

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia
3111/2023 de 29 Jun. 2023, Rec. 1072/2023**

Ponente: Yebra-Pimentel Vilar, Pilar

Ponente: Yebra-Pimentel Vilar, Pilar.

LA LEY 185897/2023

ECLI: ES:TSJGAL:2023:5143

Casuismo relevante

DISCRIMINACIÓN SALARIAL. Se reclama el complemento de coordinación por una trabajadora que asumió el papel de coordinadora antes de ser despedida por causas económicas. La empresa solo reconoce el complemento a 31 hombres frente a 16 mujeres en una plantilla que no mantiene dicha proporcionalidad al estar compuesta por 166 hombres y 102 mujeres. Constatado que realizaba tales funciones, además de tener el título superior y la experiencia requerida, tiene derecho al complemento, sin que pueda ser compensado o absorbido por el incentivo que percibe para retención del talento. El despido es improcedente y el abono de una indemnización inferior se califica como error inexcusable.

El TSJ Galicia estima parcialmente el recurso, revoca la sentencia de instancia y declara el despido improcedente ampliando la cuantía indemnizatoria.

A Favor: TRABAJADOR.

En Contra: EMPRESA.

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 03111/2023

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Correo electrónico: Sala3.social.tsxg@xustiza.gal

NIG: 36057 44 4 2022 0003548

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

Secretaría Sra. IGLESIAS FUNGUEIRO

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001072 /2023-CON

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000522 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Gema

ABOGADO/A: JAVIER DE COMINGES CACERES

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: ASOCIACION DE INVESTIGACION METALURGICA DEL NOROESTE (AIMEN)

ABOGADO/A: JORGE PAINCEIRA MACIÑEIRAS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA SRª Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMA SRª Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veintinueve de junio de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001072/2023, formalizado por el/la D/Dª Letrado D. Javier de Cominges Cáceres, en nombre y representación de Gema, contra la sentencia número 448/2022 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de VIGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000522/2022, seguidos a instancia de Gema frente a ASOCIACION DE INVESTIGACION METALURGICA DEL NOROESTE (AIMEN), siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Gema presentó demanda contra ASOCIACION DE INVESTIGACION METALURGICA DEL NOROESTE (AIMEN), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 448/2022, de fecha veinticinco de octubre de dos mil veintidós.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Doña Gema ha prestado servicios para la entidad ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN METALÚRGICA NOROESTE desde 7 de julio de 2003, con la categoría profesional de titulada superior ingeniera industrial, con un salario de 3.739'93 € incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, y diversos complementos salariales, como el de incentivos en la cuantía de 572'58 € mensuales./

