



Roj: **STS 1678/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1678**

Id Cendoj: **28079140012021100404**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2021**

Nº de Recurso: **2953/2018**

Nº de Resolución: **457/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2953/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 457/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 29 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Angelina representada y asistida por el letrado D. Francisco Javier Rodríguez González, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 16 de mayo de 2018, recaída en el recurso de suplicación núm. 96/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, dictada el 30 de octubre de 2017, en los autos de juicio núm. 770/2016, seguidos a instancia de D^a. Angelina, frente Instalaciones Inabensa SA, sobre Despido.

Ha sido parte recurrida Instalaciones Inabensa SA, representada y asistida por la letrada D^a. Cristina Martínez Núñez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de octubre de 2017, el Juzgado de lo Social n.º. 11 de Madrid, dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- D^a Angelina, con DNI n.º NUM000 ha venido prestando servicios para la empresa demandada INSTALACIONES INABENSA S.A. (CIF n.º A-2841694266), con antigüedad de 9-1-2010, categoría profesional de Perito/Ingeniero Técnico y salario mensual ascendente a 2.572,22 euros (84,56 euros/día), con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias.



SEGUNDO.- La empresa demandada se constituyó el 25-11-1.994, teniendo como objeto social la realización de estudios, informes, proyectos y explotación de actividades y negocios, relacionados con las instalaciones eléctricas, mecánicas y de instrumentación, construcción de líneas de transmisión, electrificación ferroviaria, mantenimientos, protección térmica y acústica, comunicaciones, concesiones de servicio y fabricación de bienes de equipo, formando parte del grupo de sociedades cuya entidad de cabecera es la empresa Abengoa S.A., grupo empresarial que ha mantenido un sistema de tesorería centralizada en el que ha participado la empresa demandada, quedando así afectada por la situación preconcursal de dicha empresa y la paralización del negocio sufrido a consecuencia de la falta de garantías y liquidez para la finalización de proyectos y contratos y para asumir otros nuevos (folios 93 a 104, del Tomo I de los autos). La empresa demandada tiene sus centros de trabajo ubicados en diversas Comunidades Autónomas, con una plantilla total en Mayo de 2016, integrada por 1.024 trabajadores, de los que 201 trabajadores, prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Madrid, desarrollando la demandante sus funciones en el departamento de Sistemas de Comunicación, sección de Imputaciones Comunicación, en el centro de trabajo situado en c/Marqués de Encinares nº 10 de Madrid.

TERCERO.- Mediante escrito de 18-5-2016, la demandada comunicó a la Comisión negociadora de los trabajadores, la apertura de periodo de consultas previo al despido colectivo por causas económicas y productivas, al amparo de lo dispuesto en el art. 51.2) del Estatuto de los Trabajadores (folios 79 a 81, del Tomo I de los autos).

CUARTO.- Ante la Dirección General de Empleo, con fecha 20-5-2016, la demandada, presentó escrito comunicando el inicio del periodo de consultas periodo de consultas previo al despido colectivo y suspensión de contratos de trabajo, de 395 trabajadores, por causas económicas y productivas, al amparo de lo dispuesto en el art. 51.2) del Estatuto de los Trabajadores, dando lugar a la tramitación del Expediente de Regulación de Empleo nº NUM001, habiendo finalizado el periodo de consultas con Acuerdo, el 16-6-2016 (folios 82 al 85, del Tomo I de los autos).

QUINTO.- Con fecha 21-6-2016, la demandada presentó escrito ante la Dirección General de Empleo, comunicando el Acuerdo alcanzado con la Comisión negociadora, el 16-6-2016, que afectaría a (doc. 89 a 92 del Tomo I de los autos): 1) 72 trabajadores que prestan servicios en puestos de trabajo que resultan excedentes, y que serían "los de la lista que se entregará una vez exista acuerdo definitivo" y que "han sido seleccionados de acuerdo con los criterios expuestos en la memoria. 2) 78 trabajadores "de entre el total de trabajadores afectados por la medida de suspensión de contratos" que soliciten su afectación por el despido. En dicho Acuerdo se estableció expresamente, entre otros aspectos, que: 1) los trabajadores mayores de 55 años afectados por la medida de suspensión no se verían afectados por el despido; 2) no afectaría el despido a los dos miembros del mismo matrimonio o pareja de hecho legalmente constituida (doc. 143 a 148 del Tomo I de los autos).

SEXTO.- Los criterios de selección pactados a los efectos de la determinación de los trabajadores afectados por el despido colectivo, han sido los siguientes: 1) Criterio funcional de adscripción a un departamento, división, actividad y puesto de un determinado centro de trabajo, afectado por la caída de actividad. 2) Criterio de adscripción a funciones de carácter corporativo que se ven afectadas al producirse un descenso en la cifra de negocios y de las obras. 3) Criterio funcional la adscripción a puestos de trabajo relacionados con los sistemas de gestión, afectados por el descenso de la actividad. Para la selección entre los trabajadores que cumplieran los anteriores requisitos, se establecen determinados criterios objetivos relacionados entre otros, con conceptos tales como los de adecuación funcional, experiencia en el puesto, polivalencia, evaluación de rendimiento, formación, trabajo en equipo, grado de implicación en la consecución de objetivos, cumplimiento de normas y procedimientos establecidos, y, absentismo (folios 1.961 al 1.963 del Tomo IV, de los autos).

SÉPTIMO.- Del total de 1.024 trabajadores integrantes de la plantilla de la empresa, 37 se encuentran en situación de reducción de jornada (3,61% de la plantilla), de los que 13 trabajadores (37,5%), han sido incluidos en la lista de afectados por el despido colectivo (folios nº 2.259 a 2.261, del Tomo IV, de los autos). De los de 72 puestos de trabajo afectados por el despido colectivo, 13 pertenecían al centro de trabajo de la empresa de la c/ Marqués de Encinares de Madrid, de los que: 1) 7 son mujeres (53,84% del total); 2) de las 7 mujeres afectadas, 4 de ellas se encuentran en situación de suspensión por maternidad o con reducción de jornada (57,14%).

OCTAVO.- En la relación del personal afectado por el ERE en el Departamento de Comunicaciones del centro de trabajo de la empresa de la c/ Marqués de Encinares de Madrid, consta que la actora se encontraba en situación de "suspensión por maternidad" (folio 2.259 del Tomo IV de los autos).

