



Roj: **STSJ AND 7/2018 - ECLI: ES:TSJAND:2018:7**

Id Cendoj: **29067340012018100003**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2018**

Nº de Recurso: **2089/2017**

Nº de Resolución: **246/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

N.I.G.: 2906744S20170007296

Negociado: VE

Recurso: Recursos de Suplicación 2089/2017

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº2 DE MALAGA

Procedimiento origen: Derechos Fundamentales 612/2017

Recurrente: ANDALUZA DE TRAMITACIONES Y GESTIONES S.A.

Representante: CRISTOBAL GARCIA LOPEZ

Recurrido: FOGASA, MINISTERIO FISCAL y Joaquina

Representante: AGUSTIN DEL CASTILLO GARCIALETRADO DE FOGASA - MALAGA

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga a catorce de febrero de dos mil dieciocho.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA 246/18

En el recurso de Suplicación interpuesto por Andaluza de Tramitaciones y Gestiones S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Málaga, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que según consta en autos se presentó demanda por Joaquina sobre Tutela Derechos Fundamentales siendo demandado Andaluza de Tramitaciones y Gestiones S.A., FOGASA y parte el Ministerio Fiscal, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 10 de agosto de 2017 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.



SEGUNDO: En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- D^a. Joaquina , con DNI n^o NUM000 comenzó a trabajar para la demandada Andaluza de Tramitaciones y Gestiones, S.A. en diciembre de 1994, ostentando la categoría profesional de Oficial 1^a.

En 1996, fue nombrada "Responsable del departamento de Administración" de la demandada.

SEGUNDO.- La actividad de la empresa demandada es la prestación de los servicios administrativos de gestoría en la tramitación de expedientes de operaciones financieras concertados en la red de sucursales de UNICAJA, y empresas del grupo que se han ido adquiriendo, así como para la propia entidad Unicaja Banco relacionadas con la cartera hipotecaria.

TERCERO.- El organigrama de cargos y departamentos de la demandada, así como la identidad de las personas que los ocupan, es el referido en el hecho Segundo de la demanda, que se da por reproducido en aras a la brevedad.

En el mismo existen 4 jefaturas (responsables) de departamentos, una Secretaría Técnica y la Gerencia, de la que dependen jerárquicamente todos los responsables de departamentos. Departamentos que son los siguientes: Servicios Generales; dos departamentos de Línea de producción; Finanzas, y una Secretaría Técnica.

Todos ellos están ocupados por varones, excepto el de Finanzas que lo ocupa la actora y que tiene tal denominación desde el año 2009, ya que antes se denominaba "departamento de Administración".(f. 127. T. I).

Todos los responsables de departamentos son apoderados mancomunados, al menos desde el años 2007.

CUARTO.- En el año 2003, tras un proceso de reestructuración de la empresa y la implantación de un nuevo Organigrama, la categoría profesional de la actora quedó encuadrada en "Oficial de primera".

Las retribuciones que han venido percibiendo todos los responsables de departamento, hasta febrero de 2017, estaba compuesta por dos conceptos: salarios (los establecidos por el CC para su categoría profesional), e incentivos.

QUINTO.- Las retribuciones percibidas por los responsables de departamento desde el año 2006 hasta el año 2013, incluidos salario mes e incentivos, así como el sueldo total anual, eran los referidos en el hecho tercero de la demanda y constan relacionados al folio 29. T. II de los autos, que se dan igualmente por reproducidos.

SEXTO.- Los responsables de departamento vienen percibiendo un complemento retributivo durante las situaciones de IT hasta alcanzar el 100% de sus retribuciones habituales. (testifical de D^o Adolfo).

Complemento que se denegó a la actora durante una situación de Incapacidad Temporal padecida en marzo de 2017.

SÉPTIMO.- En el año 2014, la demandada acordó con los trabajadores, la reducción de los incentivos para ese año, debido a que la situación de la empresa no era óptima y que para los años siguientes se iría recuperando esta reducción.