SEGUNDO.- La demandante recibió comunicación de extinción de su contrato de trabajo por causas económicas el 10 de junio de 2022 y con efectos de esa fecha. En la carta de despido se especifica la necesidad de una reorganización de ingeniería de soldadura y corrosión, porque este departamento arroja unas pérdidas en 2020 de 43.553 €; en 2021 de 71.458 € y en abril de 2022 de 60.529 €, representando los gastos de personal el 85%. También se alude a la reestructuración de esta unidad, ante la caída de contratación para trabajos de corrosión, de manera que se ha procedido a otros despidos y a la recolocación de varios trabajadores de la unidad./ **TERCERO.-** 1.- La unidad de ingeniería de soldadura y corrosión arrojaba pérdidas acumuladas de 60.529 € en el mes de abril de 2022, que se incrementaron a 81.321 € a 31 de mayo y a 101.129 € a 31 de julio de 2022. 2.- Las pérdidas de esta unidad repercuten en el resultado global de AIMEN, pues las mismas asciende a 161.726 € a 30 de abril de 2022, 182.886 € a 31 de mayo, 161.109 € a 30 de junio y 411.546 € a 31 de julio de 2022. 3.- La empresa procedió a extinguir en la misma fecha otros tres contratos de trabajo por la misma causa, dos hombre y dos mujeres de la misma sección de soldadura y corrosión, y se ha recolocado a cinco trabajadores, cuatro mujeres y un hombre./ **CUARTO.-** 1.- En la unidad de soldadura y corrosión había un coordinador, que percibía el complemento salarial con este nombre. La demandante era la responsable de proyecto o planificación de corrosión. En los documentos internos de la empresa figuraba la demandante como responsable de estos trabajos en corrosión. En un correo electrónico interno para la justificación de las reducciones de jornada en el expediente de regulación temporal de empleo COVID, se justifica la inclusión de la demandante *por desarrollar actividades de coordinación en la unidad de ingeniería (dentro de ISC) aún sin estar reconocido en el organigrama de AIMEN ni tener complementos salariales de ningún tipo por estas labores de responsabilidad*. Reclama la demandante este complemento en la cuantía de 99'06 € al mes. En el acuerdo salarial de la empresa se define este como el complemento a percibir por el personal del nivel IV y V que desempeñe dentro de su categoría profesional puestos que supongan la coordinación de las actividades de 3 o más personas (supervisión, organización etc). 2.- En la plantilla de AIMEN en la actualidad hay 260 trabajadores, 166 hombres y 102 mujeres. De ellos hay 47 personas que cobren el complemento de coordinación, 31 hombre y 16 mujeres. El porcentaje de mujeres ingenieras en nuestro país es del 25%, y en Galicia sólo el 14% están colegiadas. 3.- La empresa cuenta con plan de igualdad y diagnóstico de situación. 4.- Tras el cese de la trabajadora sigue habiendo proyectos de investigación y de trabajos de corrosión./ **QUINTO.-** La entidad demandada es un centro tecnológico inscrito en el Registro de Centros Tecnológicos y Centros de Apoyo a la Innovación Tecnológica con el número 38, sin ánimo de lucro, que se está rigiendo de hecho por el convenio colectivo de oficinas y despachos junto con un "Acuerdo Condiciones laborales extra convenio" firmado entre la empresa y el comité el 16 de junio de 2009, revisado el 26 de marzo de 2012 y vigente en el momento actual, Acuerdo que aquí se tiene por reproducido y en el que, asumiendo la aplicación del citado convenio colectivo, se pactaron condiciones retributivas, de vacaciones, jornada laboral, abono de horas extras, etc. que mejoraban lo regulado por dicho convenio colectivo. En este acuerdo se recogen hasta 17 complementos salariales, pero no el de incentivos./ **SEXTO.-** AIMEN tiene como actividad la investigación en materia de metalurgia, realizan ensayos con máquinas, manipulan piezas utilizando carretillas elevadoras, se desplazan a los astilleros y barcos para realizar pruebas y ensayos en los mismos, pruebas y ensayos sobre los que luego realizan informes y utilizan equipos de protección individual que se integran con casco, gafas de seguridad, calzado y ropa, calzado que incluso deben utilizar en el propio centro de trabajo. Está incardinada en el CNAE 7219 (*otra investigación y desarrollo en ciencias naturales y técnicas*)./ **SÉPTIMO.-** Se interpuso en tiempo y forma papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo./ **OCTAVO.-** La demandante no es representante legal de los trabajadores

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:
Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Doña Gema, **debo absolver y absuelvo** a la ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN METALURGICA NOROESTE (AIMEN) de los

pedimentos formulados en su contra, confirmando la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Gema formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 29 de marzo de 2023.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 29 de junio de 2023 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.- La actora fue despedida por carta de fecha 10 de junio de 2022 por causas objetivas y organizativas, económicas; Y presentada demanda por la actora impugnando el despido solicitando la nulidad junto con la indemnización de daños y perjuicios morales por vulnerar derechos fundamentales que asciende a 7.501euros y subsidiariamente la improcedencia con las consecuencias previstas legalmente.

La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda interpuesta y absolvió a la empresa demandada de los pedimentos formulados en su contra confirmando la extinción del contrato por causas objetivas.

Y frente a la citada sentencia se alza en suplicación la representación letrada de la parte actora, interponiendo recurso en base a tres motivos, correctamente amparados en los apartados a), b) y c) del artículo 193 de la LRJS, pretendiendo en el primero la nulidad del procedimiento por infracción de normas o garantías del procedimiento que han provocado indefensión, en el segundo pretende revisiones fácticas y en el último de los citados denuncia infracciones jurídicas.

Recurso que ha sido impugnado de contrario por la representación letrada de la empresa demandada.

