



Roj: **STSJ M 13807/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:13807**

Id Cendoj: **28079340022022101042**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **16/11/2022**

Nº de Recurso: **762/2022**

Nº de Resolución: **1012/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

**NIG:** 28.079.00.4-2021/0054662

**Procedimiento Recurso de Suplicación 762/2022 -P**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid Derechos Fundamentales 644/2021

**Materia:** Derechos Fundamentales

**Sentencia número:** 1012/2022

**Ilmos. Sres**

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. MARIA LUISA SEGURA RODRIGUEZ

En Madrid a dieciséis de noviembre de dos mil veintidós habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación 762/2022, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. ROSA MARIA LARA FERNANDEZ en nombre y representación de AZVI SAU, contra la sentencia de fecha 31/03/2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid en sus autos número Derechos Fundamentales 644/2021, seguidos a instancia de D./Dña. Aurora frente a AZVI SA, en proceso de Tutela de Derechos Fundamentales, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



## ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

*"PRIMERO.- DOÑA Aurora , con DNI NUM000 , viene prestando servicios por cuenta y orden de la entidad AZVI SAU, desde el 23 de febrero de 2009, como Técnico de Estudios, incluido en el grupo profesional de Técnico Titulado Superior, en virtud de contrato de trabajo indefinido, a tiempo completo, de 23 de febrero de*

*2009 que recoge una retribución total anual de 35.000 euros brutos (no controvertido, y doc. Al folio de las actuaciones).*

*Obra en autos Acuerdo de 23 de febrero de 2009, indicando como funciones a desarrollar: "todas aquellas inherentes a la mencionada titulación, en todas las facetas a desarrollar en su actividad profesional entre las que se incluyen los estudios, redacción, confección y firma, en su caso, de los proyectos necesarios para las obras que AZVI SA, licite o ejecute bien directamente bien por medio de subcontrata, tanto si la forma de adjudicación es publica como si es privada, así como la dirección o cualquier tipo de jefatura de producción de obras" (doc. al folio 82).*

*Al suscribir el contrato se le entregó documentación en materia de prevención de riesgos, incluyendo Riesgos generales obras de carreteras, Riesgos generales obras civiles y Riesgos generales obras ferroviarias (doc. al folio 88 a 93).*

*SEGUNDO.- Por escrito de 21 de octubre de 2015 se accedió por la empresa a la solicitud de reducción de jornada por guarda legal de la demandante, desde el 20 de noviembre de 2015, con horario de lunes a viernes de 08:00 a 14:00 horas, indicando una minoración salarial, con un nuevo salario bruto anual de 26.643,75 euros (doc. al folio 308, 484 y 485).*

*Continuando en situación de reducción de jornada por guarda legal a fecha de interposición de la demanda (no controvertido y doc. a los folios 309 y 310, 486 a 489).*

*TERCERO.- La entidad AZVI SA se incluye en el sector de la Construcción, estando encuadrada dentro de la nomenclatura propia de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, en la correspondiente a la construcción de vías férreas de superficie y subterráneas, en relación con la instalación, mantenimiento, reparación y conservación de tales instalaciones.*

*Sus principales clientes suelen ser las Administraciones públicas, siendo el procedimiento que se sigue el de participar presentando proyectos en las licitaciones que, para la ejecución de obras públicas, se ofertan desde tales Administraciones.*

*La sede central de la empresa se encuentra en Sevilla, constando con sede en Madrid, donde presta servicios la demandante en el Departamento de Estudios, en las oficinas sitas en la calle Santiago de Compostela núm. 94 de Madrid, siendo el objetivo de esta Unidad o Departamento de Estudios el estudio de las bases de licitación publicadas por las Administraciones que ofertan la realización de obras, con objeto de poder preparar y presentar las ofertas sobre las mismas, con atención más específica respecto de las obras que se domicilian en la Comunidad de Madrid.*

*El Responsable de la Unidad es don Adriano , efectuando el reparto de la carga de trabajo entre los Técnicos de Estudios que se encuentran en la unidad, constando tres Técnicos de Estudios:*

*- La demandante, incluida en el grupo profesional de Técnico Titulado Superior, con antigüedad en la empresa de 23 de febrero de 2009 (al folio 470).*

*- Don Alonso , con categoría profesional de Técnico Grado Medio, en virtud de contrato suscrito el 13 de julio de 2015.*

*- Doña Encarna , incluida en el grupo profesional de Técnico Titulado Superior, con contrato suscrito el 3 de febrero de 2021, habiendo sido contratada para realizar una dedicación especial respecto de las obras de carácter ferroviario.*

*(Doc. al folio 49 y siguientes, Informe de la Inspección de Trabajo).*



*Obra en autos Manual de Organización, de enero de 2021, a los folios 329 y siguientes que se da por reproducido.*

*CUARTO.- Los Técnicos de Estudio de la oficina de Madrid, realizan las siguientes funciones y tareas comunes: realización de estudios técnicos, jurídicos y económicos, para elaboración de ofertas nacionales con organismos públicos y privados; preparación de documentaciones técnicas para elaboración de ofertas nacionales, coordinación de ingenierías externas para elaboración de ofertas nacionales; y preparación de solvencias técnicas, listados de personal y maquinaria. La demandante y don Alonso llevan las mismas obras, en cuanto a número y cuantía económica.*

*Don Adriano es el Responsable de la Oficina Técnica de Madrid, asignando y distribuyendo las tareas.*

*A don Alonso se le asignan, junto a las funciones y tareas anteriormente citadas, visitas en territorio nacional a las zonas donde se desarrollan obras en estudio, para búsqueda préstamos y vertederos, localización de proveedores, estudio in situ de la detección de posibles problemáticas; así como la gestión de documentación generada y mantenimiento del archivo físico de la Oficina Técnica de Zona Centro (control de documentos de archivo), si bien se ha informatizado; asignándole asimismo la elaboración de informes de flujo de caja (cash flow) y preparación de documentación técnica para elaboración de ofertas internacionales, habiendo realizado durante la situación de pandemia tres expedientes en materia de obras internacionales. No habiendo realizado visitas a obras en el último año por la situación de pandemia derivada del Covid-19.*

*A doña Encarna se le asignan funciones y tareas relacionadas con licitaciones ferroviarias, en concreto análisis de licitaciones y contrataciones en el sector ferroviario, especialmente en relación a ADIF y RENFE; preparación de informes de contratación y seguimiento de la evolución del sector; coordinación de socios ferroviarios para licitaciones en UTE, cálculo de puntuaciones técnicas y económicas, elaboración de informes de aperturas, análisis de fórmulas económicas y temeridades, y conocimiento del estado de parque de maquinaria y personal ferroviario, con análisis de necesidades para licitación futura. No habiendo realizado por el momento ninguna visita a obra por territorio nacional.*