Durante los años 2014 a 2016, ambos incluidos, los responsables de departamento percibieron las retribuciones (salario e incentivos) que se relacionan en el hecho Quinto de la demanda que se da igualmente por reproducido. Cuantías que se corresponden con las relacionadas por la empresa a los folios 27 y 29 T. II de los autos.

OCTAVO. - El 28-01-2016, la actora, al observar que fue la única de sus compañeros que no experimentó un incremento retributivo similar al de ellos, pasando a percibir retribuciones sensiblemente inferiores, dirigió email al Gerente de la empresa (Sr. Eladio) preguntándole acerca de los motivos que justificaban tales diferencias, sin que conste que tuviera respuesta a sus preguntas (f. 107. T. I de los autos).

NOVENO. - En febrero de 2017, D^o Eladio , gerente de la demandada, suprimió el concepto de "incentivos", y consolidó las cantidades que venían percibiendo los responsables de departamento por tal concepto, incluyéndolos en el salario de cada uno de ellos.

De esta forma la evolución del total de las retribuciones percibidas por los responsables de departamento desde el año 2010 a 2017 fueron las que constan referidas en el hecho sexto de la demanda, que se da igualmente por reproducido.

DÉCIMO.- La empresa demandada no tiene establecido ningún sistema de fijación de incentivos, por lo que el abono de las cantidades a percibir por cada responsable de Departamento constituye una decisión unilateral y discrecional de la empresa a través del Gerente (Interrogatorio de D^o Eladio -Gerente-).



Tan solo en los años 2001 y 2002 consta acreditada la existencia de un protocolo de criterios generales para la asignación de tales incentivos anuales (f. 18 a 21. T. II). De ellos se daba traslado al Departamento de Administración.

En los años 2009 y 2010, tan solo consta la existencia de unos cuadros, manifiestamente elaborados ad hoc (f. 23 y 25 T. II), que recogen unos criterios generales, inconcretos, sobre propuesta de incentivos que, en modo alguno pueden tener la misma consideración que los referidos a los años 2001 y 2002, en los que si se establecían diversos criterios de valoración objetivos, de los que no existe rastro alguno en los referidos de 2009 y 2010.

DÉCIMO PRIMERO.- Asimismo, la empresa abonaba gratificaciones a dichos responsables de departamento en las cuantías que figuran relacionadas al folio 31 del T. II de los autos, que se dan igualmente por reproducidos.

DÉCIMO SEGUNDO.- El 02/05/2017 la actora fue despedida por la empresa demandada.

DÉCIMO TERCERO.- El 06/04/2017, la actora interpuso papeleta de conciliación ante el CMAC por reclamación de cantidad del tenor que obra a los folios 17 y ss. T. I de los autos.

DÉCIMO CUARTO.- El CC aplicable a la actividad es el VI CC de ámbito estatal de gestorías administrativas.

DÉCIMO QUINTO.- Con fecha 08/06/2017 tuvo entrada en el Juzgado Decano la demanda que dió origen a las presentes actuaciones, interesando el dictado de sentencia, por la que:

Declare la vulneración del derecho a no discriminación por razón de sexo consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española .

Que la empresa desista de su actitud discriminatoria, y me reponga en mis derechos **salariales** y mi dignidad profesional.

Ordene a la demandada el cese inmediato de la discriminación **salarial** contra DOÑA Joaquina , acordando que para el año 2017 se le reconozca el importe de 48.950,16 euros en concepto de "salario total anual", que vendrá dispuesto por la cantidad abonada mensualmente, equiparándola con el resto de sus compañeros.

Solicito igualmente una indemnización por la discriminación **salarial** de la que he sido víctima, en razón del perjuicio económico sufrido por dejar de percibir el importe que me hubiese correspondido de haber sido tratada en igualdad respecto de mis compañeros, por importe de 34.946,80, para el periodo 2006 al 2016 ambos inclusive (hecho SEPTIMO), más los intereses por mora laboral por importe de 12.641,92 o subsidiariamente de no estimarse su aplicación, los que resultan de aplicar el interés legal del dinero y que asciende para dichos importes y periodo a 6.232,91.