SEGUNDO.- La representación letrada de la parte actora, interpone recurso de suplicación y alegando que se trata de una trabajadora que en una asociación dedicada a la actividad de investigación, desarrollo y ensayos, en el sector de la metalúrgica y que ha venido desarrollando funciones como coordinadora de la unidad de corrosión ha sido despedida por causas objetivas, económicas en el departamento de soldadura y corrosión, y habiendo en la empresa una brecha salarial por razón de sexo, tanto en la plantilla en forma global, como en el puesto de coordinador donde es significativo el desfase existente entre hombres y mujeres, que cobran dicho complemento, y considerando que debe reconocerse como hecho probado la realización de actividades de coordinadora por parte de la actora, teniendo en cuenta el abono del complemento hay una diferencia en el salario regulador que la empresa computa a efectos de indemnización, por despido, que determina que haya sido puesta a disposición de la actora un indemnización menor a la que debería percibir. Y además la diferencia en el abono de la indemnización procede de una brecha salarial que se corresponde con una discriminación por razón de género /sexo constatado en el diagnóstico de situación dentro de la tramitación del plan de igualdad, por lo que la diferencia en cuanto a la indemnización, provoca la improcedencia del despido. Y además la existencia de una unidad de corrosión independiente de la de soldadura demuestra que en cuanto a las causas, motivadoras de la extinción no existe una desglose pormenorizado que demuestre pérdidas en la unidad de corrosión y que justifique el despido por causas económicas; Y además alega que se trata de una empresa en la que se está aplicando el convenio colectivo de oficinas y despachos, con un acuerdo extra estatutario, cuando, por razón del ámbito funcional, no cabe duda que el convenio

de aplicación sería el de industrias de metal de la provincia de Pontevedra, y siendo este el convenio aplicable dicha norma colectiva exige que la carta de despido se entregue a la representación de los trabajadores y este incumplimiento del requisito formal determina la improcedencia del despido. Y articulando el recurso en base a los tres motivos arriba aludidos, solicita que se estime el recurso se revoque la sentencia de instancia y, se declare que el despido es improcedente, debiendo optar la parte empresarial entre indemnizar a la actora computando un salario mensual de 3.838,99 euros una antigüedad de 7/7/03 a la cuantía de 90.873,63 euros, o la readmisión de la trabajadora con el abono de los salarios de tramitación; y subsidiariamente se declare la nulidad de actuaciones devolviendo los autos al juzgado de instancia para que resuelva la cuestión controvertida denunciada en el primer motivo del recurso para que una vez se retire de la fundamentación jurídica se dicte nueva sentencia, que, con libertad de criterio resuelva el fondo del asunto estimando la demanda rectora.

En el primer motivo del recurso, con correcto amparo procesal en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS, solicita la nulidad del procedimiento por infracción de normas o garantías del procedimiento que han provocado indefensión y, denuncia infracción del artículo 97.2 de la LRJS en relación con el artículo 209.2 y 3 y 376 de la LEV y 24 de la CE, y estima que en la sentencia concurre una contradicción entre el hecho recogido en el hecho declarado probado cuarto de la sentencia recurrida, los elementos de convicción recogidos en el fundamento de derecho primero y la apreciación fáctica recogida en el fundamento de derecho segundo, conforme a lo cual se achaca a la parte que no probó el desarrollo de la actora de tareas de coordinadora junto con la apreciación de que no concurría un indicio de discriminación por razón de sexo salarial; y alega que si bien no cabría la modificación fáctica a través del apartado b) por la testifical, si cabría en supuesto de valoración de la prueba irrazonable, absurda o incurso en arbitrariedad, si bien la nulidad perdería su razón de ser si la sala determinara que la aseveración recogida en el fundamento de derecho no se trata de un hecho probado, sino de una mera valoración jurídica del encuadramiento de la actora en el puesto de coordinadora que puede ser resuelto sin necesidad de provocar la nulidad de actuaciones, a través de la revisión del derecho aplicado sobre las funciones antes recogidas.