*(Doc. al folio 587, testifical de don Adriano, don Alonso).*

*QUINTO.- Obran en autos nóminas de la demandante de los años 2010 a noviembre de 2021, a los folios 95 a 259 que se dan por reproducidas; constando una retribución bruta mensual en los años 2010 a 2014 de 2500 euros sin prorrata de pagas extraordinarias, más dos pagas extraordinarias -en algunas nóminas consta alguna diferencia en concepto de kilometraje-*

*A partir del año 2015 de 1903,13 euros sin prorrata de pagas extraordinarias, más dos pagas extraordinarias, y en 2021 una retribución bruta mensual media de 1916,78 euros sin prorrata de pagas extraordinarias.*

*Los conceptos recogidos en nómina con carácter regular son: Salario base, Plus de Asistencia, Plus Extrasalarial, e Incentivo Normal. Habiendo percibido el concepto "Gratificación" hasta el año 2014 en las siguientes nóminas:*

*- Marzo 2010: 4000,00 euros (doc. al folio 96).*

*- Marzo de 2011: 4200,00 euros (doc. al folio 110).*

*- Abril 2012: 3700,00 euros (doc. al folio 125).*

*- Septiembre 2013: 2590,00 euros (doc. al folio 145).*

*- Diciembre de 2014: 2500,00 euros (doc. al folio 162 y 163)*

*No percibiendo desde el año 2015 ningún importe en concepto de "Gratificación".*

*En el año 2020 percibió retribución bruta total por importe de 26.856,92 euros (doc. A los folios 490 a 503, por reproducidos). Y en el año 2021, de enero a septiembre, ambos inclusive, retribución por importe de 19.192,54 euros brutos (doc. a los folios 504 a 513, por reproducidos); habiendo percibido en concepto de incentivo normal de marzo de 2021 a septiembre de 2021 los siguientes importes:*

*Marzo 2021: 391,06 euros.*

*Abril 2021: 391,06 euros.*

*Mayo 2021: 314,78 euros.*

*Junio 2021: 353,14 euros.*

*Extra julio: 4,64 euros.*

*Julio 2021: 123,84 euros.*

*Agosto 2021: 219,88 euros.*



Septiembre 2021: 353,14 euros.

SEXTO.- Obra en autos contrato de trabajo temporal, eventual por circunstancias de la producción suscrito con don Alonso el 13 de julio de 2015, para la prestación de servicios como Técnico de Estudios, incluido en el grupo profesional de Técnico Titulado, pactando una retribución total anual de 40.000,00 euros brutos (doc. al folio 550 de las actuaciones).

Obra en autos Acuerdo de 13 de julio de 2015, indicando como funciones a desarrollar:

"todas aquellas inherentes a la mencionada titulación, en todas las facetas a desarrollar en su actividad profesional entre las que se incluyen los estudios, redacción, confección y firma, en su caso, de los proyectos necesarios para las obras que AZVI SA, licite o ejecute bien directamente bien por medio de subcontrata, tanto si la forma de adjudicación es publica como si es privada, así como la dirección o cualquier tipo de jefatura de producción de obras" (doc. al folio 553 vuelto).

Al suscribir el contrato se le entregó documentación en materia de prevención de riesgos, incluyendo Riesgos generales obras de carreteras, Riesgos generales obras civiles y Riesgos generales obras ferroviarias (doc. al folio 556 a 558).

Obran en autos nóminas de dicho trabajador de 2020 y 2021 (hasta septiembre de 2021), a los folios 559 y siguientes que se dan por reproducidos. En el año 2020 percibió retribución bruta total por importe de 47.999,50 euros (doc. a los folios 559 a 572). Y en el año 2021, de enero a septiembre, ambos inclusive, retribución por importe de 32.298,51 euros brutos (doc. A los folios 573 a 582, por reproducidos); habiendo percibido en concepto de incentivo normal de marzo de 2021 a septiembre de 2021 los siguientes importes:

Marzo 2021: 1376,96 euros.

Abril 2021: 1527,35 euros.

Mayo 2021: 1484,84 euros.

Junio 2021: 1484,84 euros.

Extra julio: 982,30 euros.

Julio 2021: 861,24 euros.

Agosto 2021: 1033,83 euros.

Septiembre 2021: 1156,62 euros.

Habiendo percibido el concepto "Gratificación", en nómina de septiembre de 2020 por importe de 3000,00 euros (al folio 568).

SÉPTIMO.- Obra en autos contrato de trabajo indefinido a tiempo completo suscrito con doña Encarna el 3 de febrero de 2021, para la prestación de servicios como Técnico de Estudios, incluida en el grupo profesional de Técnico Titulado Superior, pactando una retribución total anual de 60.000,00 euros brutos (doc. al folio 516 de las actuaciones).

Al suscribir el contrato se le entregó documentación en materia de prevención de riesgos, incluyendo Riesgos generales obras de carreteras, Riesgos generales obras civiles y Riesgos generales obras ferroviarias, Riesgos Generales obras de edificación, Riesgos generales oficinas, riesgos generales mantenimiento máquinas talleres, Riesgos generales transporte ferroviario mercancías (doc. al folio 521 a 525).

Obran en autos nóminas de dicha trabajadora de febrero a septiembre de 2021, recogiendo una retribución bruta mensual de 4285,50 euros sin prorrata de pagas extraordinarias, más una paga extraordinaria de julio de 2021 por importe de 3477,23 euros.

Desglosada en los conceptos de salario base, plus de asistencia, plus extrasalarial e incentivo normal, habiendo percibido en concepto de incentivo normal los siguientes importes:

Marzo 2021: 2310,65 euros.

Abril 2021: 2310,65 euros.

Mayo 2021: 2261,55 euros.

Junio 2021: 2261,55 euros.

Extra julio: 1378,49 euros.

Julio 2021: 1671,77 euros.



Agosto 2021: 1190,57 euros.

Septiembre 2021: 2261,55 euros.

OCTAVO.- La "Gratificación" se abona a algunos trabajadores/as, como consideración excepcional de la empresa, con carácter puntual, abonándose en casos extraordinarios y excepcionales valorando el superior directo del trabajador el desempeño del trabajador durante el ejercicio, y elevando la propuesta al Departamento de Recursos Humanos. No contando la empresa con Política de objetivos o retribución variable con objetivos definidos.