NOVENO.- Con fecha de 22-6-2016, la demandada remitió carta a la actora cuyo contenido se da aquí por reproducido, comunicando a la misma, el despido por causas objetivas, con efectos de dicha fecha, al amparo



de lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, por causas económicas y productivas, tras la finalización con acuerdo, del Expediente de Regulación de Empleo, relacionadas con las circunstancias a que se alude en dicha comunicación, relativas fundamentalmente a: 1) la situación de crisis económica, falta de inversión pública y disminución de la contratación desde 2011 en adelante, 2) deterioro financiero de Abengoa e Inabensa, situación preconcursal y paralización del negocio; 3) disminución de ingresos y situación de pérdidas actuales; 4) disminución de la contratación y de la producción, habiendo puesto a disposición de la demandante una indemnización en cuantía de 15.935,40 euros, así como la liquidación de pagas extras y vacaciones correspondientes, así como una retribución adicional en cuantía de 4.700 euros, que se abonaría en Octubre de 2016, cantidades que la demandante ha percibido, haciéndose expresa referencia en la carta a haberse producido en la división de comunicaciones a que la demandante estaba adscrita, "una disminución más que significativa del volumen de contratación y ejecución y con ello de la carga de trabajo, lo cual sumado a la imposibilidad de poder ofertar ante las adversas circunstancias económicas no lleva a la necesidad de extinguir su contrato" (doc. nº 4 de los aportados con la demanda y folio 2065 y siguientes, del Tomo IV de los autos).

DÉCIMO.- Consta en autos que la demandante ha permanecido en situación de desempleo, desde el 8-11-2016 en adelante, percibiendo las prestaciones correspondientes.

UNDÉCIMO.- Con fecha 04/07/2016 La Parte Actora presentó ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC) papeleta de conciliación, celebrándose el acto correspondiente el día 28/07/2016 con el resultado " SIN EFECTO" al no haber comparecido la empresa demandada constando debidamente citada, habiéndose con posterioridad el día 02/09/2016 presentado demanda ante la Delegación del Decanato de los Juzgados de lo Social de Madrid".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Desestimando las excepciones invocadas de inadecuación de procedimiento y falta de litisconsorcio pasivo necesario, y, estimando la demanda interpuesta por D^a Angelina, contra INSTALACIONES INABENSA S.A., en reclamación por despido, debo declarar y declaro nulo, el despido de la demandante acordado por la empresa con efectos de 22-6-2016, condenando a la citada demandada, a la readmisión de la actora a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, en el sentido expuesto, debiendo reintegrar la actora a la empresa, las cantidades percibidas en concepto de indemnización".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Instalaciones Inabensa SA, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 16 de mayo de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada de la empresa demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de esta ciudad en autos núm. 770/2016, revocando y dejando sin efecto la resolución impugnada y, en su lugar, debemos declarar y declaramos la procedencia del despido objetivo de la demandante, D^a Angelina, el día 22.6.2016, por parte de la empresa demandada INSTALACIONES INABENSA S.A., a la que debemos absolver y absolvemos libremente de las pretensiones frente a la misma deducidas en la demanda. Sin costas. Devuélvase las cantidades depositadas y consignadas por la empresa para recurrir".

TERCERO.- Por la representación de D^a. Angelina se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 14 de febrero de 2017 (RS 208/2017).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por la letrada D^a. Cristina Martínez Núñez en representación de la parte recurrida, Instalaciones Inabensa SA, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar la desestimación del recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de abril de 2021, en cuya fecha tuvo lugar.

En dicho acto, la Magistrada Ponente, Excmo. Sra. D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Magistrado, Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la calificación que hay que otorgar a un despido individual de una trabajadora en situación de suspensión de contrato por maternidad en un supuesto en el que el mencionado despido se realizó en el marco de un despido colectivo que terminó con acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa en el que se convinieron los criterios de selección y la lista de trabajadores afectados en cumplimiento de tales criterios de selección.

2.- La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid de 16 de mayo de 2018 (R. 96/2018) revocó la sentencia de instancia, que había declarado la nulidad del despido, y tras aceptar varias modificaciones de hechos probados, declaró la procedencia del despido objetivo de la actora.

Consta en dicha sentencia, tras la pertinente modificación fáctica, que la actora prestaba servicios para Instalaciones Inabensa S.A. desde 2010, con categoría profesional de Perito/Ingeniero Técnico. La empresa demandada se constituyó en 1.994, formando parte del grupo de sociedades cuya entidad de cabecera es la empresa Abengoa S.A., grupo empresarial que ha mantenido un sistema de tesorería centralizada en el que ha participado la empresa demandada, quedando así afectada por la situación preconcursal de dicha empresa y la paralización del negocio sufrido a consecuencia de la falta de garantías y liquidez para la finalización de proyectos y contratos y para asumir otros nuevos. Con fecha 21 de junio de 2016, la demandada presentó escrito, comunicando el Acuerdo sobre despido colectivo alcanzado con la comisión negociadora, el 16 de junio de 2016, que afectaría a: 72 trabajadores que prestan servicios en puestos de trabajo que resultan excedentes, y que serían "los de la lista que se entregará una vez exista acuerdo definitivo" y que "han sido seleccionados de acuerdo con los criterios expuestos en la memoria". En dicho Acuerdo se estableció expresamente, entre otros aspectos, que: 1) los trabajadores mayores de 55 años afectados por la medida de suspensión no se verían afectados por el despido; 2) no afectaría el despido a los dos miembros del mismo matrimonio o pareja de hecho legalmente constituida.

Los criterios de selección pactados a los efectos de la determinación de los trabajadores afectados por el despido colectivo, han sido los siguientes: criterio funcional de adscripción a un departamento, división, actividad y puesto de un determinado centro de trabajo, afectado por la caída de actividad. Criterio de adscripción a funciones de carácter corporativo que se ven afectadas al producirse un descenso en la cifra de negocios y de las obras. Criterio funcional la adscripción a puestos de trabajo relacionados con los sistemas de gestión, afectados por el descenso de la actividad. Para la selección entre los trabajadores que cumplieran los anteriores requisitos, se establecieron determinados criterios objetivos. De los de 72 puestos de trabajo afectados por el despido colectivo, 13 pertenecían al centro de trabajo de la empresa de Madrid, de los que: 1) 7 son mujeres (53,84% del total); 2) de las 7 mujeres afectadas, 4 de ellas se encuentran en situación de suspensión por maternidad o con reducción de jornada (57,14%).