Y si la sala entendiera que las citadas aseveraciones contenidas en la fundamentación jurídica se trata de hecho probado recogido en la fundamentación jurídica concurre una infracción de las normas de valoración de la prueba que se visualiza en los siguientes puntos :a)-como consta en la relación de la documental aportada por la actora, el reconocimiento de las labores de coordinación de la actora no solo viene recogido en un mero correo electrónico que justifica su reducción de jornada en un ERTE por COVID (como razona la sentencia de instancia) sino que también se incluye en el Plan de actuación COVID propuesta de ERTE departamento de servicios industriales, y además en otros documentos, como tríptico de las jornadas sobre tecnología e innovación al servicio de la industria manufacturera, que señalan a la actora como coordinadora de corrosión, -b)y por otro lado tras la declaración del mismo testigo en el juicio el único coordinador del departamento de soldadura y corrosión se dictó sentencia por el social nº 1 de Vigo en la que se incluyen otros hechos probados distintos de los contenidos en la sentencia recurrida (reconoce dos líneas de negocio distintas la de soldadura y la de corrosión, con dos coordinadores de facto distintos el y la hoy recurrente), y ello debe ser valorado bajo el principio de que una misma cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo y, de la dificultad probatoria tomando en cuenta la diferencia de fuerzas, y c) - y en este punto, considera contrario a derecho que si, como consta en los elementos de convicción, el hecho cuarto se soporta en la testifical, no se deje constancia de los datos objetivos aportados por el único testigo que depuso en la vista, y si bien es consciente de los límites revisorios en vía de suplicación de las declaraciones testificales, salvo en los supuestos en que haya concurrido una manifiesta arbitrariedad, cual estima que aconteció en el supuesto de autos.

Por todo lo cual estima que se han infringido normas esenciales del procedimiento que han provocado indefensión, por lo que solicita la nulidad de actuaciones para que, tras ser devueltos los autos al juzgado de origen, se dicte nueva sentencia en la que se suprima del fundamento de derecho segundo, el que esta parte no probó el desarrollo de la actora de las funciones de coordinadora que dan derecho al complemento correspondiente, o subsidiariamente, y en atención

a los principios procesales de celeridad y economía procesal, se proceda a anular dicha consideración fáctica de la fundamentación jurídica, por la sala, para que la misma proceda a resolver el fondo del asunto.

Para que la nulidad de actuaciones por violación de disposición adjetiva prospere requiere inexcusablemente: 1º) que se indique la concreta norma que se considere infringida; 2º) que efectivamente se haya vulnerado; 3º) que la misma tenga carácter esencial, 4º) que con la infracción se haya determinado indefensión a la parte, y (5º) que se hubiese formulado oportuna protesta, en los supuestos en que la misma sea factible. Ello es así, porque como nos recuerda el Tribunal Supremo, la indefensión -proscrita por el art. 24 CE- no nace de toda infracción de las reglas procesales, sino tan sólo de aquella que se traduce en privación o limitación real del fundamental derecho de defensa (STC 34/1991, de 14 febrero), de manera que la prohibición de indefensión tiene carácter material más que formal, y no se entiende producida cuando, pese a la existencia de infracciones procesales, no se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal o cuando no se merman las oportunidades de la parte para alegar y probar lo que a su derecho convenga (STS 12 noviembre 1990).

Igualmente como señala el Tribunal Constitucional, para resolver esta petición hemos de partir de una consideración, cual es que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia.

Así el Tribunal Constitucional ha venido declarando, (entre otras en sentencias SSTC 70/1984, 48/1986, 89/1986, 98/1987 y 140/1996) que el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos todavía puede equipararse la indefensión con dimensión constitucional con cualquier infracción de normas procesales que los órganos judiciales puedan cometer. Para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.2 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones para que le sean reconocidas.

Por ello no existe indefensión conducente a la nulidad de actuaciones peticionada cuando «no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» y tampoco cuando «ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos», por lo que «no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado», de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta (SSTC 135/1986; 98/1987; 41/1989, de 16 febrero; 207/1989; 145/1990, de 1 octubre; 6/1992; 289/1993).

Partiendo de estas premisas resolveremos el motivo de nulidad planteado por la recurrente; la recurrente estima en esencia que, en la sentencia concurre una contradicción entre el hecho recogido en el HDP 4 de la sentencia, los elementos de convicción recogidos en el fundamento de derecho primero y la apreciación fáctica recogida en el fundamento de derecho cuarto conforme a lo cual se le achaca a la actora que no probó el desarrollo de tareas de coordinadora junto con la apreciación de que no concurría un indicio de discriminación salarial por razón de sexo, toda vez que la diferencia entre el número de hombre y mujeres coordinadoras que cobran el complemento está justificado por la infrarrepresentación de las mujeres en la carrera de ingeniería industrial, lo que también se basa en un error de base.