Bajo el concepto "incentivo normal" se recoge la diferencia entre la retribución prevista en el Convenio colectivo, y la pactada con cada trabajador.

La entidad demandada ofreció una oferta corporativa de seguro de vida, asumiendo el coste el trabajador/a, descontándolo en nómina.

(Testifical de don David y don Dimas).

NOVENO.- Obra en autos Curriculum vitae de don Alonso (al folio 374 y 553), de doña Encarna (al folio 548), y de la demandante (al folio 377 y 514), que se dan íntegramente por reproducidos.

La demandante cuenta con el Título Universitario de Ingeniera de Caminos, Canales y Puertos, expedido en octubre de 2005 (al folio 304). Ha realizado Curso de formación de Técnico Superior de Prevención de Riesgos Laborales, especialidad de Seguridad en el Trabajo (al folio 383).

En el Curriculum de don Alonso se indica como formación académica, Arquitectura Técnica por la UPM 1988-1995, Cursando Ingeniería Técnica de Obras Públicas UPM 2010, Máster de postgrado: Executive Master in Project Management Universidad de Valencia 2014. Indicando una antigüedad en la profesión de enero de 1993. Contando con el Máster de Dirección y Administración de Proyectos (Executive Master in Project Management) 13º edición, en 2017 (al folio 585).

En el Curriculum de doña Encarna se indica la titulación de Ingeniera de Caminos, Canales y Puertos, Hidráulica y Energética. Indicando una antigüedad en la profesión desde julio de 1998.

DÉCIMO.- Por correo electrónico de 24 de febrero de 2021 la demandante solicitó revisión de contrato, haciendo referencia a la entrada en vigor del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva ente hombres y mujeres, y al "principio de transparencia retributiva y obligación de igual retribución por trabajo de igual valor", indicando que en doce años no había tenido ningún tipo de subida salarial (doc. al folio 363).

Por escrito de 28 de abril de 2021 la demandante solicitó a la demandada la aportación de datos relativos a las diferencias porcentuales que existiese en las retribuciones entre hombres y mujeres, obrando en autos al folio 364 y 465 que se da íntegramente por reproducido. Asimismo remitió escrito a la Representación Legal de los Trabajadores, que obra al folio 369 y 466 dándose por reproducido. No contando AZVI SAU representantes legales de los trabajadores (doc. al folio 468).

DECIMOPRIMERO.- Por escrito de 11 de mayo de 2021 AZVI SA se dirigió a la demandante, indicando que dicha entidad no cuenta con representantes legales, y añadiendo "las diferencias porcentuales en la retribuciones promediadas de hombres y mujeres relativas al puesto de Técnico de Estudios que Ud. viene ocupando, ascienden a:

- Salario base: 22%.
- Complementos salariales: 40%.
- Percepciones extrasalariales: 3%.
- Salario total: 35%".

Obra en autos a los folios 372 y 373 dándose íntegramente por reproducido.

DECIMOSEGUNDO.- La relación laboral se desarrolla en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo del sector de la Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid (BOCM 2021).

Dicho Convenio establece en las condiciones económicas los conceptos de salario base (art. 27), pluses salariales (plus de actividad y asistencia) (art. 28), plus extrasalarial (art. 29), complemento personal libre (art. 30), complemento por discapacidad (art. 31) y gratificaciones extraordinarias -dos gratificaciones extraordinarias al año a abonar en junio y diciembre- (art. 32).

En la Tabla de retribuciones mensuales año 2021, se recogen los siguientes importes (doc. al folio 299):

Nivel II: Personal Titulado Superior



- Salario base: 1364,10 euros.
- Plus Actividad: 476,74 euros.
- Plus Extrasalarial: 182,55 euros.

Total mes: 2023,39 euros.

- Junio y Navidad: 2625,26 euros.
- Vacaciones: 2625,26 euros.

Total anual: 30.133,07 euros.

Nivel III: Personal Titulado Medio- Salario base: 1112,68 euros.

- Plus Actividad: 444,22 euros.
- Plus Extrasalarial: 182,33 euros.

Total mes: 1739,45 euros.

- Junio y Navidad: 2279,92 euros.
- Vacaciones: 2279,92 euros.

Total anual: 25.973,71 euros.

Para el año 2020, el Convenio colectivo (BOCM 28 de marzo de 2020), establecía las siguientes retribuciones mensuales (doc. al folio 607 vuelto):

Nivel II: Personal Titulado Superior

- Salario base: 1330,83 euros.
- Plus Actividad: 465,11 euros.
- Plus Extrasalarial: 178,10 euros.

Total mes: 1974,04 euros.

- Junio y Navidad: 2561,23 euros.
- Vacaciones: 2561,23 euros.

Total anual: 29.398,13 euros.

Nivel III: Personal Titulado Medio

- Salario base: 1085,54 euros.
- Plus Actividad: 433,39 euros.
- Plus Extrasalarial: 178,10 euros.

Total mes: 1697,03 euros.

- Junio y Navidad: 2224,31 euros.
- Vacaciones: 2224,31 euros.

Total anual: 25.340,26 euros.

DECIMOTERCERO.- La entidad demandada cuenta con Plan de Igualdad, de 6 de marzo de 2020, obrante a los folios 315 y siguientes que se da por reproducido, recogiendo entre las Líneas de actuación las medidas concretas a implementar, identificando los objetivos, y desglosando en materia de a) Proceso de selección, b) Contratación, c) Clasificación profesional, d) Formación, e) Promoción profesional, f) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; g) Ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, h) Retribuciones, i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

En cuanto a las retribuciones se indica: "Suponen medidas para garantizar la aplicación de criterios de equidad interna y externa en el establecimiento de las políticas retributivas con el objetivo de disminuir la segregación horizontal y vertical en el mercado de trabajo, así como eliminar cualquier discriminación por razón de género en la aplicación de las mismas.

- Aplicación en GRUPO AZVI del principio de "igual retribución por trabajos de igual valor".



- Regular una estructura retributiva clara y transparente, a fin de facilitar su control antidiscriminatorio, incluyendo la definición y condiciones de los pluses y complementos salariales y anulando cualquier especificación en su aplicación que implique una diferencia basada en el tipo de contrato, la categoría profesional o la antigüedad en la empresa.

- En todo lo relativo a los complementos salariales que estén condicionados a la productividad, a la presencia en el trabajo y al absentismo, incluir una cláusula por la que se establezca que los días de permiso de paternidad, maternidad, acumulación de lactancia, suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia al igual que las faltas de las trabajadoras víctimas de violencia de género no se considerarán absentismo y/o contarán como días efectivamente, para que de esta manera no se penalice económicamente estas situaciones.