En la relación del personal afectado por el ERE en el Departamento de Comunicaciones del centro de trabajo de la empresa de Madrid, consta que la actora se encontraba en situación de "suspensión por maternidad". Con fecha de 22 de junio de 2000, la demandada remitió carta a la actora comunicando a la misma, el despido por causas económicas y productivas, tras la finalización con acuerdo, del Expediente de Regulación de Empleo, relacionadas con las circunstancias a que se alude en dicha comunicación. En la carta se hace expresa referencia a haberse producido en la división de comunicaciones a que la demandante estaba adscrita, "una disminución más que significativa del volumen de contratación y ejecución y con ello de la carga de trabajo, lo cual sumado a la imposibilidad de poder ofertar ante las adversas circunstancias económicas nos lleva a la necesidad de extinguir su contrato".

La Sala concluyó que concurrían las causas objetivas que justificaban el despido de la actora y que ésta cumplía los criterios de selección pactados; y, en consecuencia, su despido objetivo fue procedente por justificado objetivamente.

SEGUNDO.- 1.- Recurre la actora en casación unificadora y presenta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 14 de febrero de 2017 (R. 208/2017). En ella consta que la actora prestaba servicios desde 2007 para EVO Banco S.A. que a finales de octubre de 2015 promovió expediente de despido colectivo. La sentencia analiza el despido individual derivado del despido colectivo finalizado con acuerdo con la representación social, de forma que la amortización de puestos de trabajo como consecuencia de la reducción de plantilla en las oficinas de la empresa que no se cerraban (una de ellas la de la demandante), debía realizarse conforme a los criterios de selección, y en concreto se extinguirían los contratos de quienes acreditasen menores competencias, habilidades comerciales y capacidades.



En ese contexto la actora fue despedida, interesando desde la demanda que se aportara la evaluación continua realizada, a fin de comprobar su resultado en relación con sus compañeros no despedidos. El Juzgado declaró el despido nulo al no probarse que respondiera la elección de la demandante a los criterios de selección pactados, apreciando lesión del derecho de igualdad, estando la trabajadora en reducción de jornada por guarda legal, nulidad que la Sala confirma, pero además otorga una indemnización por daños adicionales dada la lesión de derechos fundamentales.

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (R. 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (R. 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (R. 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (R. 2734/2015)].

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [sentencias de 8 de febrero de 2017 (R. 614/2015), 6 de abril de 2017 (R. 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (R. 1201/2015)].

TERCERO.- 1.- A juicio de la Sala no concurre la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS ya que existe una importante diferencia fáctica entre los supuestos examinados por las sentencias comparadas que impide considerar la existencia de una igualdad sustancial en los hechos y que explica las diversas soluciones dadas por cada una de las sentencias.

En efecto, con independencia de otras diferencias menores, la fundamental reside en que en la sentencia recurrida la comisión negociadora del despido colectivo pactó el despido colectivo y, de manera especial, por lo que a los presentes efectos interesa, no sólo los criterios de selección de trabajadores sino, también, la lista de trabajadores afectados en cumplimiento de los mencionados criterios. En la sentencia referencial, en cambio, el pacto alcanzó únicamente a los criterios de selección, criterios que exigían una posterior ponderación sobre competencias, habilidades comerciales y capacidades que acreditase cada trabajador a través de la pertinente evaluación. Tal diferencia explica que la sentencia recurrida considere que la concreción de los criterios de selección pactados en determinados trabajadores se realizó por los firmantes de los citados criterios, mientras que la sentencia de contraste, tras requerir infructuosamente la trabajadora a la empresa que aportase su evaluación, considera que no se ha acreditado que el perfil de la actora se adecúe a los criterios de selección pactados.

El hecho cierto de que en la sentencia recurrida se haya pactado, entre quienes negociaron el despido colectivo, la lista de trabajadores afectados siguiendo los criterios de selección, mientras que en la referencial la concreción de los afectados se dejó en manos de la empresa mediante la aplicación de diversas ponderaciones, se erige en un obstáculo insalvable para que podamos apreciar la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS, tal como informa el Ministerio Fiscal.

El supuesto examinado es distinto del resuelto por nuestra STS de 10 de julio de 2018, Rcd. 2708/2016 en el que sí apreciamos la concurrencia de contradicción, no solo porque la sentencia de contraste era distinta; sino, también, porque allí en la sentencia recurrida no consta que se pactasen criterios de selección, que solo constaban en la memoria explicativa de la propuesta empresarial; sino únicamente relación de trabajadores afectados.

2.- El recurso de casación para la unificación de doctrina, por su propia esencia y finalidad, tiene en la contradicción judicial entre las sentencias, dentro del mismo comparadas, su razón de ser, de tal forma que el elemento de la contradicción viene a cobrar un singular y prevalente relieve, hasta el punto de que, sin la concurrencia, de ese requisito decae la posibilidad de su formulación procesal, pese a la posible infracción jurídica de que llegue a adolecer la sentencia recurrida, de suerte que si no hay contradicción entre sentencias no hay recurso por muy grave y trascendente que sea la eventual infracción legal que se denuncie; porque no superado el juicio de contradicción, falta el fundamento y la razón de ser del recurso de casación para la unificación de doctrina, que explique y consienta la excepción a la regla del doble grado jurisdiccional, tradicional en el proceso laboral y ratificada por la vigente LRJS (SSTS de 20 de julio de 1992, Rcd. 70/1992;



de 23 de febrero de 1993, Rcad. 1271/1992; de 30 de septiembre de 1997, Rcad. 5401/1997; 1 de febrero de 2000, Rcad. 3495/1999 y 23 de enero de 2001, Rcad. 1706/2000).

TERCERO.- La falta de contradicción constituye supuesto de inadmisión del recurso que, en este trámite procesal, se convierte en causa de desestimación del mismo; por ello, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y la declaración de firmeza de la sentencia recurrida, sin que proceda que la Sala efectúe declaración alguna sobre imposición de costas (artículo 235 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Angelina representada y asistida por el letrado D. Francisco Javier Rodríguez González.
- 2.- Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 16 de mayo de 2018, recaída en el recurso de suplicación núm. 96/2018.
- 3.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Voto particular

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 2953/2018.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 2953/2018.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del razonamiento y conclusión que se alcanza en el tercer fundamento de derecho, en cuanto a que se aprecia falta de contradicción entre las sentencias comparadas en los términos exigidos por el artículo 219 de la LRJS. En caso de haberse resuelto como se postula en este voto particular, hubiera alterado el sentido del fallo.

Mi discrepancia se fundamenta en los razonamientos que a continuación se expondrán.

