



Roj: **STSJ M 8925/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:8925**

Id Cendoj: **28079340032018100538**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **24/07/2018**

Nº de Recurso: **169/2018**

Nº de Resolución: **568/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34001360

NIG: 28.079.00.4-2013/0037280

Procedimiento Recurso de Suplicación 169/2018

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 02 de Madrid Despidos / Ceses en general 893/2013

Materia: Despido

Sentencia número: 568/2018-C

Ilmos/a. Srs./a.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a 24 de julio de 2018, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 169/2018 formalizado por el letrado DON ARMANDO GIL BENÍTEZ en nombre y representación de DON Jose Manuel , contra la sentencia número 433/2017 de fecha 10 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social número de los de Madrid, en sus autos número /2016, seguidos a instancia del recurrente frente a RHEA SYSTEM, S.A. y GRUPO FES MOORE STEPHENS MADRID, en reclamación por despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- El demandante (D. Jose Manuel) tenía, en la fecha a que se refieren los hechos objeto del presente procedimiento, nacionalidad belga (documento número 15 de la parte actora).

SEGUNDO.- Por las partes se suscribió un contrato de trabajo, en España (donde el actor tenía su residencia), para que el demandante prestase servicios por cuenta de la entidad demandada a partir de 7 enero 2013.

En tal contrato de trabajo se establecía que se regiría por la legislación laboral española y estaría sujeto a un período de prueba de seis meses.

Asimismo se indicaba que se podía requerir al trabajador dentro de los límites razonables para que trabajase en diferentes localizaciones según las necesidades de la empresa.

Inicialmente el domicilio del centro de trabajo se fijaba en las oficinas de la empresa situadas en Wavre (Bélgica) durante un período de seis meses.

Se establecía que el trabajador percibiría un salario de 60.000 euros brutos al año.

Asimismo se fijaba un presupuesto de hasta 5.000 euros para la mudanza a Wavre (Bélgica).

Damos por reproducido dicho contrato de trabajo, obrante a folios 53 a 56 de las actuaciones.

TERCERO.- El demandante fue dado de alta por la empleadora en la Seguridad Social española (documento número 13 de la parte actora y 9 de la parte demandada).

CUARTO.- Durante todo el tiempo que duró la prestación de servicios el actor estuvo realizando su actividad laboral en Bélgica.

QUINTO.- A lo largo de su prestación de servicios en la empresa, el demandante unos días acudía a trabajar vistiendo pantalón y otros días vistiendo falda.

SEXTO.- El actor mantuvo una entrevista con el Director general de la empresa y con la Directora de Recursos Humanos, en el mes de febrero de 2013.

En dicha reunión se trató sobre cuestiones de corrección ante los clientes. En el curso de la misma el Director general pidió al actor que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle que llevase falda o pantalón.

Tal reunión vino motivada porque unos días antes el actor había acudido a trabajar con una ropa (un pantalón corto o una falda corta) que la Directora de recursos humanos consideró inapropiada. En esa ocasión la testigo le pidió al actor que regresara a su casa y se vistiera correctamente. A raíz de ello el actor se ausentó y no regresó al lugar de trabajo ese día.

SÉPTIMO.- No consta que en ninguna ocasión se le prohibiese al actor vestir con falda.

OCTAVO.- En el tiempo transcurrido entre la reunión mencionada en el ordinal fáctico sexto (febrero de 2013) y el cese del actor a que posteriormente se aludirá (16 mayo 2013) no consta se produjese ninguna incidencia ni reproche alguno al actor por su forma de vestir, a pesar de que éste continuó yendo a trabajar ocasionalmente vistiendo falda.

NOVENO.- Damos por reproducidas las nóminas del actor, obrantes a folios 57 a 60.

DÉCIMO.- En tales nóminas, fechadas en Madrid, figuraba como domicilio de la empresa el de Paseo del General Martínez Campos, número 42.

UNDÉCIMO.- No se ha controvertido el salario del actor indicado en demanda (60.000 euros anuales), que por tanto se acoge a los efectos específicos de este concreto procedimiento.

DUODÉCIMO.- Mediante comunicación fechada en Wavre el 16 mayo 2013 se participó al actor por la demandada que se había decidido proceder a extinguir su contrato de trabajo con efectos de ese mismo día, como consecuencia de no haber superado el período de prueba fijado en el punto tercero del contrato de trabajo suscrito en fecha 7 enero 2013, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 14-1 del Estatuto de los Trabajadores . Se añadía que la empresa había decidido como medida graciable abonarle dentro de su liquidación una gratificación correspondiente a siete días de salario bruto (folio 6).