Recogiendo como "Indicadores de cumplimiento objetivo": "Aproximación a los salarios medios desagregados por género a partir de una escala de porcentajes distribuida por tramos de edad y categoría profesional" (al folio 327).

Asimismo obra en autos Plan de Igualdad de febrero de 2008, al folio 636 y siguientes que se da por reproducido.

DECIMOCUARTO.- Obra en autos Registro retributivo bruto anual por puesto de la entidad AZVI SAU, a los folios 667 y siguientes que se da por reproducido.

DÉCIMOQUINTO.- Obra en autos Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 24 de noviembre de 2021, a los folios 49 a 52, que se da por reproducido".

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA Aurora contra la entidad AZVI SA, sobre vulneración de derechos fundamentales y, en consecuencia,

DECLARO la vulneración de su derecho a no sufrir discriminación salarial por razón de sexo, declarando la nulidad de tal comportamiento empresarial por discriminatorio y contrario al principio de igualdad; condenando a la empresa demandada a reconocer el derecho de la demandante a percibir un salario anual en la misma cuantía que su compañero de trabajo varón. Condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, así como a abonar a la actora la indemnización de 13.000 euros por el concepto de los daños morales sufridos por tal comportamiento empresarial".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por AZVI SA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 02/11/2022 para los actos de votación y fallo.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Disconforme la demandada con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación, solicitando en primer lugar la nulidad de actuaciones al amparo del apartado a) del artículo 193 de la LRJS y pidiendo a continuación la revisión de la declaración fáctica y el examen del derecho aplicado, por los cauces respectivos de los apartados b) y c) de dicho artículo.

Al recurso se opone la demandante en su escrito de impugnación por las razones alegadas al efecto.

Ahora bien, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar lo siguiente:

1) El recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria y a diferencia del recurso ordinario de apelación (en el que el Tribunal "ad quem" puede revisar "ex novo" los elementos fácticos y consideraciones jurídicas de la sentencia recurrida), dicho recurso -a modo de pequeña casación- no faculta al Tribunal sino para analizar los concretos motivos del recurso, que han de ser canalizados por la vía de los párrafos a), b) ó c) del art. 193 de la LRJS, según se articule una denuncia de normativa procesal generadora de indefensión y que produce la consecuencia prevista en los números 1 y 2 del art. 202 LRJS, se denuncien yerros fácticos evidentes y trascendentes al fallo y/o, finalmente, se invoquen infracciones de normativa sustantiva o material, conllevando en tal caso, a diferencia del primero, las consecuencias contempladas en el número 3 del propio artículo 202 LRJS.



2) Así, dada esa extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación, asentada en constante jurisprudencia, aunque pudieran existir otras infracciones no denunciadas no pueden éstas ser consideradas por el Tribunal "ad quem", salvo en aquellos supuestos que, por su propia naturaleza, trascendieran al orden público procesal, dado el carácter de derecho necesario ("ius cogens") que conlleva su aplicabilidad incluso de oficio.

3) Toda petición de nulidad de actuaciones debe ampararse en el artículo 193 a) de la L.R.J.S., bien entendido que la infracción de una norma procesal no es incardinable en el motivo contemplado en apartado c) de dicho artículo (SS del Tribunal Supremo de 2-7-1984 y 16-6-1986, dictadas en aplicación del art. 191 LPL, cuya doctrina resulta enteramente de aplicación tras la entrada en vigor de la L.R.J.S.) y, a tal efecto, ha de tenerse en cuenta, conforme a lo expuesto, que sólo cabe invocar infracciones procesales que hayan generado indefensión para quien interpone el recurso, exigiéndose que hayan sido objeto de protesta formal, salvo que se prediquen de la sentencia, en el momento en el que se producen, y su ubicación en la formalización debe ser efectuada en primer lugar, debiendo resolverse lo que proceda en relación con dicha alegación también en primer término en todo caso.

Con todo, resulta preciso que se haya producido una indefensión de carácter material y no meramente formal, pues en caso contrario no cabe declarar la nulidad de actuaciones, que es el efecto propio de la apreciación del motivo que se formula al amparo del apartado a) del artículo 193 LRJS, a diferencia de lo que ocurre con el formulado al amparo de su apartado c), que busca simplemente la revocación de la sentencia de instancia.

Y es que, según reiterada jurisprudencia, la nulidad de actuaciones procesales se configura como un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmovición procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad o economía procesal, que constituye una de las metas a cubrir por la Administración de Justicia como servicio público que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hacen a los órganos judiciales, por lo que su estimación queda sometida al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos y la indefensión constitucionalmente prohibida es la material, no la formal, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que la ley no ampara a quien con su negligencia o pasividad contribuye a su indefensión, que será por tanto formal pero no material (SSTC 41/89, 145/90, 181/94 y 137/96, entre otras).

4) Asimismo, en relación con la incongruencia alegada, se ha de significar que, según reiterada doctrina jurisprudencial, "una sentencia es congruente cuando adecúa sus pronunciamientos a las peticiones de las partes y a la causa o razón de tales peticiones, llamada comúnmente fundamento histórico -que no jurídico- de la acción que se ejercita" (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1.994) y, en sentido parejo, la doctrina constitucional, de la que cabe resaltar la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1.993, de 1 de marzo, ha establecido que "La congruencia delimita el ámbito del enjuiciamiento en función de "las demandas y demás pretensiones", en el lenguaje de la época -1.891-, mientras que en otros órdenes procesales como el contencioso- administrativo se habla de las "pretensiones de las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición", expresión equivalente aun cuando utilice otra terminología. En definitiva, la congruencia consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al Juez, incluida la razón de ser de esa petición. El vicio de incongruencia, como reverso de lo anterior, no es sino el desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, y en ocasiones especiales, no siempre ni necesariamente, puede llegar a menoscabar el principio procesal de contradicción, creando eventualmente situaciones de indefensión, proscritas en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Ahora bien, tal acaecimiento se produce excepcionalmente cuando el desenfoque entre las peticiones y la decisión es tal que da como resultado una modificación sustancial del planteamiento originario del debate, pronunciándose un fallo extraño a las recíprocas pretensiones de las partes (sentencias TC 14/1984, 191/1987, 144/1.991 y 88/1.992)".