SEGUNDO.- Procede examinar, en primer lugar, si el recurso interpuesto cumple los requisitos legalmente establecidos, habiéndose alegado por la parte recurrida, en el escrito de impugnación del recurso, que no satisface dichos requisitos.

El citado escrito cumple de forma suficiente los requisitos legales. En efecto, aparece estructurado en dos motivos, destinado el primero de ellos a la realización de una relación precisa y circunstanciada de la contradicción que se alega y, el segundo, a la denuncia de la infracción cometida.

El primer motivo, a su vez, aparece subdividido en dos apartados, dedicándose el primero al examen de la identidad de los hechos, fundamentos y pretensiones y el segundo a poner de relieve los pronunciamientos distintos de las sentencias comparadas. Se identifican de forma individualizada los hechos de cada una de las sentencias comparadas, consignando la identidad de los mismos, así como su fundamentación y, finalmente, la identidad de las pretensiones, señalándose que el núcleo de la contradicción no es la existencia de las causas justificativas del despido colectivo, sino la afectación a la actora de los criterios de selección - contenidos en el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores- para la extinción de los contratos de trabajo.

En el segundo apartado se consigna el distinto signo de los pronunciamientos de cada una de las sentencias enfrentadas.

En el segundo motivo cita los preceptos que considera infringidos y la forma en la que lo han sido razonando, de forma expresa y clara, sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia.



TERCERO.-1.- En cuanto al requisito de la contradicción, procede recordar que el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010. Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

2.- La sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de mayo de 2018, recurso número 96/2018, estimó el recurso de suplicación formulado por la Letrada Doña Cristina Martínez Núñez, en representación de INSTALACIONES INABENSA SA, declarando la procedencia del despido objetivo de la actora y absolviendo a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formuladas.

Los hechos de los que parte dicha sentencia, teniendo en cuenta la revisión de hechos probados efectuada en sede de suplicación, en virtud del recurso de tal clase formulado por la demandada al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, son los siguientes:

- La actora ha venido prestando servicios para la empresa demandada INSTALACIONES INABENSA S.A. con antigüedad de 9-1-2010, categoría profesional de Perito/Ingeniero Técnico, desarrollando sus funciones en el departamento de Sistemas de Comunicación, sección de Imputaciones Comunicación, en el centro de trabajo situado en c/ Marqués de Encinares nº 10 de Madrid.

- La actora se encuentra en situación de suspensión de contrato por maternidad y así consta en el Departamento de comunicaciones.

- La empresa tiene 1.024 trabajadores, de los que 201, prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Madrid.

- Realizó expediente de despido colectivo que terminó con acuerdo el 16-6-2016, siendo los afectados:

- 72 trabajadores que prestan servicios en puestos de trabajo que resultan excedentes de acuerdo con las causas justificativas del despido colectivo expresadas en la memoria del inicio del mismo, y que serían "los de la lista que se entregará una vez exista acuerdo definitivo" y que "han sido seleccionados de acuerdo con los criterios expuestos en la memoria".

- 78 trabajadores "de entre el total de trabajadores afectados por la medida de suspensión de contratos" que soliciten su afectación por el despido.

- Los criterios de selección pactados, a los efectos de la determinación de los trabajadores afectados por el despido colectivo, han sido los siguientes:

Criterio funcional de adscripción a un departamento, división, actividad y puesto de un determinado centro de trabajo, afectado por la caída de actividad.

Criterio de adscripción a funciones de carácter corporativo que se ven afectadas al producirse un descenso en la cifra de negocios y de las obras.

Criterio funcional la adscripción a puestos de trabajo relacionados con los sistemas de gestión, afectados por el descenso de la actividad.

Para la selección entre los trabajadores que cumplieran los anteriores requisitos, se establecen determinados criterios objetivos relacionados, entre otros, con conceptos tales como los de adecuación funcional,



experiencia en el puesto, polivalencia, evaluación de rendimiento, formación, trabajo en equipo, grado de implicación en la consecución de objetivos, cumplimiento de normas y procedimientos establecidos, y, absentismo.

- Del total de 1.024 trabajadores integrantes de la plantilla de la empresa, 37 se encuentran en situación de reducción de jornada (3,61 % de la plantilla), de los que 13 trabajadores (37,5 %), han sido incluidos en la lista de afectados por el despido colectivo y el 64,86% no han sido incluidos en la citada lista.

De los 37 trabajadores que se encontraban en situación de reducción de jornada, el 75,67% eran mujeres y el 24,32% eran hombres.

De los 37 trabajadores que se encontraban en situación de reducción de jornada, 10 personas tenían la misma categoría que la demandante (ingenieros y titulados), de las cuales, 3 personas (30%) han sido incluidas en la lista de afectados por el despido colectivo y 7 personas (70%) no han sido incluidas en la lista de afectos, concretamente, los trabajadores, Juan , Matilde , Ruth , Milagros , Sagrario , Laureano y Modesta , de las cuales el 71% son mujeres y el 28, 57% son hombres.

De los 72 puestos de trabajo afectos por el despido colectivo, 13 pertenecían al centro de trabajo de la empresa de la c/Marqués de Encinares de Madrid, de los que: 1) 7 son mujeres (53,84 % del total); 2) de las 7 mujeres afectadas, 4 de ellas se encuentran en situación de suspensión por maternidad o con reducción de jornada (57, 14%).

De los 72 puestos de trabajo afectados por el despido colectivo, 14 pertenecían al departamento de Comunicaciones, de los que: 1) 4 son mujeres (28,57% del total) y 10 son hombres (71,43%) y 2) 3 se encontraban en reducción de jornada (21,43% del total) y 11 se encontraban al 100% de su jornada (78,57% del total).

A su vez, de los 72 puestos de trabajo afectados por el despido colectivo, 21 pertenecían a la división de Filiales España, de los que: 1) 6 son mujeres (28,57% del total) y 15 son hombres (71,43% del total) y 2) 2 personas se encontraban en reducción de jornada (9,52 % del total) y 19 personas se encontraban al 100% de su jornada (90,48% del total)".

- Se ha producido una significativa disminución de la carga de trabajo y de actividad en la División de Comunicaciones a la que estaba adscrita la recurrente.

- Con fecha de 22-6-2016, la demandada remitió carta a la actora , comunicando a la misma, el despido por causas objetivas, con efectos de dicha fecha.

- El despido colectivo no ha sido impugnado.

