



Roj: **STSJ CAT 4954/2018 - ECLI:ES:Tsjcat:2018:4954**

Id Cendoj: **08019340012018103729**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2018**

Nº de Recurso: **6470/2015**

Nº de Resolución: **3264/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUANA VERA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08279 - 44 - 4 - 2014 - 8043909

F.S.

Recurso de Suplicación: 6470/2015

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. JUANA VERA MARTINEZ

En Barcelona a 1 de junio de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 3264/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Adriana frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Terrassa de fecha 25 de mayo de 2015 dictada en el procedimiento Demandas nº 811/2014 y siendo recurrido/a Quitxalla Stars, S.L., Fondo de Garantía Salarial y Ministerio Fiscal, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. JUANA VERA MARTINEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3-10-14 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 25 de mayo de 2015 que contenía el siguiente Fallo:

Que debo desestimar y desestimo la demanda por despido interpuesta por D^a. Adriana contra QUITXALLA STARS, S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL absolviendo a la demandada de los pedimentos en su contra, al ser procedente, por causas económicas y productivas, el despido objetivo de fecha 24.9.2014.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



1º.- Dª. Adriana prestó servicios para el empleador demandado desde el 1.9.2005, con categoría profesional de educadora infantil, grupo II, jornada a tiempo completo y salario bruto diario con prorrata de pagas extras de 40,88 euros (hecho conforme; folios nº 28, 43 a 45 y 296 a 340).

2º. - El 9.9.2014, la actora, que no es representante de los trabajadores ni consta afiliada a sindicato, recibió notificación de despido objetivo, con efectos de 24.9.2014. La carta de despido, a cuyo contenido se remite, invoca causas económicas (pérdidas en los 3 últimos ejercicios), organizativas (cambios en la plantilla) y productivas (66 niños matriculados en el curso 2013/2014 y 41 niños en el curso 2014/2015), abonando la demandada la indemnización legal en importe de 7.441,39 euros, así como el finiquito (folios nº 9 a 12 y 288 a 295).

3º.- La empresa demandante tuvo conocimiento del embarazo de la actora durante el primer trimestre de 2014 (interrogatorio de la sra. Berta ; folios nº 46 a 50).

4º.- La empresa demandada dispone, en la actualidad, de 52 niños matriculados y ha contratado a una trabajadora -sra. Dulce -, con contrato temporal de 3 meses y jornada de 3 horas diarias, como auxiliar, para atender a lactantes (interrogatorio de la sra. Berta , testifical de la sra. Elsa). En el ejercicio 2014/2015, el número de matriculados inicial fue de 41 niños (finalmente, de 52 alumnos); en el ejercicio 2013/2014, el número de niños matriculados fue de 58; en el ejercicio 2012/2013, el número de matriculados fue de 54 niños; en el ejercicio 2011/2012, el número de matriculados fue de 88 niños (folios nº 55, 73, 90 y 106; pericial del sr. Julián).

5º.- Los resultados económicos de la demandada son los siguientes (folios nº 121 a 279):

2013/2014

Importe cifra de negocios = 306.001,50 €

Resultado del ejercicio = -38,666,22 €

2012/2013

Importe cifra de negocios = 307.105,65 €

Resultado del ejercicio = -4.066,72 €

2011/2012

Importe cifra de negocios = 427.686,56 €

Resultado del ejercicio = -8.310,68 €

2010/2011

Importe cifra de negocios = 484.440,40 €

Resultado del ejercicio = -45.622,94 €

6º.- La demandada cuenta con 4 educadoras infantiles, cuya antigüedad es superior a la de la actora. Además, el 5.9.2013 contrató a la sra. Joaquina , finalizando el contrato de ésta el 25.7.2014; y el 39.0.2014, extinguió el contrato, por causas objetivas, de la administrativa del parvulario, sra. Luisa (folios nº 287 y 322).