Pues bien, la sentencia de instancia tras recoger lo que estimo acreditado en el HDP 4, en el fundamento de derecho primero indica expresamente que los elementos de convicción para fundamentar el HDP 4 son no solo la testifical, sino también certificación de la empresa y del colegio de ingenieros, así como correos electrónicos, y en el fundamento de derecho cuarto, estima la sala

que, no se recoge un hecho probado, sino una valoración jurídica del encuadramiento de la actora en el puesto de coordinadora, no concurriendo por ello dicha contradicción.

Se alega también una valoración de la prueba arbitraria, y error en la valoración de la prueba, a lo que cabe decir que sólo excepcionalmente, (Sentencia de 19-6-08, entre otras pocas) ha admitido la Sala, en su caso, una revisión fáctica o nulidad en los raros casos en los que la afirmación judicial estuviera totalmente huérfana de probanza o, aunque apoyada en prueba, fuera lo que la Jurisprudencia constitucional denomina como injerencias absurdas, arbitrarias o irracionales; (STC. 175/85), por ejemplo, en la aplicación totalmente equivocada de las normas procesales (y, por tanto, de orden público) relativas a la carga de la prueba (inversión, hechos conformes o hechos notorios) lo que, en contadas ocasiones, ciertamente excepcionales, ha hecho la Sala ante tales supuestos (Sentencias de este Tribunal de 19-6-08 y 30-6-09 entre muy pocas otras) ante afirmaciones judiciales fácticas totalmente huérfanas de prueba. En efecto, la declaración de hechos probados sin soporte probatorio alguno debe ser alterada, porque no puede permitirse que la libertad valorativa del Juez de Instancia, en materia probatoria, sea ilimitada (desde luego que no es tan soberana, como suele proclamarse) pues está sujeta no sólo a los principios legales de valoración de la prueba (por ejemplo, la de presunciones judiciales y legales de los arts. 385 y 386 de la LECv. o a los preceptos que regulan el valor probatorio de determinados medios de prueba como los del art. 319 de la citada Ley adjetiva), sino también a la sujeción a la doctrina jurisprudencial constitucional que proscribe la valoración; arbitraria o irracional (STCo.175/85 antes citada).

No es este el caso de autos puesto que se valoran pruebas válidas, documental y testifical, siendo facultad del juzgador la valoración de las pruebas practicadas, por lo que, en definitiva, la denuncia jurídica efectuada en primer lugar no puede prosperar.

TERCERO.- La representación letrada de la parte actora en el segundo de los motivos del recuso, correctamente amparado en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS pretende revisiones fácticas y en concreto pretende la Adición de un nuevo párrafo al final del HDP 4 con el siguiente texto :

En el "*PLAN DE ACTUACIÓN COVID-19- Propuesta de ERTE DEPARTAMENTO DE SERVICIOS INDUSTRIALES*", obrante en el documento nº 2.5.3 de la misma carpeta -pags 7ª y 8ª del documento:

"Por último la bajada de la carga de trabajo afectará a los coordinadores de las distintas líneas de negocio.

Estos trabajadores, supervisan, mantienen el contacto técnico con el cliente y asesoran y ayudan al Dpto. Comercial de AIMEN en el desarrollo de negocio.

Gema.

Vicente.

Tabla 8. Coordinadores de las líneas de trabajo.

2.- En la plantilla de AIMEN en la actualidad hay 260 trabajadores, 166 hombres y 102 mujeres. De ellos hay 47 personas que cobren el complemento de coordinación, 31 hombre y 16 mujeres. El porcentaje de mujeres ingenieras en nuestro país es del 25%, y en Galicia sólo el 14% están colegiadas.

En la página 65º del Diagnóstico de Situación del Plan de Igualdad de 10 de noviembre del 2021, firmado por la parte social y la empresa -que fue aportado por la empresa como Prueba Anticipada (documento 1) y que se tiene por íntegramente reproducido, consta, dentro del análisis Retributivo Global de la plantilla:

Y, en su página 96 se señalan las siguientes conclusiones:

En cuanto al apartado "Características Generales de la Plantilla", página 118 se señala como conclusiones:

Y por último en su página 53 se incluye dentro de la clasificación profesional interna, el puesto de coordinador con el siguiente texto:

3.- La empresa cuenta con plan de igualdad y diagnóstico de situación.

4.- Tras el cese de la trabajadora sigue habiendo proyectos de investigación y de trabajos de corrosión.