La sentencia entendió que si las causas objetivas económicas y de productividad concurren y no han sido cuestionadas, si en el acuerdo alcanzado en la Comisión Negociadora del ERE se han pactado los criterios de afectación y en aplicación de los mismos se ha elaborado la lista de afectados de extinción de sus contratos de trabajo en la que fue incluida la actora, en cuyo Departamento o División de trabajo se habría producido una significativa disminución de la carga de trabajo y de la actividad, hay que concluir que concurren las causas objetivas que justifican su despido, que no pueden ser anuladas ni dejadas sin efecto porque la trabajadora estuviese en suspensión del contrato por maternidad, ya que no ha sido esta circunstancia personal la que motivó su afectación e inclusión en la lista de trabajadores cuyos contratos de trabajo fueron extinguidas por el ERE acordado y, en consecuencia, su despido objetivo fue procedente por justificado objetivamente.

3.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 14 de febrero de 2017, recurso número 208/2017, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Evo Banco SA frente a la sentencia de fecha 11 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Bilbao, en autos número 102/2016, confirmando la nulidad del despido de la demandante. Estimó parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Doña Regina , condenando a la empresa a abonar a la actora una indemnización por la lesión del derecho a la igualdad derivado de su despido, vinculado a la reducción de jornada por guarda legal, que se fija en 6.500 €.

En la sentencia constan los siguientes hechos:

- La demandante ha prestado servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad de 23 de noviembre de 2007, categoría profesional de gestora.



- La trabajadora está en situación de reducción de jornada por guarda legal del 18,34 por ciento, prestando servicios a jornada del 81,66 por ciento.

-EVO BANCO SA promovió expediente de despido colectivo a finales de octubre de 2015 que finalizó con acuerdo de 27 de noviembre de 2015 con la representación de los trabajadores, en virtud del cual el banco acometería una serie de bajas indemnizadas de adscripción voluntaria (criterio a), amortizaría puestos de trabajo como consecuencia del cierre de 22 oficinas (criterio b) y amortizaría puestos de trabajo para reducir la dimensión de las oficinas que no se cerraban (criterio c).

- En el apartado II, letra d) de dicho acuerdo se establecieron los criterios de selección del personal a despedir por el cierre de oficinas y el redimensionamiento de las existentes en los siguientes términos:

"Dentro del personal afectado por los criterios b) y c) anteriores, se aplicará para su afectación por la medida de extinción del contrato a aquellos trabajadores que, a criterio de la empresa, acrediten menores competencias, capacidades, habilidades comerciales y perfil adecuado a la actividad que se desarrolla en la red de oficinas".

-Con fecha de 21 de diciembre de 2015 se notifica a la trabajadora carta de despido en la que, tras enumerar las causas de naturaleza económica y organizativa que han dado lugar al despido colectivo y exponer los criterios de selección de los trabajadores afectados, consigna:

La aplicación de los anteriores criterios a su caso concreto, permite concluir que se encuentra Vd. entre los trabajadores necesariamente afectados por la medida extintiva, por lo que se hace necesario la extinción de su contrato de trabajo, con fecha de efecto, ya indicada al comienzo de este escrito, del día 31 de diciembre de 2015.

A tal efecto, tal como exige el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores aplicable por remisión del artículo 51.4 del mismo texto legal, se pone a su disposición la indemnización establecida el Capítulo IV del indicado Acuerdo de 27 de noviembre de 2015, por importe de 43.822,85 €.

-Simultáneamente a la entrega de la carta de despido EVO BANCO SA puso a disposición de la trabajadora un cheque por importe de 43.822,85 euros, cheque que no fue recogido por la actora por no estar conforme con la cantidad indemnizatoria.

La sentencia consigna que el razonamiento de la Magistrada resulta impecable, acomodándose al criterio sostenido por la Sala Cuarta en la sentencia de 16 de marzo de 2016 (recurso 2507/2014), máxime si se considera que la demandante está en reducción de jornada por guarda legal, de forma que como subraya la Juzgadora, la empresa ha de extremar la actividad probatoria para demostrar que la elección de la actora responde efectivamente al peor resultado de esa evaluación continua que el de sus compañeros, al margen de toda ligazón con esa situación de reducción de jornada, lo que no ha realizado.

Frente a la determinación judicial alcanzada y razonada del modo expuesto, nada aporta la argumentación de la demandada en su recurso, puesto que en absoluto conculca la sentencia los preceptos que se erigen en sustento del mismo, ni la doctrina constitucional que se invoca desde el momento en que no se niega por el Juzgado ni por este Tribunal, ni cabe en efecto deducir de la norma legal, que la trabajadora embarazada, en reducción de jornada por guarda legal o disfrutando el permiso por maternidad, pueda ver extinguida de modo procedente su relación laboral vía la adopción de la medida extintiva en un procedimiento de despido colectivo por causas económicas y organizativas; lo rechazado es que sea posible que las trabajadoras en esas circunstancias, o cualquier trabajador o trabajadora que no se encuentre en esas situaciones, puedan ser despedidos sin que la empresa acredite que ha aplicado correctamente los criterios de selección cuando esa aplicación singular, afectante a la concreta demandante, se ha cuestionado desde la demanda.

En tal tesitura, correspondía a la empresa demostrar una valoración o evaluación de la trabajadora con unos resultados concretos, peores o inferiores a la de sus compañeros que no han sufrido la medida extintiva, y esto es lo que no ha hecho al no aportar documentalmente esa evaluación, limitándose los testigos (cuyo testimonio no asume la Juzgadora), a indicar que su cese se ajusta a las evaluaciones realizadas, que determinan que sea personal a prescindir, evaluaciones que no constan.

4.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, en ambos supuestos se trata de despidos colectivos -por causas económicas y productivas en la sentencia recurrida, por causas económicas y organizativas, en la de contraste- que afectan a parte de la plantilla y que finalizan con acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa.

En ninguno de los dos supuestos se ha impugnado el despido colectivo.



Se pactan criterios de selección -en la sentencia recurrida "Criterio funcional de adscripción a un departamento, división, actividad y puesto de un determinado centro de trabajo, afectado por la caída de actividad. Criterio de adscripción a funciones de carácter corporativo que se ven afectadas al producirse un descenso en la cifra de negocios y de las obras. Criterio funcional la adscripción a puestos de trabajo relacionados con los sistemas de gestión, afectados por el descenso de la actividad. Para la selección entre los trabajadores que cumplieran los anteriores requisitos, se establecen determinados criterios objetivos relacionados entre otros, con conceptos tales como los de adecuación funcional, experiencia en el puesto, polivalencia, evaluación de rendimiento, formación, trabajo en equipo, grado de implicación en la consecución de objetivos, cumplimiento de normas y procedimientos establecidos, y, absentismo".