Todo lo anterior más la cantidad que se establezca como diferencial para el periodo 2000 al 2005 ambos inclusive, una vez sea determinada a la luz de la documental solicitada la **brecha salarial**, más los intereses legales que les corresponda.

Que se me reponga el complemento al 100% de mi salario para el mes de marzo respecto al proceso de baja por I.T.

TERCERO: Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada Andaluza de Tramitaciones y Gestiones S.A, recurso que formalizó, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La sentencia de instancia estima en parte la demanda sobre tutela de derechos fundamentales promovida por la actora y declara la vulneración de su derecho a no sufrir discriminación **salarial** por razón de sexo, derecho consagrado en los artículos 14 de la Constitución Española y 28 del Estatuto de los Trabajadores, declarando la nulidad radical de tal comportamiento empresarial por discriminatorio y contrario al principio de igualdad; condenando a la empresa demandada a restituir el derecho de la actora a percibir, desde enero de 2017, un salario anual de 48.950,16 €, en lugar de los 33.672 € que se consolidaron en enero de 2017 a la misma, omitiendo la empresa haber reconocido el salario que debería haber percibido, en la misma cuantía que el resto de sus compañeros varones comparables, sino hubiera sido objeto del trato discriminatorio que aquí se condena. Finalmente, la sentencia de instancia condena a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, así como a abonar a la actora la indemnización de 35.000 € por el concepto de los daños y perjuicios sufridos por tal improcedente comportamiento empresarial.



SEGUNDO: Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación la representación de la empresa demandada, formulando los ocho primeros motivos, todos ellos con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para solicitar la revisión de los hechos robados de la sentencia recurrida, pretendiendo una redacción alternativa de los hechos probados primero, segundo, quinto, sexto, décimo y décimo primero, así como la adición de dos hechos probados nuevos, todos los cuales quedarían del siguiente tenor literal respectivo: A) "Doña Joaquina, con DNI NUM000, comenzó a trabajar para la demandada Andaluza de Tramitaciones y Gestiones S.A en diciembre de 1994, ostentando la categoría profesional de oficial de primera. En 1996, fue nombrada Responsable del Departamento de Administración de la demandada y en 2009, Don Eladio, en su condición de Gerente, nombró a la actora Responsable del Departamento de Finanzas"; B) "La actividad de la empresa demandada, hasta el año 2009, era la prestación de los servicios administrativos de gestoría en la tramitación de expedientes de operaciones financieras concertados en la red de sucursales de Unicaja, y empresas del grupo que se han ido adquiriendo, así como para la propia entidad Unicaja Banco relacionadas con la cartera hipotecaria. A partir del referido año y con motivo de la crisis del sector bancario y financiero, ATG diversificó y amplió su rama de actividad, constituyendo nuevos bloques de servicios. Así, los bloques de servicios que integran la actividad actual de la ATG son los siguientes: Post Firma (Servicios Tradicionales), Informaciones Registrales, Pre Firma, Morosidad e Inmuebles"; C) "ATG dispone de siete Delegados Territoriales, de los cuales seis son mujeres y uno es hombre. El hombre es el segundo Delegado que menos cobra"; D) "Durante el año 2011 y hasta mayo de 2012, Doña Bárbara fue, junto con su compañero Don Modesto, la Responsable de Departamento que más cobraba"; E) "Las retribuciones percibidas por los responsables de departamento desde el año 1996 hasta el año 2017, incluidos incentivos y gratificaciones y retribución total, son las indicadas en los folios 27 a 240, Tomo II de los autos"; F) "Algunos responsables de departamento vienen percibiendo un complemento retributivo durante las situaciones de IT hasta alcanzar el 100% de sus retribuciones habituales (testifical de Don Adolfo). Don Valentín en junio de 2017 no fue complementado al 100%"; G) "ATG tiene un sistema de fijación de incentivos basados en dos tipos de criterios: criterios objetivos y criterios discrecionales"; y H) "Asimismo, la empresa abonaba gratificaciones a dichos responsables de departamento en las cuantías que figuran relacionadas al folio 31 del Tomo II de los autos, que serán igualmente por reproducidos. Doña Joaquina fue la Responsable de Departamento que mayores gratificaciones percibió en los años 1999, 2003 y 2004".