5.- en la página 68 del Diagnóstico de Situación del Plan de igualdad, consta las siguientes matizaciones sobre el Complemento Salarial de INCENTIVOS, efectuada por la parte empresarial:

"A. Que las diferencias que pueden observarse vienen motivadas, en buena medida, por la necesidad de realizar ofertas acordes con el "mercado" con el fin de captar talento, sobre todo en puestos en los que se exige una preparación y/o experiencia acreditada para afrontar los proyectos en los que se encuentra incurso el Centro Tecnológico. De igual forma, esta mejora de salarios vía incentivos resulta necesaria a efectos de retención del talento previamente captado, en igual sentido que en el caso de su captación pero, además para poder fidelizar trabajadores en los que, su propia experiencia en el centro y formación intrínseca que conlleva, son un valor que la organización debe retener. Todo ello en el marco general de los procedimientos de promoción salarial, su procedimiento y criterios que se aplican en el mismo.

Es en todo caso, la experiencia que aporta la incorporación, su valía profesional (tanto en la vertiente académica como de experiencia profesional contrastada) la que provoca esa necesidad de incremento de salario vía incentivos, no siendo influenciada por razones de género, tal y como en algunos ejemplos posteriores puede comprobarse. En igual sentido, aplicable en el caso de retención de talento.

Por ello, también, en el supuesto de nuevas contrataciones, los incentivos que aplicarían dentro de la retribución bruta total, toman expresamente en consideración la experiencia previa acreditada del candidato para el puesto ofertado, estimando su importe tomando como referencia aproximada a efectos de mayor contar con la mayor objetividad, lo que para dicha experiencia previa temporal aplicaría como complemento de antigüedad si la misma se hubiera adquirido por permanencia dentro del propio Centro en aplicación de lo previsto en el Convenio de Oficinas y Despachos.

Asimismo quiere matizar que los incentivos pactados en el momento de la contratación se consolidan a lo largo del tiempo, por lo que, el momento en que haya podido producirse la contratación ha creado, así mismo, una situación no reversible (oferta en el mercado laboral en el año de contratación que en muchos casos ha variado con lo que, o bien se reduce el coste de captación o bien se incrementa, no siendo por lo tanto un parámetro fijo a lo largo de tiempo, pudiendo esta diferencia manifestarse en comparaciones de personal en puesto similares por diferencia de antigüedad en la contratación. B. Ligado a lo anterior, se manifiesta en algunas áreas como puede ser Mecatrónica, especificidades muy concretas respecto necesidades de capacitación y experiencia en relación a actividades y temáticas de desarrollo por el trabajador y trabajadora que justifica también una diferencia en incentivos que priman ambos aspectos, tanto en supuestos de contratación como de reconocimiento de formación y experiencia acumulada a lo largo de su permanencia en el centro tecnológico. C. Matiza también que diferencias en incentivos que derivan asimismo de situaciones de consolidación del importe del concepto originado en el momento de la contratación o durante su trayectoria en el centro, y que ha permanecido invariable a pesar de su recolocación del trabajador o trabajadora en otras áreas, unidades y/o puestos en los cuales no estaría previsto el concepto o dicho importe. D. Casos singulares tales como, por ejemplo, los referidos a áreas específicas en donde un solo trabajador o trabajadora provoca una distorsión en el análisis, pues la justificación de su incentivo deviene de circunstancias muy específicas a su puesto. E. Quiere destacar que la

incidencia del importe de incentivos es porcentualmente muy baja en relación a la retribución total de cada trabajador y trabajadora, por lo que los datos que a continuación siguen no deben suplir los extraídos del análisis global de posibles "brechas" entre salarios totales, y en todo caso este concepto responde a los criterios antedichos dentro del margen lógico de discrecionalidad, justificada, empresarial para facilitar la contratación. Señalar a sí mismo que las consideraciones indicadas respecto supuestos de captación de talento son aplicables para situaciones de necesidad de retención de talento."

El recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser- SSTC 18/1993 (RTC 199318), 294/1993 (RTC 1993294) y 93/1997 (RTC 199793) - de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos. Tal naturaleza se plasma en el art. 193 de la LRJS cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: STS 12/06/75, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316, 326, 348 y 376 LECiv, así como el art. 97.2 LPL (en la actualidad art. 97 LRJS). Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

Esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación a la que hemos hecho referencia anteriormente supone que los hechos declarados como probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas. Así las cosas a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03/03/00 R. 499/00, 14/04/00 R. 1077/00, 15/04/00 R. 1015/97 entre otras)

c) que carecen de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical; tampoco es hábil a estos efectos el acta del juicio por no constituir «documento» en el sentido del art. 193.b LRJS alusivo a la prueba documental señalada en el art. 196.2 lejos, y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél.

d) Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada- vinculadamente- por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que -salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada-no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia

e) que el recurrente ha de ofrecer el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

f) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

g) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Con base en esta doctrina ha de examinarse la Adición interesada de un nuevo párrafo al final del HDP 4, la cual tiene su apoyatura procesal en la documental obrante en autos, en concreto documento 2.5.3 (plan de actuación COVID 19 propuesta de ERTE departamento de servicios industriales ", (respecto del primer hecho que se introduce) y respecto de los restantes tienen su apoyo procesal en el plan de diagnóstico de situación del plan de igualdad de 10 de diciembre de 2021, documento 1 de la prueba de la empresa (paginas 45,65,68,96 y 118 de los autos)Y las citadas adiciones de nuevos párrafos en el HDP 4 estima la sala que han de prosperar al apoyarse en documental hábil al efecto y resultar el texto propuesto del contenido de los documentos invocados, y al tener relevancia para resolver las cuestiones planteadas en el presente recurso, pues argumentándose en el mismo la realización por la actora de funciones de coordinadora, así como el no reconocimiento de ello por la empresa, así como una discriminación salarial o brecha salarial por razón de género, la recogida en el relato factico tanto del Plan de Actuación Covid-19, como la transcripción literal de los puntos más relevantes del plan de diagnóstico de situación del plan de igualdad, se trata de datos que deben constar en el relato factico para la correcta resolución de las cuestiones planteadas.

CUARTO.- Ya en sede jurídica, con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS efectúa la recurrente varias denuncias jurídicas en distintos submotivos, en el primero denuncia infracción de los artículos 1 y 14.1 del convenio colectivo de siderometalurgias (industrias del metal sin convenio propio) de la provincia de Pontevedra publicado en el DOG de 24/09/21 en relación con el artículo 51.2 y 53.1 del ET; y alega sustancialmente que un vez determinada la aplicación del convenio de industria del metal sin convenio propio para la provincia de Pontevedra, debe declararse la improcedencia del despido por no haber acompañado a la carta de despido de una memoria explicativa de sus motivos y razones, memoria que no consta que se haya suministrado a la representación de los trabajadores, requisito formal exigido en el citado convenio.

Denuncia jurídica que la sala estima que no puede prosperar y ello en base a las siguientes consideraciones:

1.- En primer lugar señalar que según resulta del relato factico (HDP2) la demandada es un centro tecnológico inscrito en el registro de centros tecnológicos y centros de apoyo a la innovación tecnológica con el número 38, sin ánimo de lucro, que se rige de hecho por el convenio colectivo de oficinas y despachos junto con un "Acuerdo de condiciones laborales extra convenio" firmado entre la empresa y el comité el 16 de junio de 2009, revisado el 26 de marzo de 2012 y vigente en el momento actual, Acuerdo en el que, asumiendo la aplicación del citado convenio colectivo, se pactaron condiciones retributivas, de vacaciones, jornada laboral, abono de horas extras etc, que mejoraban lo regulado por dicho convenio colectivo.

Que la actividad preponderante de la empresa demandada(HDP6) es la de investigación, desarrollo y, la actividad que desarrollaba la propia demandante también lo era, pues la empresa AIMEN tiene como actividades la investigación en materia metalúrgica, realizan ensayos con máquinas, manipulan piezas utilizando carretillas elevadoras, se desplazan a los astilleros y barcos para realizar pruebas y ensayos en los mismos, pruebas y ensayos sobre los que luego realizan informes y utilizan equipos de protección individual que se integran con casco, gafas de seguridad, calzado y ropa calzada que incluso deben de utilizar en el propio centro de trabajo.