En la sentencia de contraste "bajas indemnizadas de adscripción voluntaria (criterio a), amortizaría puestos de trabajo como consecuencia del cierre de 22 oficinas (criterio b) y amortizaría puestos de trabajo para reducir la dimensión de las oficinas que no se cerraban (criterio c). se aplicará para su afectación por la medida de extinción del contrato a aquellos trabajadores que, a criterio de la empresa, acrediten menores competencias, capacidades, habilidades comerciales y perfil adecuado a la actividad que se desarrolla en la red de oficinas"

Tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste se pacta como un criterio. de selección el que se extinga el contrato de los trabajadores que soliciten su afectación por el despido.

En ambos supuestos se considera acreditado que concurren las causas alegadas por la empresa para proceder al despido colectivo.

Ambas demandantes tienen afectadas sus condiciones de trabajo por circunstancias relacionadas con la maternidad -en la sentencia recurrida suspensión por maternidad y en la de contraste reducción de jornada por guarda legal- solicitando que se declare la nulidad del despido por discriminación.

Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios. La recurrida entiende que la extinción es procedente ya que no se han cuestionado la concurrencia de las causas objetivas, se han acordado los criterios de selección y, en aplicación de los mismos, se ha elaborado la lista de afectados.

La de contraste declara la nulidad del despido, admitiendo que concurren las causas alegadas para el despido colectivo, examina si los criterios de afectación pactados con los representantes de los trabajadores han sido correctamente aplicados a la actora, concluyendo que no se ha acreditado dicho extremo, cuya prueba incumbe a la empresa, máxime teniendo en cuenta la situación de reducción de jornada en la que se encuentra, que supone que la empresa ha de extremar la actividad probatoria para demostrar que la elección de la actora responde efectivamente a razones objetivas.

No impide la existencia de contradicción, en contra de lo que alega la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso:

-La existencia en la sentencia recurrida de una lista, incluida en el acuerdo, de 72 trabajadores afectados por el despido -en la que se encuentra la recurrente- que no existe en la sentencia de contraste. Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que haya existido acuerdo respecto a los trabajadores afectados por el despido ya que, la que despide es la empresa, la decisión extintiva es adoptada por la empresa, no por el acuerdo alcanzado entre empresa y representantes de los trabajadores en el seno de la negociación del despido colectivo. Necesariamente, la empresa ha de comprobar que la persona a la que extingue el contrato cumple los criterios pactados para ser afectada por el despido, con independencia de que exista acuerdo respecto a que ha de ser incluida en la relación de trabajadores afectados. El que una persona esté incluida en la lista de afectados por el despido no obliga a la empresa a proceder a su despido, el empresario es muy libre de tomar la decisión que estime ajustada a derecho, ya que el hecho de que exista acuerdo respecto a los trabajadores afectados no supone, sin más, que la relación de afectados sea ajustada a derecho. La empresa es la responsable de la decisión extintiva que adopte y ha de acreditar que en la persona despedida concurren los criterios pactados para ser afectada por el despido.

Este hecho diferente -no relevante a juicio de la que suscribe el voto- es el que conduce a la sentencia mayoritaria a concluir que no hay contradicción.

-La alegación de causas económicas y productivas en la sentencia recurrida en tanto en la sentencia de contraste las causas del despido son económicas y organizativas. En ambas sentencias se acepta que concurren las causas alegadas por la empresa como justificativas del despido por lo que es irrelevante, a efectos de la contradicción, que coincida la causa económica pero no la productiva.

-Los diferentes criterios de selección que aparecen en cada uno de los supuestos comparados. Tal circunstancia no afecta a la existencia de contradicción ya que la cuestión planteada no se refiere a la idoneidad



de los criterios establecidos sino a determinar si la empresa ha de acreditar que tales criterios son cumplidos por las demandantes, que han sido afectadas por el despido.

-En ambas sentencias se enjuicia si el despido de las trabajadoras es un despido discriminatorio por razón de sexo. En la sentencia recurrida se desestima la declaración de nulidad del despido por entender que no es discriminatorio, en tanto en la de contraste se declara nulo por vulneración del derecho a la igualdad, fijándose una indemnización adicional por dicha vulneración.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

CUARTO.- 1.-El recurrente alega que la sentencia recurrida infringe los artículos 14 de la Constitución y 122.2 y 124.11 y 13 de la LRJS.

En esencia aduce que no se cuestiona la concurrencia de las causas del despido colectivo sino que lo que se aduce es que, al estar la recurrente en situación de baja por maternidad, la empresa debió extremar la actividad probatoria, por ser la trabajadora acreedora de una "mayor protección", demostrar que la elección de la actora responde efectivamente al peor resultado a esos criterios de selección pactados en relación con sus compañeros, debiendo acreditarse que la actuación empresarial no vulneró el artículo 14 de la Constitución, no habiéndose realizado actividad probatoria alguna por parte de la empresa.

Señala que, por otra parte, del total de trabajadores afectados por el ERE, de los 3,61 % que están en reducción de jornada el 37,5% han sido afectados por el despido colectivo, teniendo en cuenta que la empresa tiene 1024 trabajadores. De los 72 puestos afectados, 13 pertenecían al centro de trabajo c) Marqués de Encinares de Madrid, 7 mujeres (53,84%) de las que 4 estaban en situación de suspensión por maternidad o reducción de jornada (57,14%).

2.- El examen de los datos consignados revela que no se cuestiona la concurrencia de las causas del despido colectivo esgrimidas por la empresa -causas económicas y productivas, disminución de la carga de trabajo y de actividad del Departamento en el que presta servicios la actora- aceptándose la existencia de las mismas, lo que se plantea es la adecuación de los criterios de selección a la recurrente, es decir, si en la misma concurren dichos criterios -pactados con los representantes de los trabajadores- que determinarían que su despido fuera procedente y, caso contrario, habría de declararse la nulidad del despido por discriminatorio, por vulneración del derecho a la igualdad.

En primer lugar, hay que poner de relieve el alto porcentaje de personas trabajadoras con reducción de jornada que han sido incluidos en el ERE. Así, del total de 1.024 trabajadores integrantes de la plantilla de la empresa, 37 se encuentran en situación de reducción de jornada (3,61 % de la plantilla), de los que 13 trabajadores (37,5) han sido incluidos en la lista de afectados por el despido colectivo.

Por otra parte, de los 37 trabajadores que se encontraban en situación de reducción de jornada, el 75,67% eran mujeres y el 24,32% eran hombres.