Deben desestimarse las modificaciones fácticas solicitadas, pues las mismas resultan básicamente intrascendentes para alterar el signo del fallo de la sentencia recurrida, ya que ninguna importancia tiene a estos efectos la determinación de la persona que en el año 2009 hubiese podido nombrar a la actora Responsable del Departamento de Finanzas, ni la enumeración completa de las distintas actividades a las que se dedica la empresa demandada, ni el género de los diferentes Delegados Territoriales de la demandada, ni las retribuciones percibidas por dos concretos Responsables de Departamento durante los años 2011 y 2012, ni el hecho de que a un concreto responsable de departamento no se le completase en el mes de junio de 2017 su retribución durante la IT, ni las gratificaciones percibidas por la actora en años muy anteriores a los que son objeto de debate en la presente litis. En definitiva, lo fundamental en el presente caso es que la actora durante los años 2010 a 2017 ha percibido unas retribuciones sustancialmente inferiores a la de los otros responsables de departamento, habiendo llegado a dicha conclusión el Magistrado de instancia tras analizar los diferentes recibos de salarios y justificantes de retribuciones obrantes en las actuaciones, reflejando dichos extremos en los hechos probados quinto y séptimo de la sentencia de instancia (siendo especialmente significativo que el hecho probado séptimo ni siquiera se ha intentado modificar por la parte recurrente), sin que conste la existencia de una prueba documental que de una manera clara, manifiesta e inequívoca, sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos, ponga de manifiesto el error del juzgador de instancia al fijar la retribuciones tanto de la actora como del resto de los responsables de departamento de la empresa demandada.

TERCERO: Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se formula el noveno motivo de recurso para denunciar la infracción de los artículos 177, 178, 179 y 182 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Alega la parte recurrente que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales resulta inadecuada para conocer de las pretensiones ejercitadas en la demanda, dado que la actora solicita la reposición en un vínculo laboral que ya se ha extinguido al haber sido despedida por la empresa demandada con fecha 2 de mayo de 2017 y el reconocimiento de un concreto salario y de unas diferencias retributivas, reclamación que debe hacerse a través de la modalidad del proceso ordinario.

El artículo 178.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que el objeto del proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica



pretensión basada en fundamentos distintos a la tutela del citado derecho o libertad. El mandato constitucional del artículo 52.3 de la Constitución Española de establecer un procedimiento preferente y sumario se plasma en la limitación de su objeto litigioso, que debe ceñirse a la vulneración del derecho fundamental, pues la tramitación urgente, preferente y sumaria de esta modalidad procesal no se compadece con la verificación minuciosa de múltiples supuestas infracciones de normas convencionales o de legalidad ordinaria, las cuales deben dilucidarse por el proceso ordinario o la modalidad procesal específica correspondiente. El procedimiento de tutela de derechos fundamentales, por su naturaleza de cognición limitada, tiene un campo de actuación muy reducido, abarcando solamente el enjuiciamiento de lesiones directas de derechos fundamentales derivados de conducta de violación o incumplimiento de la norma constitucional o normas legales que lo regulen, no alcanzando a la depuración de interpretaciones erróneas de normas legales, ni mucho menos a la verificación de si una decisión empresarial se ajusta o no a lo establecido en convenio colectivo. El procedimiento de tutela de derechos fundamentales requiere diferenciar entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad ordinaria, de forma que únicamente pueden examinarse en esta modalidad procesal las pretensiones fundadas en la vulneración de derechos fundamentales. Lo decisivo a efectos de la tramitación de esta modalidad procesal no es que la pretensión se encuentre bien fundada (que deba estimarse la demanda), sino que formalmente se afirme por el demandante la existencia de una violación del derecho fundamental, de manera que si se estima que no existe lesión de su contenido constitucional, la consecuencia será la desestimación de la demanda, pues por aplicación del principio de cognición limitada que rige en esta modalidad procesal, la sentencia no puede entrar a enjuiciar la alegación de una posible vulneración de una norma infraconstitucional o de legalidad ordinaria sin relevancia en la protección del contenido constitucional del derecho fundamental. De ello se deriva que la declaración de inadecuación de procedimiento opera cuando se aprecia inequívocamente que la pretensión ejercitada queda de forma manifiesta fuera del ámbito de la modalidad procesal tutela de derechos fundamentales, bien porque la demanda no se denuncia infracción alguna de un derecho fundamental o porque se plantea un problema de legalidad ordinaria, sin lesión directa del derecho fundamental, o exista fraude de ley al acudir a este proceso especial.