En consecuencia, la incongruencia existe cuando se otorga en el fallo de la sentencia algo distinto a lo pedido por las partes, teniendo lugar si se concede más de lo pedido ("ultra petita") o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita"), y asimismo si se dejan incontestadas y sin resolver algunas pretensiones sostenidas por los litigantes ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente ser interpretado como desestimación tácita (S<sup>a</sup> T.S. de 12-4-2000) [RJ. 2000, 2150-Sala 1<sup>a</sup>]. Pero igualmente se extiende al caso de la llamada incongruencia interna cuando se contradicen fundamentos de derecho y fallo o también, como caso insólito, se contradicen pronunciamientos del propio fallo (S<sup>a</sup> T.S. de 23-2-2000-RJ 2000, 1242-Sala 1<sup>a</sup>).

A su vez, en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece, con carácter general, que "las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho", precisándose que "la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados





individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón"; reiterándose esa exigencia de motivación de las sentencias además en el artículo 97.2 LRJS, que ha sustituido al artículo 97.2 LPL, en que también se recogía la misma.

Además, tal como exige al artículo 209.3 de la L.O.P.J., en la sentencia se han de recoger las razones y fundamentos legales del fallo, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso, debiéndose exponer en el fallo cuantos pronunciamientos sean necesarios para decidir todas las pretensiones que se hayan formulado por las partes, al ser la congruencia, junto con la precisión y la claridad, las características internas y esenciales que les impone la ley ( art. 218 LEC), bien entendido que para que la incongruencia tenga relevancia constitucional es preciso que la misma produzca una indefensión material ( SS. T.C. 31/1994, 191/1995, 60/1996 y 220/1997).

A tal efecto, y ya en el plano superior de legalidad constitucional, tiene declarado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, entre las que cabe citar a título de ejemplo las 159/92, 55/93 y 77/93, que "la motivación de las sentencias como exigencia constitucional ( art. 120.3 CE), que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho a una efectiva tutela judicial, ofrece una doble función. Por una parte da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan. Actúa, en definitiva, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad", siendo también doctrina reiterada de dicho Tribunal que "la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24.1 C.E., comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía máxima -dada la esencia de la función jurisdiccional- frente a la arbitrariedad e irracionalidad en la actuación de los poderes públicos. Por ello, ésta es una exigencia que se conecta no sólo con el citado art. 24 C.E., sino también con la primacía de la ley ( art. 117.1 C.E.) como factor determinante del legítimo ejercicio de la propia función jurisdiccional" ( S.T.C. 55/87 y 22/94).

Por ello, de no hacerlo así, conforme a lo que se desprende del propio artículo antecitado en la reiterada interpretación que la jurisprudencia da al mismo, se habrá de declarar la nulidad de actuaciones, anulando la sentencia recurrida.

5) En el supuesto ahora enjuiciado la recurrente afirma en el motivo Primero que se han vulnerado los artículos 97.2 y 108.1 de la LRJS y 218.1 de la LEC, en relación con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española, y afirma que la sentencia incurre en incongruencia interna, al no existir la debida correlación entre los hechos declarados probados, la fundamentación jurídica y el fallo, aduciendo al efecto que los compañeros de la actora tenían un mayor número de años de experiencia profesional y una dilatada carrera profesional fuera de AZVI y a pesar de ello la Magistrada considera que la empresa no ha acreditado la existencia de una causa objetiva y razonable que justifique la diferencia salarial; añadiendo la recurrente que además dichos compañeros asumían funciones adicionales que no desempeñaba la actora, por lo que solicita en primer término que la sentencia sea anulada.

Sin embargo, lo cierto es que no cabe apreciar infracción procesal alguna que haya podido ocasionar una indefensión material a la recurrente, en tanto en cuanto no existe la incongruencia denunciada ni falta de motivación en la sentencia, al darse en ella cumplida razón del por qué se aprecia la discriminación alegada por la demandante, careciendo de toda relevancia a tales efectos que los compañeros de la actora tuvieran una mayor experiencia profesional y una dilatada carrera fuera de la empresa o que asumieran funciones adicionales, como veremos.

Por lo que, con arreglo a lo indicado, ha de decaer este primer motivo del recurso. Y la misma suerte debe correr el motivo Segundo (en que la demandada, partiendo de la supuesta incongruencia interna denunciada en el primer motivo, solicita que se acoja aquel motivo en los términos indicados), en tanto en cuanto, con arreglo a lo expuesto, no existiría causa alguna de nulidad de la sentencia que permita, apreciando la infracción procesal denunciada, (totalmente inexistente conforme se ha señalado), actuar conforme determina al artículo 202 LRJS.

**SEGUNDO.-** A continuación la recurrente desarrolla el motivo Tercero al amparo del artículo 193 b) de la LRJS.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones efectuadas, se ha de significar que, según tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencias de 28 de septiembre de 2004, recurso de suplicación 878/2004 y de 26 de junio de 2007, recurso de suplicación 1225/05 y esta misma Sala del T.S.J. de Madrid en la de 13-5-2009 (Rec. 1472/09), entre otras, con doctrina enteramente aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS, se vienen considerando como requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica:

- 1.-Imposibilidad de aducir cuestiones fácticas nuevas no discutidas en el procedimiento.
- 2.-Precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar.



3.-Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales o periciales que sirvan de sustento a su pretensión, no siendo viables las interpretaciones distintas de las mismas pruebas ya valoradas por el Juez "a quo".

4.-No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.

5.-El error del Juzgador debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.

6.-Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo que se pretende vaya a sustituir al llamado a ser suprimido.

7.-Por último, es necesario que la revisión propuesta, ya sea a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate.

Pues bien, en el supuesto de autos la representación de la recurrente interesa, en este motivo la revisión del Hecho Probado Décimo, en los términos que propone. Sin embargo, lo cierto es que la modificación pedida resulta totalmente intrascendente al fallo, careciendo en todo caso de la relevancia que pretende dársele por la recurrente en tanto en cuanto lo que realmente interesa a los efectos que nos ocupan es que la demandante se refirió expresamente en el correo electrónico a la obligación de igual retribución por trabajo de igual valor, así como a la normativa de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, según se recoge en el propio hecho impugnado.

**TERCERO.-** Al examen del derecho aplicado dedica la recurrente los siguientes motivos, en que, al amparo del artículo 193 c) LRJS, denuncia en primer lugar la infracción del artículo 181.2 de la LRJS y la jurisprudencia que cita (motivo Cuarto) y a continuación, en el motivo Quinto, la infracción de lo dispuesto en los artículos 4.2 c), 17 y 28.1 del estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 14 y 35.1 de la Constitución Española y la jurisprudencia; mientras que en el motivo Sexto denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 183 de la LRJS y la jurisprudencia a que hace referencia.