De los 72 puestos de trabajo afectos por el despido colectivo, 13 pertenecían al centro de trabajo de la empresa de la c/Marqués de Encinares de Madrid, de los que: 1) 7 son mujeres (53,84 % del total); 2) de las 7 mujeres afectadas, 4 de ellas se encuentran en situación de suspensión por maternidad o con reducción de jornada (57, 14%).

Tales datos revelan que el despido colectivo ha afectado en mayor proporción a las mujeres que a los hombres, dándose además la circunstancia de que esta especial afectación incide en las personas trabajadoras que tenían reducida la jornada.

La actora ha aportado un indicio de que la aplicación de los criterios de selección ha podido producir una discriminación indirecta, al afectar de forma mayoritaria a las trabajadoras de la empresa.

Respecto a la discriminación indirecta ha de tomarse en consideración el contenido de la STC 253/04 de 22 de diciembre:

"En el mismo sentido, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que "este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un



determinado sexo (STC 198/1996, FJ 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)". Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötel; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

Debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad in genere, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 CE, no resulta necesario aportar en todo caso un tertium comparationis para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos casos lo que se compara, "no son los individuos", sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso las mujeres.

Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial - STJCE de 27 de junio de 1990-, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo - STJCE de 9 de febrero de 1999-, trabajadores con menos fuerza física - STC 149/1991-, etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 19 de octubre de 1995, asunto The Queen v. Secretary of State for Health; de 6 de abril de 2000, asunto Jorgensen, y de 11 de septiembre de 2003, asunto Steinicke).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho".

2.- Respecto a la acreditación de la existencia de discriminación indirecta la doctrina del TJUE ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta puede ser demostrado por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos (STJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97; y, más recientemente, STJUE de 8 mayo 2019, Villar Laíz, C-161/18; y 3 octubre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18; y ATJUE de 15 octubre 2019, AEAT C- 439/18 y C-472/18; entre otras). Tal criterio es perfectamente coincidente con el que sostiene el Tribunal Constitucional que ha indicado que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir "necesariamente a los datos revelados por la estadística" (STC 128/1987, 253/2004 y 91/2019). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).

SEXTO.-1.- Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por las sentencias de esta Sala de 14 de enero de 2015, casación 104/2014 y 10 de julio de 2018, CUD 2708/2016, en las que se examina la impugnación individual de un despido colectivo efectuada por una trabajadora que, en ambos supuestos, al igual que en el ahora examinado, se encontraba embarazada en el momento del despido.

2.- La primera de las sentencias citadas contiene el siguiente razonamiento: "Esta Sala, siguiendo la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, STC 92/2008, de 21 de julio, ha proclamado que el artículo 55.5 b) ET establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada, por lo que su despido nunca puede ser calificado de improcedente, sino que dará lugar a la declaración de procedencia o de nulidad, sin necesidad, en este caso, de que medie móvil discriminatorio o de que el empleador conozca el estado de gestación, entre otras, STS de 17 de octubre de 2008, recurso 1957/2007; 15 de enero de 2009, recurso 1758/2008; 17 de marzo de 2009, recurso 2251/2008; 13 de abril de 2009, recurso 2351/2008; 30 de abril de 2009, recurso 2428/2008 y 6 de mayo de 2009, recurso 2063/2008.



En esta última sentencia se consigna la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala en los siguientes términos: "a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE ; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE].

b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c).- La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 [con la redacción que más arriba se ha reproducido] se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a "la fecha de inicio del embarazo" [en autos, coincidente con el despido, conforme a los hechos declarados probados], por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es "configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación". Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba "superando los niveles mínimos de protección" previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al "despido motivado" por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa "finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre"....

OCTAVO.- Tal y como ha señalado la STC 111/2003, de 15 de junio "recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión", prueba que no ha logrado, ni tan siquiera intentado practicar. El demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión del mismo. Por el contrario, el demandado nada ha acreditado, tal y como consta en el ordinal octavo del relato de hechos probados de la sentencia de instancia...

En el proceso no se ha alegado ni, por ende, practicado prueba alguna tendente a acreditar las causas reales y objetivas que, en su caso, podrían justificar la decisión extintiva adoptada por la empresa respecto a la demandante".

SÉPTIMO.- Para una recta resolución del recurso formulado hemos de incorporar la perspectiva de género en el enjuiciamiento de la cuestión.

A este respecto hay que señalar que el artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres -LOIEMH- bajo la rúbrica "Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas" establece: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". La interpretación ha de hacerse a favor del principio de igualdad de trato y



de oportunidades La interpretación a favor de la igualdad es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal ha de ser el faro a cuya luz se interpreten las normas. Ha de aplicarse la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad.

En este precepto se reconoce explícitamente la función integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades, al figurar en el epígrafe "Integración del principio..." y en el precepto "...se integrará..." Al ser un principio informador del ordenamiento jurídico se aplica lo dispuesto en el artículo 1.4 Cc "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

La función integradora supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado.

En nuestro ordenamiento no hay norma alguna que establezca una prioridad de permanencia en los despidos colectivos a favor de las trabajadoras embarazadas o personas trabajadoras con reducción de jornada por cuidado de hijos o que se encuentren en suspensión del contrato por nacimiento de hijo, u otros supuestos relacionados con la maternidad y conciliación de la vida familiar y laboral, a diferencia de lo que sucede con los representantes de los trabajadores, que tienen establecida esa prioridad de permanencia en el artículo 51.5 del ET. Sin embargo, al ser un principio informador del ordenamiento jurídico la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la razón objetiva que justifique el despido individual de una trabajadora en dichas circunstancias en el seno de un despido colectivo ha de partir del hecho de que el ordenamiento otorga una tutela reforzada a la trabajadora en esta situación y, por lo tanto, el empresario ha de acreditar que de entre la pluralidad de trabajadores en las mismas circunstancias que la actora -categoría, funciones...- era necesario extinguir precisamente el contrato de la trabajadora.

Por otra parte, el artículo 15, de la LOIEMH bajo el epígrafe "Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.", incardinado en el Título II "Políticas públicas para la igualdad" dispone que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos..."

Ante el tenor literal de las normas precitadas hemos de concluir que el principio de integración de la dimensión de género vincula a todos los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial.

Aparece así la obligación de Jueces y Tribunales, como poder del Estado, de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117. 3 de la Constitución.

OCTAVO.- 1.- Acreditada la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo en cuanto a las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo, tal y como resulta de los datos estadísticos aportados, corresponde al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho a la igualdad.