DECIMOTERCERO.- No consta que el actor ostentase cargo alguno de representación legal-colectiva o sindical.

DECIMOCUARTO.- Por el demandante se intentó la conciliación previa ante el SMAC, sin efecto.

DECIMOQUINTO.- La demanda iniciadora de estas actuaciones se presentó el día 1 julio 2013, solicitándose en su "suplico" que se declare la nulidad del despido, con los efectos inherentes, así como se condene a la demandada a abonar al actor 10.000 euros por daños materiales y 50.000 euros por daños morales."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

" Que, desestimando la demanda formulada por don Jose Manuel frente a la empresa Rhea System S.A., y con citación pero inasistencia del Ministerio Fiscal, absuelvo a la empresa demandada de la pretensión frente a ella deducida en el presente procedimiento."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por el letrado DON ALFONSO MARÍA AUTUORI, en representación de RHEA SYSTEM, S.A.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 7 de marzo de 2018 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 29 de mayo de 2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa el recurrente que se añada como hecho probado lo siguiente:

"El cese del actor se inscribió en un programa de reorganización de la empresa."

Con apoyo en el documento obrante al folio 473, en el que se recoge la declaración testifical practicada a través de auxilio judicial internacional, lo que no desvirtúa la naturaleza de la prueba que no es apta para ser revisada en sede de suplicación, sin perjuicio de que el hecho es conforme al haberse admitido como probado por el juzgador a quo.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la interpretación errónea del artículo 14 del Estatuto de los trabajadores, en relación con el 14 de la Constitución y con la jurisprudencia que cita, alegando que ante una situación indiciaria de discriminación se invierte la carga de la prueba, siendo la empresa quien ha de acreditar la inexistencia de la misma, considerando que la imposición de un determinado tipo de vestimenta acredita el trato discriminatorio, o si bien se le dice que la causa del cese fue la no superación del periodo de prueba, la testigo afirma que obedece a una cuestión organizativa, no pudiéndose obviar que se está invirtiendo la carga de la prueba y la empresa en ningún momento ha probado que el despido sea por causas ajenas a discriminación por razón de sexo. Señala que la testigo le dijo al actor que se fuera a su casa y volviese vestido de forma "adecuada", desconociéndose si existen unas normas internas de cómo deben de ir vestidos los trabajadores y qué se considera forma "adecuada", y tampoco se sabe si los varones deben vestir de una forma y las hembras de otra, entendiéndose que sus superiores jerárquicos le están imponiendo unas formas de vestir discriminatorias, siendo ésta la causa del cese y no habiéndose justificado el mismo.

Por la empresa se pone de manifiesto que las testificales son categóricas en afirmar que la decisión de dar por no superado el periodo de prueba no tiene nada que ver con la manera de ir vestido del actor; la Sra. Gema afirma que el cese se inscribe en un programa de reorganización de la empresa y no fue debido al incidente del pantalón corto y la Sra. Guillerma dice que la decisión se adoptó por considerar que el actor no se había adaptado bien a la estrategia de la compañía y a las exigencias del trabajo en equipo y que no estaban satisfechos con su labor en ejecución de redes, así como en que era impuntual, indicando que quien despidió efectivamente al actor fue esta última señora, directora de recursos humanos, por lo que eran quien sabía los motivos del cese y no la Sra. Gema, concluyendo que la facultad de rescindir el contrato dentro del periodo de prueba no permite que se lesionen derechos fundamentales, como indica el juez de instancia y que en este caso no hay indicios de tal vulneración.

La Directiva 2000/78/ CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, protege, junto a otros colectivos susceptibles



de ser marginados o discriminados, a las personas gais, lesbianas, bisexuales y transexuales, y en su artículo 10 regula la carga de la prueba como sigue:

"1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta."

de manera que establece una especial protección frente a la discriminación, invirtiendo la carga de la prueba cuando de las propias alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de esa discriminación, es decir, no es necesaria para la inversión que tales alegaciones se prueben, ni por tanto que se practique si quiera prueba al respecto, sino, simplemente que lo alegado por la presunta víctima sea plausible y razonable, correspondiendo al empresario aportar una justificación objetiva y real que las desvirtúe y, en su caso sí, probar suficientemente la existencia de tal justificación y su proporcionalidad.

En la normativa interna el artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, establece lo siguiente:

"CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN Y EN ACCIDENTES DE TRABAJO

En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad."