Así las cosas, se ha de significar que para la resolución de estos motivos deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Para que pueda estimarse la demanda ha de quedar acreditado el hecho constitutivo de la acción que ejercita el demandante, recayendo sobre éste la carga de la prueba de dicho hecho, según declararon, aplicando la norma del art. 1214 del Código Civil, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1980, 21 de diciembre de 1981, 15 de abril de 1982 y 31 de octubre de 1983, entre otras, habiendo sido esta norma recogida en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dicha norma rige, por lo demás, también en los procesos sobre tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que la vigente LRJS regula en sus arts. 177 y siguientes, y así, debiendo probar la actora los hechos en que basa su demanda, sólo después de que haya conseguido aportar al proceso indicios racionales de la realidad de dichos hechos, vendrá obligado el empresario demandado a "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad" ( art. 181.2 de la LRJS).

En definitiva, como ha puesto asimismo de relieve el Tribunal Constitucional, "el demandante es el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando se alega la existencia de una discriminación" ( Sª T.C. de 21 de marzo de 1986), y es por ello que sólo ante la sospecha vehemente o la evidencia de verosimilitud de que la lesión se ha producido ( Sª T.C 114/1989, de 22 de junio), corresponderá al empresario demandado esa justificación de las medidas adoptadas a que hace referencia el mencionado art. 181.2 de la LRJS.

2ª) Por lo demás, el objeto de este proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública de que se trate, sin que quepa la acumulación de acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de los mismos ( art. 178 LRJS), por lo que ha de quedar fuera del proceso especial regulado en los arts. 177 y siguientes de la Ley cualquier extremo ajeno a verificar si hubo o no lesión del derecho fundamental, lo que impide que por tal cauce procesal puedan ventilarse cuestiones de legalidad ordinaria que no tengan su base en acción contraria a la libertad o al derecho de que se trate, de forma que las acciones distintas a dicha verificación quedarían remitidas en su discusión y examen a la correspondiente modalidad procesal propia del derecho lesionado. Debe tenerse en cuenta a tales efectos, y dado que presupuesto especial de este proceso sería la conducta contraria a esos derechos o libertades, subyacente a la mención a la lesión de los mismos, que, según resulta de la redacción del precepto contenido en el artículo 177 LRJS, se requiere que exista lesión en sentido estricto, lo que tendrá lugar cuando



el sujeto afectado haya sufrido una conducta lesiva de dichos derechos, ya sea por acción o por mera omisión, debiendo analizarse y valorarse todos los elementos que concurren en el caso concreto.

3ª) Asimismo, y en lo referente a la discriminación apreciada en la sentencia, hemos de señalar que el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 23-09-1993, AS 7032) exige distinguir: La primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos. La segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado.

Esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 (AS 34), la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación.

Ello es así porque, según la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en el 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 o por el Estatuto de los Trabajadores.

Se diferencia claramente, de este modo, el ámbito del principio de igualdad y el de la prohibición discriminatoria, vinculándose el primero a la Ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 161/1991), mientras que el segundo extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas relaciones privadas.

Y así, por esa razón, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional ( sentencias del Tribunal Constitucional 52/1987, 136/1987 y 177/1993) como el Tribunal Supremo (sentencias de 13 de mayo de 1991, AS 3909, 22 de mayo de 1991, AS 6826, 27 de noviembre de 1991, AS 8240, 14 de octubre de 1993, AS 8051, y 7 de julio de 1995, AS 5483) consideran que es contrario al principio de igualdad el trato diferente no justificado establecido por un convenio colectivo para una parte de los trabajadores, y es que dicho principio encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales ( Sª T.C. de 10 de Julio de 1981). Si bien ello no quiere decir que el principio de igualdad implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de forma que la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable ( SS. T.S. de 2 de Julio de 1981 y 22 de Noviembre de 1982), pero no puede apreciarse discriminación cuando no se trata de situaciones iguales, bien entendido que no cabe considerar que existe una desigualdad de trato no razonable cuando no es factible entablar la comparación exigible a fin de apreciar la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad sin discriminaciones injustificadas o arbitrarias ( Sª T.C. 131/89, entre otras muchas).

Pues bien, en el supuesto ahora analizado la demandante, que viene prestando servicios para la entidad demandada desde el año 2009, no solo no ha tenido ninguna actualización o revisión salarial, sino que además percibe una retribución considerablemente inferior a la percibida por su compañero de trabajo varón, y asimismo inicialmente percibía gratificación anual, constando la gratificación percibida hasta el año 2014, y la dejó de percibir en el año 2015, coincidiendo dicha circunstancia con la situación de reducción de jornada por guarda legal, en la que se encuentra la demandante desde el 20 de noviembre de 2015, y con el año de contratación del Sr. Alonso . Y aun cuando la demandada afirma que no existe vinculación entre la reducción de jornada por guarda legal y el hecho de que dejara de percibir la gratificación extraordinaria, la coincidencia temporal constituye un claro indicio en relación a la posible conexión entre la finalización del abono del complemento extraordinario y la reducción de jornada.

Así, según señala la sentencia, a cuyos argumentos nos remitimos, D. Alonso , compañero de trabajo de la demandante, percibe retribución mensual superior a la de la demandada y asimismo ha venido percibido gratificación extraordinaria y, a pesar de que la demandada indica que las funciones y tareas que realizan ambos trabajadores no son las mismas, lo cierto es que en este estado de cosas, una vez establecido el indicio de vulneración de derechos fundamentales, procedía valorar la prueba practicada a fin de determinar si se acredita por parte de la demandada una justificación objetiva y razonable sobre la diferencia retributiva, y resolver si nos encontramos ante trabajos de igual valor o equivalentes.

Pues bien, aquí hemos de señalar que, como se recoge en el Informe de la Inspección de Trabajo, ambos trabajadores prestan servicios en el Departamento de Estudios, en las oficinas sitas en la calle Santiago de Compostela núm. 94 de Madrid, siendo el objetivo de esta Unidad o Departamento el estudio de las bases de



licitación publicadas por las Administraciones que ofertan la realización de obras, con objeto de poder preparar y presentar las ofertas sobre las mismas, con atención más específica respecto de las obras que se domicilian en la Comunidad de Madrid, y se acredita asimismo que el Responsable de la Unidad es D. Adriano , quien efectúa el reparto de la carga de trabajo entre los Técnicos de Estudios que se encuentran en la unidad, que son:

- La demandante, incluida en el grupo profesional de Técnico Titulado Superior, con antigüedad en la empresa de 23 de febrero de 2009.
- D. Alonso , con categoría profesional de Técnico Grado Medio, en virtud de contrato suscrito el 13 de julio de 2015.
- Dña. Encarna , incluida en el grupo profesional de Técnico Titulado Superior, con contrato suscrito el 3 de febrero de 2021, habiendo sido contratada para realizar una dedicación especial respecto de las obras de carácter ferroviario.