La STC 17/2003, de 30 de enero de 2003, se pronuncia al respecto en los siguientes términos:

"4. Cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, este Tribunal ha reiterado, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba en la que se fundó nuestra jurisprudencia desde sus primeros pronunciamientos, que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal y que viene recibiendo consideración en los más diversos ámbitos de creación normativa, como revela, por ejemplo, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997.

Es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad



suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador"

2.- La empresa INSTALACIONES INABENSA SA no ha acreditado que en la actora concurren las circunstancias que implican que se encuentra dentro de los criterios de selección establecidos en el acuerdo logrado en el periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores el 16 de junio de 2016 y que, por lo tanto, va a ser afectada por el despido colectivo, lo que supondría que el mismo es procedente.

De la sentencia impugnada no resulta dato alguno que permita concluir que la empresa ha acreditado que concurren en la actora las circunstancias que aparecen en los criterios de selección, reflejados en el hecho probado sexto de la sentencia de instancia, que suponen que la trabajadora va a ser afectada por el despido colectivo.

Por contra en la sentencia de instancia se consigna en el fundamento de derecho tercero: "sin que por la empresa demandada se haya acreditado en el presente procedimiento en forma fehaciente alguna, que en la demandante concurrían todos los criterios pactados y fijados en el ERE para su inclusión entre los trabajadores afectados por el despido, sin que en tal sentido resulte suficiente la prueba practicada por la demandada en la que, tal como se ha expuesto, recaía la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada..."

En el hecho probado sexto de la sentencia aparecen formulados los criterios de selección:

"Criterio funcional de adscripción a un departamento, división, actividad y puesto de un determinado centro de trabajo, afectado por la caída de actividad.

Criterio de adscripción a funciones de carácter corporativo que se ven afectadas al producirse un descenso en la cifra de negocios y de las obras.

Criterio funcional la adscripción a puestos de trabajo relacionados con los sistemas de gestión, afectados por el descenso de la actividad.

Para la selección entre los trabajadores que cumplieran los anteriores requisitos, se establecen determinados criterios objetivos relacionados entre otros, con conceptos tales como los de adecuación funcional, experiencia en el puesto, polivalencia, evaluación de rendimiento, formación, trabajo en equipo, grado de implicación en la consecución de objetivos, cumplimiento de normas y procedimientos establecidos, y, absentismo".

No ha resultado acreditado por la empresa qué criterios de los anteriormente consignados concurren en la ahora recurrente que determinen su inclusión entre los trabajadores afectados por el despido. En el relato de hechos probados de la sentencia de instancia no hay alusión alguna a que en la actora concorra alguna de las citadas circunstancias, habiendo sido interesada por la empresa en su escrito de interposición del recurso de suplicación la adición de que se ha producido una significativa disminución de la carga de trabajo y de actividad en la División de Comunicaciones a la que estaba adscrita la recurrente, adición acogida por la sentencia de suplicación, al amparo del motivo contemplado en el artículo 193 b) de la LRJS, no pudiendo partir la Sala de hechos que no figuran en la resolución recurrida.

No empecé tal conclusión -no acreditación por la empresa de qué criterios concurren en la recurrente- que en la sentencia recurrida conste que en el Departamento de la actora se ha producido una significativa disminución de la carga de trabajo porque, tal y como se ha razonado con anterioridad, tal hecho no se ha cuestionado y lo que se plantea es que la empresa ha de acreditar el motivo por el que se ha incluido a la actora en la relación de afectados por el despido colectivo, las razones por las que era necesario extinguir su concreto puesto de trabajo, cuando el despido ha afectado a un pequeño porcentaje de trabajadores de la empresa -14%- y la trabajadora se encontraba en suspensión del contrato por maternidad.

Tampoco es óbice para dicha conclusión que en la sentencia recurrida figure que "...se han pactado los criterios de afectación y en aplicación de los mismos se ha elaborado la lista de afectados de extinción de sus contratos de trabajo en la que fue incluida la actora." ya que, tal y como figura en la sentencia de instancia y se ha razonado con anterioridad, no se ha acreditado que en la trabajadora concurren los criterios que acarrear su inclusión en la lista de afectados por el despido colectivo.

En efecto, además del criterio funcional de adscripción a un departamento, división, actividad y puesto de un determinado centro de trabajo, afectado por la caída de actividad.; del criterio de adscripción a funciones de carácter corporativo que se ven afectadas al producirse un descenso en la cifra de negocios y de las obra y del



criterio funcional de adscripción a puestos de trabajo relacionados con los sistemas de gestión, afectados por el descenso de la actividad, el acuerdo exige que, una vez que se cumplan dichos requisitos, para la selección entre los trabajadores que los cumplan se han de cumplir unos criterios objetivos.

Los criterios objetivos que se establecen están relacionados entre otros, con conceptos tales como los de adecuación funcional, experiencia en el puesto, polivalencia, evaluación de rendimiento, formación, trabajo en equipo, grado de implicación en la consecución de objetivos, cumplimiento de normas y procedimientos establecidos, y, absentismo. La empresa no ha probado que en la actora concurra uno solo de dichos criterios.

A mayor abundamiento hay que señalar que encontrándose la trabajadora embarazada, con el contrato de trabajo suspendido por riesgo durante el embarazo, la empresa debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su concreto puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas y productivas en la supresión del mismo. Habida cuenta la protección reforzada que nuestro ordenamiento dispensa a la trabajadora embarazada, al empresario incumbía la prueba de que, entre todos los puestos de trabajo existentes de las mismas condiciones del desempeñado por la actora, era precisamente el suyo el que, debido a las causas concurrentes, se había de extinguir.

3.- Aun no siendo aplicable por razones cronológicas, no es ocioso recordar la regulación actualmente vigente del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, en los supuestos de despidos objetivos, introducida por el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo:

"Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) La de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida".

3.- No habiendo acreditado la razón objetiva que justifica el despido de la actora frente a los indicios de discriminación por razón de sexo procede, en aplicación de los artículos 14 de la Constitución, 122.2 c), 124 13 a) 3º de la LRJS, estimar el recurso formulado confirmando la sentencia de instancia y declarar la nulidad del despido de la recurrente.

NOVENO. Por todo lo razonado, entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado por el Letrado D. Francisco Javier Rodríguez González, en representación de DOÑA Angelina , casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la Letrada Doña Cristina Martínez Núñez, en representación de INSTALACIONES INABENSA SA., confirmando la sentencia de instancia.