7º.- Interpuesta la correspondiente papeleta de conciliación en fecha 1.10.2014, se agotó la vía administrativa previa con resultado de sin avenencia en fecha 24.10.2014 (folio nº 24).

TERCERO. - En fecha 31-03-2016 mediante providencia, se dió traslado a las partes para que hicieran alegaciones sobre la posibilidad de formular una cuestión prejudicial ante Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Evacuado traslado, mediante Auto de 3-06-2016 se acordó plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en los términos que constan en los folios 62-63 de autos, dando lugar al Asunto Prejudicial C-432/16 .

Mediante decisión de 5-10-2016 el Presidente del TJUE acordó suspender el procedimiento hasta que el TJUE se pronuncie sobre el asunto C-103/16 .

A la vista de la STJUE de 22-02-2018 (asunto C-103/16 , Porras Guisado) este Tribunal, a requerimiento del TJUE, desistió de la cuestión planteada quedando los Autos pendientes de dictar sentencia una vez se archivó la cuestión prejudicial.

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora actora declarando la procedencia del despido objetivo del que fue objeto, con todos los efectos legales.

Frente a dicha resolución, se alza en suplicación la trabajadora demandante, para solicitar la declaración de nulidad del despido, a tal fin interesa la revisión fáctica y jurídica de la sentencia recurrida.

El recurso es impugnado de contrario, por la empresa QUITXALLA STARS S.L..

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, con adecuado amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo dedica a interesar la modificación del hecho probado sexto a efectos de suprimir la referencia a que la antigüedad de las demás trabajadoras es superior a la de la actora por entender que no queda debidamente acreditado, pues el "escrito elaborado por la propia empresa", folio 287, "carece de valor probatorio".

Para que pueda procederse a la modificación de los hechos probados de cualquier sentencia, no es suficiente en absoluto la alegación de que "no hay prueba en tal sentido" sino que es necesario que se haya producido un error en la valoración probatoria por parte del juzgador, que tal error sea diáfano, y que se desprenda de los documentos y pericias obrantes en los autos, oportunamente invocados por la parte recurrente. Es reiterado el criterio jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2495], 26 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6894], 21 de junio de 1994 [RJ 1994, 5465], 21 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2204], 21 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 9066], 15 de julio de 1987 [RJ 1987, 5388], 15 de julio de 1986 [RJ 1986, 4143 y 4148], 3 de junio de 1985 [RJ 1985, 3333], etc.) conforme al cual la mera alegación de prueba negativa no puede fundar la denuncia de un error de hecho, máxime cuando en el presente caso, como reconoce la propia parte recurrente, existe un documento del que se desprende dicho extremo y que si bien el mismo podría no tener efectos revisores en esta sede, no cabe duda de que el Juzgador "a quo" puede basar su convicción en el mismo atendidas las amplias facultades en la valoración de la prueba que el legislador le confiere, ex artículo 97 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

TERCERO.- Entrando en el examen de la censura jurídica formulada frente a la sentencia recurrida, con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la parte recurrente desarrolla dos motivos de censura jurídica que están íntimamente relacionados por lo que procederemos a su examen conjunto, así, el primero, a través del cual denuncia la infracción del artículo 4.2 c) y 53.4 Estatuto de los Trabajadores en relación a los artículos 93.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 209.3 LEC, el segundo, por el que denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución Española y de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 5 de la LOPJ .

Sostiene, en síntesis, la parte recurrente que la existencia de indicios de discriminación, atendido el estado de embarazo de la trabajadora, determina la inversión de la carga probatoria, correspondiendo al empresario acreditar que se han seguido criterios objetivos en la selección de la trabajadora afectada por el despido, máxime cuando el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, exige cuando se despidan a una trabajadora durante el embarazo, que el empresario deba dar motivos justificados del despido por escrito. En este caso -entiende la parte recurrente-, la empresa no ha cumplido con dicha carga probatoria en base a la revisión del hecho probado propuesta y, en todo caso, porque no fue hasta el juicio cuando se adujo el criterio de la menor antigüedad, criterio aparentemente neutro pero que pone a la trabajadora embarazada en una situación de desventaja constituyendo una discriminación indirecta y, además, resultando insignificante la diferencia económica entre el coste del despido de la actora y de la siguiente trabajadora de menor antigüedad en la empresa, con sólo un año más en la empresa, dejaría sin justificación al supuesto criterio objetivo alegado por la empresa.