La parte demandante alega la supuesta vulneración del derecho de igualdad y no discriminación al percibir una retribuciones inferiores a las que se le abonan a los otros responsables de departamento de la demandada, todos ellos varones. Reiterada doctrina jurisprudencial ha venido distinguiendo entre el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por alguna de las causas o motivos específicamente señalados en el artículo 14 de la Constitución , por lo que el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales, salvo cuando la diferencia de trato en materia **salarial** tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución y por el Estatuto de los Trabajadores. En definitiva, no toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que este término tiene los artículos 14 de la Constitución y 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los trabajadores , pues la discriminación consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista.

Pues bien, en el supuesto de autos resulta evidente que nos hallamos en presencia de uno de los factores contemplados en los referidos artículos 14 de la Constitución Española y 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores , pues la actora alega en su demanda que ha sido discriminada salarialmente respecto de sus compañeros de trabajo varones que ostentan el mismo puesto de trabajo de responsable de departamento, por lo que, en principio, se invoca una discriminación por razón de sexo, la cual claramente debe incluirse en el ámbito de la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales, tal y como hemos razonado anteriormente. Ello no puede quedar desvirtuado por el hecho de que la demandante haya sido despedida por la empresa demandada con fecha 2 de mayo de 2017, esto es antes de la interposición de la demanda origen de las presentes actuaciones, pues no consta si dicho despido ha sido o no impugnado judicialmente y, en cualquier caso, la interposición de una demanda de tutela de derechos fundamentales no exige que la relación laboral se encuentre viva y vigente en el momento de formulación de la misma, si los hechos constitutivos de la supuesta vulneración se han producido con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo. Finalmente, en cuanto al pronunciamiento de la sentencia de instancia de ordenar la restitución del derecho de la actora a percibir desde enero de 2017 un salario anual de 48.950,16 €, en lugar de los 33.672 € que se consolidaron en enero de 2017 a la misma, obviamente se encuentra condicionado a la pervivencia de la relación laboral, por lo que dicho nuevo salario únicamente deberá abonarse hasta la fecha de la extinción del contrato de trabajo



de la actora, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en el procedimiento por despido que hipotéticamente se haya podido plantear por la trabajadora contra el cese acordado por la empresa con fecha 2 de mayo de 2017. Todo lo anterior no lleva a desestimar este motivo de recurso y a declarar que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales es adecuada para el conocimiento de la pretensión ejercitada por la actora, tal y como se indica en la sentencia de instancia.

CUARTO: Que con idéntico amparo procesal, se denuncia la infracción del artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores . Alega la parte recurrente que debe declararse la prescripción de la acción para ejercitar la reclamación de una indemnización como consecuencia de la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de la actora, dado que dicha reclamación se habría producido una vez transcurrido el plazo de un año desde la alegada vulneración del derecho fundamental.

El artículo 179.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que la demanda de tutela de derechos fundamentales habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública. Por su parte, el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores señala que las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación, si bien en aquellos casos en que la acción se ejercite para exigir percepciones económicas que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse.