Y, según recoge la sentencia a la vista de las testificales practicadas y del Certificado de funciones, se pone de manifiesto que la demandante y los demás Técnicos de Estudios de la oficina de Madrid llevan a cabo las siguientes funciones y tareas comunes: realización de estudios técnicos, jurídicos y económicos, para elaboración de ofertas nacionales con organismos públicos y privados; preparación de documentaciones técnicas para elaboración de ofertas nacionales, coordinación de ingenierías externas para elaboración de ofertas nacionales; y preparación de solvencias técnicas, listados de personal y maquinaria. Indicando el Sr. Adriano en el acto de la vista que la demandante y D. Alonso llevan las mismas obras, en cuanto a número y cuantía económica, si bien el Sr. Alonso realiza asimismo otras funciones que no están encomendadas a la demandante, que aparecen recogidas en el Hecho Probado Cuarto.

Pero, aun constanding que realiza dichas funciones y tareas adicionales en relación a la demandante, no se ha practicado prueba tendente a acreditar el porcentaje de jornada que destina a dichas tareas o funciones, o qué porcentaje representa sobre el total del trabajo a efectos de poder establecer un parámetro de comparación adecuado con el trabajo desarrollado por la demandante, ponderando al efecto que ésta se encuentra además en reducción de jornada por guarda legal desde el año 2015. Y, más allá del dato de la elaboración de tres ofertas internacionales, no consta el tiempo de trabajo que supone desarrollar las mismas, ni los concretos trabajos realizados, que no han sido especificados, ni siquiera en un periodo temporal breve que pudiera haberse acotado, a efectos de poder valorar el trabajo que suponen dichas tareas adicionales.

De suerte que lo que aparece acreditado es que la demandante cuenta con reducción de jornada por guarda legal, que lleva las mismas obras en cuanto a número y cuantía económica que el Sr. Alonso y que éste realiza dichas funciones adicionales, sin que pueda descartarse que se trate de trabajo equivalente o de igual valor, y en lo que respecta al *curriculum* de una y otro, la demandante cuenta con Título Universitario de Ingeniera de Caminos, Canales y Puertos, y tiene en la empresa la categoría de Técnico Titulado Superior, mientras que el Sr. Alonso ostenta la categoría profesional de Técnico Grado Medio, no obstante lo cual, además de la gratificación extraordinaria, percibe también una mayor retribución que la demandante pese a que ésta tiene más antigüedad, sin que la distinta trayectoria profesional de uno y otra puedan tener la relevancia pretendida a los efectos que nos ocupan, máxime si se tiene en cuenta que nos encontramos ante una trabajadora con 12 años de carrera profesional en la empresa y que no consta que hasta la fecha se haya puesto en duda su capacitación profesional en las funciones encomendadas desde el año 2009.

A lo anterior se añade que si bien es cierto que se acredita que Dña. Encarna también percibe mayor retribución, ya se indica en el Informe de la Inspección de Trabajo que tiene asignadas funciones y tareas concretas relacionadas con licitaciones ferroviarias, contando por tanto con un campo propio de actuación, que se detalla en el Hecho Probado Cuarto de la sentencia. Pero en todo caso el hecho de que perciba mayor retribución que el Sr. Alonso no desvirtuaría una posible discriminación retributiva en relación a la demandante y su compañero de trabajo, debiendo subyacerse aquí que tanto la actora como el Sr. Alonso suscribieron Acuerdo junto al contrato de trabajo sobre las funciones a desarrollar, siendo el mismo para ambos.

Por todo lo expuesto, constanding ese indicio de discriminación retributiva y no habiendo acreditado la empresa una justificación objetiva y razonable para dicha diferencia, no puede sino entenderse que nos encontramos en presencia de uno de los factores contemplados en los artículos 14 de la Constitución Española y 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, de discriminación salarial respecto de su compañero de trabajo, que aun con encuadre en distinto grupo profesional, ostenta el mismo puesto de trabajo sin reducción de jornada, percibiendo una retribución sensiblemente superior aparte de la gratificación extraordinaria, que dejó de percibir la demandante en el año 2015 cuando se contrató al Sr. Alonso y la demandante comenzó la reducción de jornada por guarda legal, constanding aquí una retribución superior sostenida en el tiempo y sin actualización salarial en relación a la demandante, conforme a lo indicado.



Debiendo insistirse en que no consta causa objetiva y razonable, suficientemente acreditada, de dicha desigualdad de trato, lo que supone una infracción del contenido del artículo 14 de la Constitución, siendo así que en el caso que nos ocupa constan las alegaciones subjetivas de los testigos sobre la mayor capacitación profesional del Sr. Alonso, pero no datos concretos en cuanto al trabajo realizado por éste y el desempeñado por la demandante con suficiente detalle, a efectos de poder acreditar la justificación de esa diferencia retributiva entre uno y otra, conforme a lo indicado.

Y en consecuencia se habrían de rechazar los motivos Cuarto y Quinto del recurso al no haberse destruido en modo alguno el indicio de referencia, sino que antes al contrario, pese a esa desigualdad retributiva, no aparece razón objetiva alguna que pueda justificar que la demandante perciba un salario inferior a sus compañeros.

4ª) Asimismo, apreciándose vulneración de derechos fundamentales, se habría de acordar indemnización por daños y perjuicios ex artículo 183 de la LRJS, pudiendo adelantarse ya que, con arreglo a lo expuesto, ha de rechazarse también el motivo Sexto del recurso de la demandada, en el que solicita que se deje sin efecto o en su caso se minore la indemnización adicional de daños y perjuicios reconocida a la demandante.

Y al respecto hemos de señalar que el artículo 183 de la LRJS establece literalmente:

*"1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra 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.*

*2. El tribunal se pronunciará 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 ésta, 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.*

*3. Esta 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".*

De modo que dicha indemnización ha de abarcar tanto los daños patrimoniales como los daños morales y su cuantificación deberá satisfacer, conjuntamente con las demás posibles condenas en cada caso, el criterio de la plena reparación del derecho fundamental vulnerado.

Así, respecto a la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, la jurisprudencia ( STS 25-1-2018/r. 30-2017) indica:

*"[...] A) Como hemos advertido más de una vez, ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable. Recordemos sus hitos cronológicos.*

Primera posición: Con arreglo a una primera interpretación, se asume la concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume. En SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92 -; y 08/05/95 -rco 1319/94 - otras viene a decirse que la sentencia que aprecie lesión del derecho a la libertad sindical ha de condenar a la indemnización de los daños morales, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume.