La sentencia recurrida, si bien aprecia la existencia de indicios de discriminación atendido el estado de embarazo de la actora que era conocido por la empresa (hecho probado tercero) e invierte la carga probatoria, llega a la convicción de que concurre la causa económica y, en cierto modo, también la productiva y exigiendo un plus de prueba al empresario, en aras a disipar las dudas que pudieran existir sobre los motivos que le llevaron a elegir a la actora como trabajadora afectada por el despido, reconoce que el criterio de la menor antigüedad alegado por el empresario en la vista oral es un criterio neutral, que dota de objetividad la designación de la trabajadora afectada y que, una vez acreditada su condición de trabajadora de menor antigüedad, debe reputarse el despido procedente.

Debemos partir de que el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores (como el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores) otorga dos tutelas diferenciadas a la mujer embarazada frente al despido:



a) de un lado, el artículo 53.4 b) prevé una protección objetiva y automática, reputando nulo el despido de la mujer embarazada -aunque el empresario desconozca esta circunstancia- "*salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo...*";

b) de otro lado, el artículo 53.4 párrafo primero prevé una tutela antidiscriminatoria reputando nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 Constitución Española].

A las anteriores, en la sentencia de Pleno de esta Sala recaída en el recurso 3002/2015, añadía la tutela prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85, en el ámbito de prevención de riesgos, al establecer que "*los Estados tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el ap. 1 del art. 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales*", previsión que no ha sido por el momento transpuesta y de la que no puede predicarse una eficacia directa horizontal.

Pues bien, la tutela que reclama la recurrente es la prevista en el artículo 53.4 párrafo primero, por entender que ha sido objeto de discriminación por razón de su embarazo.

El Tribunal Constitucional, al exponer la carga de la prueba en la denuncia de vulneración de los derechos fundamentales, ha mantenido que «cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del "onus probandi" no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria. El demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (SSTC 293/1993, de 18 de octubre [RTC 1993\293], 85/1995, de 6 de junio [RTC 1995\85], 82/1997, de 22 de abril, [RTC 1997\82]; y 202/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997\202]). En este sentido, la doctrina recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2003 y la que le precedió de 19 de enero de 1998, la selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos del Estatuto de los Trabajadores corresponde, en principio, al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de Ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios.

De modo que, debe aportarse por el empresario un plus de prueba para desvanecer las sospechas de discriminación, tal y como exige la doctrina del Tribunal Constitucional, corresponde a la empresa demandada acreditar que su decisión de despido tiene causas reales, absolutamente ajenas a la denunciada vulneración de derechos fundamentales, y que aquellas causas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión impugnada, no bastando la negación de la vulneración de derechos fundamentales. En definitiva, también en palabras del Tribunal Constitucional, la prueba que ha de desplegar la empresa ha de llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se habría producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales.

Descendiendo al supuesto de autos, se constata el elemento discriminatorio alegado por la parte recurrente relativo a que al tiempo del despido se encontraba embarazada, circunstancia que era conocida por el empresario, tal y como se recoge en el hecho probado tercero de la sentencia, por lo que debe invertirse la carga probatoria. La sentencia recurrida entiende que queda acreditada la causa económica alegada en la carta de despido y, de forma más endeble, la causa productiva pues se ha reducido el número de niños en la guardería constando al tiempo del despido 41 matriculados, frente a los 58 niños matriculados en el curso 2013/2014 y los 54 niños matriculados en el curso 2012/2013, apreciaciones que no son combatidas por la parte recurrente. A lo anterior se añade la circunstancia apreciada por la sentencia recurrida, constatada en esta Sede, relativa a que era la trabajadora con menos antigüedad de las educadoras, criterio que dota de mayor objetividad al despido de la trabajadora actora, disipando las dudas de discriminación que pudiera haber.