Precepto previo a la directiva y acorde con la misma al establecer nuestra ley procesal igualmente, de forma clara, que basta con la alegación de los hechos de los que se desprenda la discriminación, sin exigir que se prueben, para que se invierta la carga de la prueba, redacción

También el Tribunal Constitucional Sala 2ª 26-9-1988, nº 166/1988, BOE 247/1988, de 14 de octubre de 1988, rec. 988/1987, antes de que se modificase el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999 de 5 noviembre de 1999, entendió que bastaba la alegación razonable de discriminación para invertir la carga de la prueba, y consideró nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, por el mero hecho de estarlo, cuando no se acreditase su procedencia, sentando la siguiente doctrina:

"TERCERO.- Lo decisivo en el caso, por consiguiente, y avanzando en el razonamiento, será determinar la existencia o no de la discriminación denunciada. Por la actora se dice que su embarazo, y sólo el embarazo, fue lo determinante de la decisión empresarial y que -como razonaba la sentencia de la Magistratura que accedió a su demanda- ningún obstáculo había para destinarla a otra sección compatible con su estado, constando el dato probado de que su tarea laboral era sustituir a otra empleada, pero en la Sección de Cirugía, no de Diálisis. Ninguna explicación se le dio para no acceder a su petición de traslado: sólo la resolución del contrato."

considerando pues como suficiente la afirmación de la trabajadora de que fue su embarazo, que no se cuestiona, lo que determinó la extinción de su contrato en periodo de prueba, siendo su propia alegación, sin que fuera necesaria prueba alguna por su parte, lo que dio lugar a la inversión de la carga de la prueba y la declaración de nulidad del despido al no haber justificado el organismo empleador su decisión extintiva en periodo de prueba.

Para trasladar esta doctrina al supuesto que nos ocupa hemos de tener en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores que en su apartado 1, considera nulas y sin efecto *las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de (...) orientación o condición sexual*, lo que es acorde con la normativa contenida en el artículo 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que faculta a la UE para aprobar leyes de lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual y así se dictó la citada Directiva 2000/78/CE.

En lo que aquí interesa dicha directiva contiene las siguientes consideraciones:

(11) La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.



(12) A tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva. Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y la ocupación.

(15) La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas.

(31) Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual."

Y en su artículo 1 establece su objeto, como sigue:

"La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato."

Precisando en su artículo 2 el concepto de discriminación:

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1;

b) Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) Dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; (...)

Concretando en el artículo 3 el ámbito de aplicación:

"1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

a) Las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;

b) El acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;

c) Las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

(..)

Por su parte el Convenio nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. (BOE de 4 de diciembre de 1968), que entró en vigor para España el 6 noviembre 1968, establece en su artículo 1 lo siguiente:

"1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado



previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo."

Por tanto está proscrito cualquier trato desigual por razón de sexo u orientación sexual, y el Tribunal de Justicia (UE) Sala 2ª, en sentencia 19-4-2012, nº C-415/2010, ha interpretado la aludida directiva, en un supuesto en el que ni siquiera existía una relación entre las partes, al haberse alegado por la demandante que no fue llamada a una entrevista para su contratación tras enviar su candidatura, sufriendo un trato menos favorable que otra persona en situación similar, debido a su edad, de más de 50 años, su origen étnico y su condición de mujer, pese a tener la cualificación requerida, sin comunicarle ninguna información sobre los motivos de la desestimación, por lo que el Tribunal, considerando que efectivamente reunía las condiciones exigidas para ocupar el puesto de trabajo de que se trata, y que fue discriminada por no ser llamada a una entrevista, concluyendo que acreditada la edad, el sexo y el origen étnico de la demandante, que la incluyen en colectivos desfavorecidos protegidos por la directiva, concurre un indicio de trato desfavorable en el acceso al empleo, que permite invertir la carga de la prueba.

Y es que incluso a partir de estadísticas que evidencian la discriminación de los colectivos protegidos por la directiva, existe la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta, cuando quien la alega acredita que pertenece a uno de ellos, entre los que se encuentra el colectivo LGBTI, que tal y como se reconoce en el preámbulo de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, ha sido hostigado, criminalizado y marginado durante décadas, teniendo mayores dificultades para acceder y mantener el empleo. En dicho preámbulo esta ley se remite a los principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, ampliamente utilizados por instituciones de todo el mundo con la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, que establecen unos estándares básicos, para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales (LGTB) y marcan claramente como la legislación internacional de derechos humanos protege a las personas LGTB, refiriéndose el 12 de dicho principios al derecho al trabajo.

