D. Ambrosio se produjo en marzo de 2011, y su mismo informe interno reconoce que, solo con el importe subvencionado, esos dos trabajadores tendrían que percibir un salario muy por debajo del que están cobrando en la actualidad.

TRIGÉSIMO.- Por lo que podría desprenderse de la fallida propuesta de ampliación del hecho probado 9º, muy probablemente el personal investigador temporal sí que tiene su retribución totalmente condicionada a la cuantía de las subvenciones con las que se financien los programas para los que son contratados, pero esa vinculación entre subvención y salario, para el personal investigador fijo, desapareció total o casi totalmente a partir de marzo de 2011, al acordar la "Fundación Canaria Rafael Clavijo" que sus retribuciones se equipararan a la del investigador que estaba cobrando más. No constando los motivos que permitieron tal equiparación, pero debe destacarse que todas las limitaciones para incrementos salariales previstas en las leyes de presupuestos que se invocan por la recurrente ya existían en 2011, y las mismas, por lo que parece, no constituyeron obstáculo alguno para que a dos de los investigadores fijos se les incrementara notablemente su salario, por lo que mal puede ahora la Fundación invocar farisaicamente tal normativa presupuestaria para eludir la equiparación salarial de la demandante con sus compañeros varones, sobre todo cuando en el presente caso a una eventual discriminación por mera razón de la fecha de conversión del contrato en indefinido, se une una discriminación por razón de sexo, al ser la demandante la única investigadora con contrato por tiempo indefinido.

TRIGESIMOPRIMERO.- De conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la sentencia de suplicación impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto en los procedimientos de conflicto colectivo, o cuando la parte vencida goce del beneficio de justicia gratuita o se trate de sindicatos, de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social. Estas costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en el recurso de suplicación.

TRIGESIMOSEGUNDO.- Atendiendo a la cuantía del procedimiento, número de motivos planteados, complejidad y fundamento de los mismos, y sobre todo, el trabajo de impugnación llevado a cabo por la parte recurrida (que se limita a hacer una impugnación global y un tanto genérica de los motivos de revisión de hechos, y deja sin contestar el primer motivo de censura jurídica), se estima adecuado fijar los honorarios de la asistencia letrada de la parte recurrida Dª. Eugenia en la cantidad de 600 euros.

FALLAMOS

PRIMERO: Desestimamos íntegramente el recurso de suplicación presentado por "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria", frente a la Sentencia 246/2019, de 17 de junio, del Juzgado de lo Social nº. 4 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de Tutela de derechos fundamentales 967/2018, sobre discriminación por razón de sexo en materia retributiva, la cual se confirma en todos sus extremos.

SEGUNDO: Condenamos al recurrente "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" a la pérdida de las cantidades consignadas para recurrir, a las que se dará el destino que corresponda una vez firme esta sentencia.

TERCERO: Condenamos igualmente al recurrente "Fundación Canaria de Investigación Sanitaria" al pago de las costas del recurso, incluyendo los honorarios de la asistencia letrada de la parte recurrida Dª. Eugenia que ha impugnado el recurso, en cuantía de 600 euros.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Se informa a las partes que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los diez días



siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011, de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o causahabiente suyos, y no goce del beneficio de justicia gratuita, efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 euros, previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como, de no haberse consignado o avalado anteriormente, el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado o transferido en la cuenta corriente abierta en la entidad "Banco Santander" con IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y número 3777 0000 66 0882 19, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