CUARTO.- Descendiendo al examen de insuficiencia de la carta de despido alegada por la parte recurrente, argumentando que se ofreció en la carta de despido ningún criterio que justificase la selección de la trabajadora embarazada, lo que la parte recurrente entiende que era obligado para el empresario, al amparo del artículo 10 de la Directiva 92/85.



En la medida en que nuestro Ordenamiento jurídico no prevé dicha obligación, se acordó plantear una cuestión prejudicial en este asunto sobre el alcance de dicha obligación pero habiéndose resuelto sobre un supuesto similar en fechas próximas (asunto C-103/16 , sobre la adecuación de la legislación española, en lo relativo a los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a la Directiva 92/85) y cuya resolución es plenamente trasladable al supuesto que ahora nos ocupa, en concreto, la quinta cuestión prejudicial se planteaba en los siguientes términos: *¿A los efectos del apartado 2 del art.10 de la Directiva 92/85 , es conforme una normativa nacional que considera suficiente una carta de despido como la de autos, que no hace referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional, además de los que motivan el despido colectivo, para afectar a la trabajadora en situación de embarazo por la decisión de extinción colectiva? Y se respondía por el Tribunal en el parágrafo 55. En los siguientes términos " Dadas las circunstancias, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que el artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido "*.

Por tanto, el artículo 10.2 de la Directiva 92/85 establece una obligación directa, cuyos elementos no precisan de desarrollo y puede ser directamente aplicable, en el sentido de que el despido de una trabajadora embarazada en los términos previstos en la mencionada Directiva (artículo 2.a) de la Directiva, circunstancia conocida por el empresario, hecho probado 3º) exige que se le informe no sólo de las causas objetivas que motivan su despido (artículo 52 c) y 51 del ET), sino de los criterios objetivos que se han seguido para su designación.

Descendiendo al supuesto de autos, si bien se acredita que la actora era la trabajadora de menor antigüedad en la empresa, lo cierto es que en la carta de despido no se recoge ese criterio de selección de la trabajadora despedida limitándose a decir, por lo que se refiere a la elección de la actora, que *" En el Nivel P1 el curso pasado había 22 niños distribuidos en dos aulas, este año el número de niños ha caído a 10, haciéndose necesario reducir un Aula y por tanto un puesto de trabajo de educadora el que usted ocupa ante la falta de rentabilidad que supondrá tener dos educadoras para una única Aula con 10 niños "*, por lo que debe estimarse el defecto formal en la carta de despido que motiva la declaración de nulidad del despido, conforme al criterio jurisprudencial sentado entre otras, en sentencia del 31 de marzo de 2015, R. 1505/2014 , conforme a la cual *" una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5,b) del ET , que son objeto de especial protección por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida familiar y laboral) podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita -lo que, jurídicamente, es lo mismo- el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado improcedente sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo".*

QUINTO.- La declaración de nulidad del despido determina que se condene a la empresa a readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que tenía antes del despido con abono de los salarios dejados de percibir.

Vistos los preceptos citados y por las razones expuestas,

FALLAMOS

Debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la defensa Letrada de D^a Adriana contra la Sentencia de 25 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Terrassa en autos núm. 811/2014, sobre despido objetivo, promovidos por la recurrente contra QUITXALLA STARS S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, en materia de despido, por lo que revocamos la resolución recurrida, declarando la nulidad del despido de que fue objeto la actora condenando a la mercantil demandada a readmitirla en las mismas condiciones que tenía antes del despido y con abono de los salarios dejados de percibir.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.



La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.