Pues bien, en el presente caso resulta evidente que no había prescrito la acción de la actora para reclamar por la supuesta vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, dado que esa supuesta situación discriminatoria subsistía en el momento de terminación de la relación laboral y que, en todo caso, la acción se había ejercitado antes de que hubiese transcurrido el plazo de un año desde la terminación de la relación laboral. Tampoco puede hablarse de prescripción de las consecuencias económicas derivadas de la supuesta vulneración del derecho fundamental, pues aunque obviamente no pueden reclamarse las diferencias **salariales** durante el período de tiempo comprendido entre los años 2000 al 2005, tal y como indica la propia sentencia de instancia, cuestión distinta es la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental, indemnización que va unida a la declaración de vulneración del derecho (artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) y cuyo plazo de prescripción es el mismo que el del derecho, por lo que mientras se siga produciendo la vulneración del derecho fundamental no habrá comenzado el cómputo del plazo de prescripción. Cuestión distinta es que para la fijación de la cuantía de dicha indemnización se haya podido tener en cuenta como criterio orientativo las diferencias **salariales** entre la retribuciones percibidas por la actora y las que venían percibiendo el resto de los responsables de departamento durante un determinado período de tiempo, ya que en este caso no estamos ante una reclamación de diferencias **salariales** propiamente dicha, sino simplemente ante un criterio orientativo para fijar la cuantía de la indemnización.

QUINTO: Que con idéntico amparo procesal, se formulan los dos siguiente motivo de recurso para denunciar la infracción de los artículos 14 y 24 de la Constitución Española , en relación con el artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Alega la parte recurrente que en el presente caso no cabe hablar de vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo por el simple hecho de que la actora haya podido percibir puntualmente unas retribuciones algo inferiores a las del resto de los responsables de departamento, pues la carga de la prueba corresponde a la parte actora, sin que la prueba estadística sea indicios suficientes para invertir la carga de la prueba y no toda desigualdad tiene un origen discriminatorio, existiendo razones objetivas que explican la diferente retribución en los puestos de responsabilidad de la empresa.

Tanto el artículo 14 de la Constitución Española , como los artículos 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores , prohíben expresamente la discriminación por razón de sexo, declarando como derecho de los trabajadores el no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, debiendo entenderse nulas y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de sexo. Más concretamente, el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores establece el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo, en virtud del cual el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, **salarial** o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condicionantes de aquella. Como acertadamente señala la sentencia de instancia, la discriminación supone una diferencia de trato, que actúa contra el sujeto discriminado (anulando o menoscabando el goce de ciertos derechos y ventajas o agravando sus cargas) y que tiene su origen en ciertos rasgos de la persona o de la configuración social