Por otra parte, no hemos de olvidar que el cese se ha producido dentro del periodo de prueba, estableciendo el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, lo siguiente:

"Durante el periodo de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso."

Siendo al respecto la doctrina del Tribunal Supremo de 12-7-2012, rec. 2789/2011, que recoge la doctrina constitucional y de este Tribunal, respecto del cese en periodo de prueba, como sigue:

"En este sentido, la doctrina constitucional ha declarado reiteradamente (STC 94/1984 , STC 166/1988 , STC 17/2007) que se exceptúan de la regla general de libre resolución del contrato los supuestos de cese durante el periodo de prueba que puedan producir "resultados inconstitucionales", como lo sería la discriminación en el empleo de una mujer embarazada tratada en dichas sentencias. A la misma conclusión ha llegado, como no podía ser de otra manera, la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, la cual ha declarado también en varias resoluciones que la facultad de desistimiento o rescisión unilateral durante el periodo de prueba es libre, salvo que "la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el artículo 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental " (entre otras, STS 2-4-2007, rcud 5013/2005 ; STS 12-12-2008, rcud 3925/2007 ; STS 6-2-2009, rcud 665/2008 ; STS 14-5-2009, rcud 1097/2008 ; STS 23-11-2009, rcud 3441/2008)."

Partiendo de cuanto antecede hemos de tener en cuenta las alegaciones del actor para determinar si de ellas se deduce, como exigen los artículos 10.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo y 96.1 de la LRJS, la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de orientación o identidad sexual:

1ª) Con motivo de la visita del director general, cuyo centro operativo está en Canadá, se le pidió que volviese a su domicilio para cambiarse la falda que vestía por un pantalón.

2ª) El director le dejó muy claro que no podía ir a trabajar con falta por ser un problema de imagen para la empresa.



3ª) El día de su despido la jefa de recursos humanos le comentó que había intentado convencer al director para que no le despidiera y no lo logró.

4ª) Aduce que la causa del despido es su condición de transgénero.

Lo que constituyen indicios suficientes para invertir la carga de la prueba.

Una vez invertida hemos de estar a los hechos que constan acreditados, en el relato fáctico y en la fundamentación jurídica, a partir de la testifical practicada a la que el juzgador a quo da plena credibilidad, y que son los siguientes:

1º) El actor acudía a trabajar vistiendo unas veces pantalón y otras veces falda.

2º) En una reunión mantenida entre el actor, el Director general de la empresa y la Directora de Recursos Humanos, se trató sobre cuestiones de corrección ante los clientes. En el curso de la misma el Director general pidió al actor que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle que llevase falda o pantalón.

3º) En una ocasión el actor acudió a trabajar con una ropa que se consideró por la directora de recursos humanos totalmente inapropiada, no recordando si era un pantalón corto o una falda muy corta, pidiéndole que regresara a su casa y se vistiese correctamente.

4º) Durante el periodo comprendido entre tal hecho, cuya fecha exacta no se ha determinado, y el despido, aproximadamente dos meses y medio después, el actor continuó yendo a trabajar ocasionalmente vistiendo falda, sin que conste que se le hiciera reproche alguno.

5º) Se consideran probados los motivos alegados para la rescisión del contrato en periodo de prueba, así que el trabajador no se había adaptado bien a bien a la estrategia de la compañía ni a las exigencias del trabajo en equipo; que además la empresa no estaba satisfecha con la labor del demandante en tareas como ejecución de redes y que hubo problemas de impuntualidad al no respetar éste los horarios establecidos, y además lo que constituye un hecho conforme al haber solicitado el recurrente su inclusión como probado, esto es que el cese del actor se inscribió en un programa de reorganización de la empresa.

Por tanto la empresa ha justificado su decisión extintiva, sobre la base de motivos ajenos a cualquier discriminación, cuales son la citada reorganización y la falta de satisfacción con la labor del actor y su impuntualidad, resaltando el juzgador a quo que la empresa consintió que usara falda, por lo que hemos de descartar que esta práctica y su condición de transgénero hayan sido la causa de su cese en periodo de prueba, desestimándose el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 169/2018 formalizado por el letrado DON ARMANDO GIL BENÍTEZ en nombre y representación de DON Jose Manuel , contra la sentencia número 433/2017 de fecha 10 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social número de los de Madrid, en sus autos número /2016, seguidos a instancia del recurrente frente a RHEA SYSTEM, S.A. y GRUPO FES MOORE STEPHENS MADRID, en reclamación por despido y confirmamos la resolución impugnada. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

M MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0169-18 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la



condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0169-18.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día

por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