Segunda posición: Otras veces se asume la exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena. En resoluciones como las SSTS 22/07/96 -rco 7880/95 -; ... 11/06/12 -rcud 3336/1 -; y 15/04/13- rcud 1114/12 - el demandante debe aportar al juez indicios o elementos suficientes que sustenten su concreta petición indemnizatoria; acreditada la violación del derecho, no es automática la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios sino que precisa de la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo.

Tercera posición: Se atiende al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 - rec. 804/06 -]. Asimismo se subraya la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ..." y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa



o secuencialmente una traducción económica" [ SSTS/la 27/07/06 y 28/02/08 -rec. 110/0 -] ( SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11 -).

B) Actualmente, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS, se considera que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada.

C) Las SSTS/ 17-diciembre-2013 (rco 109/2012 ), 8-julio-2014 (rco 282/2013 ), 2-febrero-2015 (rco 279/2013 ), 26-abril-2016 -rco 113/2015 o 649/2016 de 12 julio ( rec. 361/2014 ) exponen lo siguiente acerca de la indemnización por daño moral cuando existe vulneración de derecho fundamental ( arts. 179.3 , 182.1.d , 183.1 y 2 LRJS): ...en la LRJS se preceptúa que:

a) "La demanda ... deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador" ( art. 179.3 LRJS ), de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización;

b) "La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: ... d) 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, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 " ( art. 182.1.d LRJS ),...;

c) "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra 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" ( art. 183.1 LRJS ), se reiteran los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental;

d) "El tribunal se pronunciará 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 ésta, 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" ( art. 183.2 LRJS ), deduciéndose que respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS ), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención; y e) Finalmente, la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso social declarativo y de ejecución, al disponerse que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas ..." ( art. 177.3 LRJS ) y que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas ( art. 240.4 LRJS ). [...]"

En orden a la cuantificación reparadora, es principio jurisprudencial dejarlo al prudente arbitrio del órgano judicial de instancia, sin perjuicio de su corrección o supresión cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable ( SSTS 30-4-2014/ r. 213-2013 , 2-2-2015/r. 279-2013 ); al tiempo, admite como criterio orientador las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ( SSTS 15-2-2012/r. 670-2011 , 8-7-2014/r. 282-2013 ), también asumido, como parámetro razonable, por la jurisprudencia constitucional ( STC 247/2006 ).



Y asimismo, en cuanto a dicha cuantificación, recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 junio de 2.003 (RJ 253/204) que "en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que cuantifique las indemnizaciones, la procedente debe ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados, en este caso, del acoso se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social".

Y en este sentido la sentencia de esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 9 de julio de 2008, recurso de suplicación núm. 5444/2007, sentencia núm., 475/2008, declara que:

"Por todo ello, se considera procedente fijar la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios ..., tomando como criterio orientador para su cuantificación la sanción prevista en el artículo 40 de la LISOS para las faltas muy graves en materia de relaciones laborales y empleo".

Y asimismo el Tribunal Supremo ha entendido como parámetro válido el establecido en la LISOS en la Sentencia dictada con fecha de 15 de febrero de 2.012 (RJ 2012/3894):

"Así ocurre con la utilización referencial de la LISOS (RCL 2000, 1804, 2136), sobre cuya utilidad como elemento de delimitación de la pretensión indemnizatoria, fue admitida por la STC 247/2006 (RTC 2006, 247). Tal sucede también en este caso en que la parte recurrente -como ya hiciera en su demanda- cita el indicado texto legal, con una escueta remisión a un criterio al que no sólo ella parece atenerse, sino que fue también utilizado por la empresa en la contestación a la demanda, si bien para oponerse a la cantidad reclamada.

Por ello, sin que con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, estemos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, debemos ceñirnos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental".

Y en el mismo sentido se ha pronunciado más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2.016 (RJ 2016/3258), que literalmente señala:

"Admitiendo además la posibilidad de utilizar como criterio orientador el importe de las sanciones pecuniarias previstas en las LISOS (RCL 2000, 1804 y 2136), que ha sido incluso avalado por la jurisprudencia constitucional, STC 247/2006, de 24 de julio (RTC 2006, 247), siendo considerado válido y adecuado en anteriores sentencias de esta Sala (SSTS 15/02/12 -rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13 - (RJ 2014, 4521) ; y 02/02/15 -rco 279/13), lo que ha supuesto alejarse del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente".

Y aquí hemos de señalar que el artículo 8 del Texto Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, RD 5/2000, de 4 de agosto de 2.000, establece que son infracciones muy graves, entre otras, las siguientes:

"(...)

*12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación."*

Debiendo tenerse en cuenta asimismo que el artículo 39 de la LISOS dispone que las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes y que se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor. Y en el artículo 40 se establece que las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, que quedarán encuadradas en el apartado 2 de este artículo, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán con las multas fijadas en dicho artículo, diferenciándose las leves, las graves y las muy graves, en sus grados mínimo, medio y máximo.



Así, pese a lo manifestado por la demandada, hemos de señalar que en el supuesto de autos la indemnización de daños y perjuicios acordada en la sentencia no carecería en absoluto de fundamento, por lo que debe decaer también dicha petición, debiendo insistirse en que no aparecen para nada razones objetivas que obliguen a dejar sin efecto o revisar el importe fijado por el juzgador de instancia, que viene a considerar que la indemnización ha de cifrarse en 13.000 euros, suma próxima a las diferencias retributivas de dos años completos, ponderando que la demandante solicitó la revisión salarial en febrero de 2021. Y ello es así máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con los criterios jurisprudenciales expuestos resulta razonable fijar la cuantía de los daños a abonar a la demandante en dicha suma, que coincidiría con la cifra media de la cuantía de la multa fijada en el art. 40.1 c) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) para la infracción muy grave en su grado mínimo.

Por todo lo cual, conforme a lo expuesto, procede, con previa desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia de instancia.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación de AZVI SAU contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 22 de los de Madrid de fecha 31/03/2022, dictada en virtud de demanda presentada por DOÑA Aurora en proceso de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a la recurrente a abonar al letrado que ha impugnado su recurso la cantidad de 600 euros en concepto de honorarios.

Dése a los depósitos y consignaciones que se hayan efectuado el destino legal.

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

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

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

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827- 0000-00-0762-22 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S).

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

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000- 00-0762-22.

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

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.





Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