(sexo, raza, parentesco, lengua, condición social, minusvalía física, psíquica o sensorial, creencias políticas o religiosas, militancia sindical, etc.), lo que origina una situación objetiva discriminatoria, que pone en peligro el respeto a la dignidad humana y los derechos inherentes a la persona. Ahora bien, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato supone una infracción del contenido del artículo 14 de la Constitución Española, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, se prohíbe la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Por lo que se refiere a las reglas sobre carga de la prueba en los procesos de vulneración de derechos fundamentales, el artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Ahora bien, para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar unos indicios razonables de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales. Es decir, no es suficiente para el trabajador la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que el demandante debe aportar además un indicio razonable de que la violación del derecho fundamental se ha producido, de tal manera que únicamente cuando se hayan aportado estos indicios se producirá la denominada inversión de la carga de la prueba, correspondiendo entonces al demandado probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión empresarial, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante (sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 266/1993, 74/1998 y 90/1997, entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa del relato de hechos probados de la sentencia recurrida se desprende que la actora durante los años 2014, 2015 y 2016 ha percibido unas retribuciones sustancialmente inferiores a la de los otros cuatro responsables de departamento de la empresa demandada, todos ellos varones, pues en el año 2014 la demandante percibió un total de 37.897,60 euros, mientras que el resto de sus compañeros de idéntica categoría percibieron unas retribuciones comprendidas entre los 39.622,56 € y los 41.122,64 €, incrementándose dichas diferencias en el año 2015 (la actora percibió 37.897,60 euros frente a los 42.022 € de sus compañeros) y en el año 2016 (38.047 € de la actora frente a 43.650,04 € de uno de sus compañeros y 48.950,12 € de los tres restantes). Asimismo, consta probado que la cantidad abonada a la actora en concepto de incentivo era inferior a la satisfecha al resto de los responsables de departamento, existiendo unas diferencias que en los dos últimos años ha llegado a superar los 2000 €. Por tanto, resulta incuestionable que la actora durante los últimos años ha percibido unas retribuciones **salariales** inferiores a la de los otros cuatro responsables de departamento de la empresa, todos ellos varones, por lo que ante esos indicios discriminatorios, debe ser la empresa la que acredite que esa diferencia retributiva de la actora respecto de sus compañeros varones, que ostentan una categoría profesional y cualificación similar y desempeñan puestos de trabajo de igual valor (responsables de departamento), tiene una justificación objetiva y razonable y ajena a todo propósito discriminatorio. Esa justificación no se ha producido en el presente caso, pues la parte recurrente se limita a señalar que la actora en años muy anteriores a los que son objeto de la presente litis llegó a percibir retribuciones incluso superiores a las del resto de los responsables de departamento, así como que los diferentes departamentos tienen distintos cometidos y responsabilidades y que existen otros responsables de la empresa (los delegados territoriales) entre los cuales los varones reciben menos retribuciones que sus homólogas del género femenino. Ello en modo alguno puede suponer esa justificación objetiva y razonable del diferente trato **salarial** dispensado a la actora durante los últimos años, máxime si tenemos en cuenta que no se ha concretado ni especificado en que medida el departamento de la actora tiene menos atribuciones y responsabilidades que el resto de los departamentos de la empresa y que en la presente litis no se imputa a la demandada una discriminación por razón de sexo respecto de todas las trabajadoras de la empresa, sino única y exclusivamente respecto de la demandante. En consecuencia, no habiendo logrado la empresa desvirtuar la existencia de una discriminación retributiva entre la actora y sus compañeros varones, debe desestimarse el motivo y confirmarse la sentencia de instancia en lo referente a la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación **salarial** por razón de sexo.

SEXTO: Que con idéntico amparo procesal, se formula el siguiente motivo de recurso para denunciar la infracción del artículo 182 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Alega la parte recurrente que en todo



caso debería dejarse sin efecto el tercer pronunciamiento de la sentencia de instancia, pues el mismo declara una restitución retroactiva del derecho de la actora al condenar a la demandada a abonarle desde enero de 2007 un salario anual de 48.950,16 €, por lo que establece el reconocimiento de un derecho que pretende tener efectos previos a la presentación de la demanda, lo cual no cabe en este procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Debe desestimarse asimismo este motivo de censura jurídica, pues el artículo 182.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece como uno de los pronunciamientos que deberá contener la sentencia dictada en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, en el caso de que se llegue a la conclusión de que esa vulneración de los derechos fundamentales alegada efectivamente se ha producido, es que dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable. Por tanto, considerando la sentencia de instancia que se había producido una discriminación **salarial** de la actora por razón de sexo, una consecuencia lógica e inevitable de dicha declaración es la condena a la empresa a abonarle las retribuciones que corresponderían a la demandante en el caso de que la discriminación no se hubiera producido, con el consiguiente reconocimiento del salario anual que se le debe atribuir y que debe ser el mismo que perciben el resto de los responsables de departamento. Ello no puede quedar desvirtuado por el hecho de que la actora haya sido despedida con fecha 2 de mayo de 2017, pues obviamente dicho salario se le deberá abonar hasta dicha fecha, independientemente de los pronunciamientos judiciales que puedan producirse respecto del despido en el caso de que el mismo haya sido impugnado por la actora.

SÉPTIMO: Que finalmente se alega por la parte recurrente la infracción del artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Alega la parte recurrente que debe dejarse sin efecto la indemnización de daños y perjuicios fijada en la sentencia de instancia, dado que por la parte demandante no se ha ofrecido un criterio que permita individualizar correctamente los daños y perjuicios presuntamente sufridos, sin que pueda establecerse una cuantía de la indemnización que en realidad esconde un reconocimiento de diferencias retributivas.

El artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que cuando la sentencia recaída en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales declare la existencia de vulneración de los mismos, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados; debiendo pronunciarse el tribunal sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. Asimismo, el número 3 de dicho artículo 183 señala que la indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. Esto quiere decir que en los supuestos de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales además de las consecuencias propias de la declaración de nulidad del despido (la readmisión del trabajador con abono de los correspondientes salarios de tramitación), también deberá fijarse una indemnización adicional por los daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental, siempre y cuando estos daños y perjuicios hayan sido solicitados expresamente en la demanda.

La Sala considera que , tras la nueva regulación en la materia establecida por el referido artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , siempre que se haya producido una vulneración de un derecho fundamental en el ámbito de una relación laboral, la sentencia que se dicte en esta modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas no debe limitarse a declarar la existencia de la vulneración, acordando la nulidad radical de la actuación del empleador y ordenando el cese inmediato de la actuación contraria a los derechos fundamentales con el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, sino que necesariamente deberá fijar la indemnización correspondiente al demandante que ha sufrido la vulneración del derecho fundamental, independientemente de que se hayan acreditado o no la existencia de concretos y determinados perjuicios económicos para el demandante como consecuencia de la vulneración del derecho, pues se parte de la base de que dicha vulneración ha tenido que producir necesariamente unos daños morales para el demandante, los cuales serán determinados prudencialmente por el tribunal cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa. En definitiva, el precepto viene a distinguir entre los daños morales, los cuales se generan automáticamente siempre que se haya producido la vulneración del derecho fundamental, daños que serán fijados prudencialmente por el tribunal siempre y cuando hayan sido



reclamados por el actor en su demanda, y otros daños y perjuicios adicionales derivados de la vulneración del derecho fundamental, los cuales si exigirán la cumplida acreditación y prueba por parte del demandante.

La sentencia de instancia considera que se ha vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo de la actora, dado que la misma percibía unas retribuciones sustancialmente inferiores a la de los otros responsables de departamento de la empresa demandada, todos ellos varones, por lo que la vulneración de dicho derecho fundamental conlleva necesariamente la existencia de, al menos, unos daños morales para la trabajadora que ha sufrido dicha vulneración, daño moral que no exige la cumplida acreditación de unos determinados y concretos daños y perjuicios, sino que se producen automáticamente y que serán fijados en su cuantía prudencialmente por el tribunal de instancia siempre y cuando hayan sido reclamados por la actora en su demanda. Por tanto, habiendo declarado la sentencia de instancia la vulneración del derecho fundamental, debe fijarse necesariamente una indemnización por los daños morales que dicha vulneración ha ocasionado a la actora, indemnización que la sentencia de instancia fija en la cuantía de 35.000 €, teniendo en cuenta las diferencias entre los salarios percibidos por la actora y los que le hubiera correspondido percibir en el caso de que no hubiese existido la referida discriminación por razón de sexo, criterio que esta Sala considera lógico y razonable, ya que viene a compensar a la actora por los perjuicios económicos que se le han derivado como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental. Todo lo anterior no lleva a desestimar también este último motivo de recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

FALLAMOS

Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la empresa Andaluza de Tramitaciones y Gestiones S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Málaga con fecha 10 de agosto de 2017, en autos sobre tutela de derechos fundamentales seguidos a instancias de Doña Joaquina contra dicha empresa recurrente, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida y condenando a la empresa recurrente a la pérdida del depósito y de la consignación constituidos para recurrir y al abono de las costas del recurso, incluidos los honorarios del letrado de la parte recurrida en cuantía que no podrá superar los 1200 €.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo, durante cuyo plazo se encontraran los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.

Adviértase a la parte demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar las siguientes consignaciones:

- La suma de 600 € en la cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 2928-0000-66-2089-17 de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga.

- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad en la c/c número 2928 del Banco Santander, a nombre de esta Sala de lo Social con el título cuenta de depósitos y consignaciones, al tiempo de prepararse el recurso, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; o realizar transferencia a la cuenta ES55-0049-3569-92-0005001274, haciendo constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928-0000-66-2089-17.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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