Actividad que esta incardinada en el CNAE 7219(otra investigación y desarrollo en ciencias naturales y técnicas)-

Que el artículo 1 del convenio colectivo provincial del metal se refiere de forma genérica a la actividad de ingeniería y metalúrgica entre otra muchas, lo cierto es que, tal y como consta en el relato factico arriba citado, AIMEN en una empresa especial, pensada como centro tecnológico, en donde pesa más la actividad de investigación -incluida la comercialización de los resultados directamente o a través de Start up- por lo que se estima ajustado a derecho que tenga convenio propio o bien un pacto extraestatutario que recoja la idiosincrasia de la actividad especial.

Por consiguiente, tanto por datos de actividad real preponderante, como por el dato de trabajadores que desarrollan la actividad de investigación, la sala comparte el criterio mantenido por el juzgador de instancia de considerar ajustada a derecho la norma que la regula; Y en este sentido la disposición Adicional cuarta de la ley 42/2006 de 28 de diciembre de Presupuestos generales del estado para el año 2007 establece que para la tipificación y encuadramiento adecuado en relación con el CNAE que ... "Cuando en una empresa concurren, junto con la actividad principal, otra u otras que deban ser consideradas auxiliares respecto de aquélla, el tipo de cotización será el establecido para dicha actividad principal. Cuando la actividad principal de la empresa concorra con otra que implique la producción de bienes o servicios que no se integren en el proceso productivo de la primera, disponiendo de medios de producción diferentes, el tipo de cotización aplicable con respecto a los trabajadores ocupados en éste será el previsto para la actividad económica en que la misma quede encuadrarse. Y en el supuesto de autos, la actividad económica de AIMEN es de desarrollo y la investigación técnica.

2.- Por otro lado es de señalar que desde la reforma laboral de 2012, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa pasa a primera línea, y también el acuerdo extraestatutario vinculado al artículo 37 de la CE en relación con la libertad en la negociación colectiva. En este sentido la sentencia del TC de 22 de enero de 2015 sobre la reforma del art 84.2 del ET que, en relación a determinadas materias concede prioridad al convenio de empresa con respecto al convenio sectorial, y reitera su constitucionalidad, ya declarada en la sentencia TC 119/2014 indicando que "la norma impugnada parte de la consideración de la empresa como un espacio especialmente propicio para la negociación colectiva de cara a la fijación de las condiciones de trabajo que resulten ajustadas a las concretas características y necesidades de la empresa y sus trabajadores", razón por la que ha optado por dar preferencia al resultado de una negociación descentralizada "(convenio de empresa) cuando se trata de regular condiciones de trabajo que afectan a determinadas materias. Por tanto "ni imposibilita la negociación colectiva de ámbito superior sobre las materias respecto de las cuales se prevé tal prioridad ni resta eficacia normativa a la regulación sectorial ya existente, que seguirá siendo de aplicación en todas las empresas de su ámbito que no aprueben su propio convenio colectivo ". En este sentido la sentencia del TS de 22 de septiembre de 2016 reitera la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, enlazando esta realidad con las unidades legitimadas para la negociación, y en este caso no podría incluirse nunca a la empresa implicada mayoritariamente en el ámbito de la limpieza en sede negociadora del convenio colectivo de construcción. Y la demandante pretende acudir a la técnica del "espiguelo" para acogerse a las condiciones más favorables de una norma paccionada, y otra norma convencional, técnica que se considera inadmisibles por reiterada jurisprudencia del TS.

3.- En tercer lugar señalar que, este mismo TSJ de Galicia en sentencia de fecha 14 de enero de 2019, se ha pronunciado sobre esta cuestión, al analizar la aplicación del convenio colectivo y de estos pactos en AIMEN, la cual señala literalmente que: "... Se ha declarado probado que la empresa se está rigiendo por el convenio colectivo de oficinas y despachos si bien por aplicación de un Pacto o Acuerdo de Condiciones Laborales extra convenio firmado por la empresa y el comité en fecha 16 de junio de 2009, revisado en el año 2012 y vigente en la fecha de autos. En dicho Acuerdo se asume la aplicación del convenio colectivo estatutario de oficinas y despachos y al tiempo se pactan determinadas condiciones retributivas, de vacaciones, jornada laboral, horas extras que mejoran el contenido del primero. El juez da validez a ese pacto, y lo considera de prioridad aplicativa.

Aun asumiendo que el pacto en cuestión no sea un convenio colectivo "estatutario", de empresa, al no constar que haya sido publicado en ningún periódico oficial, de modo que no se le puede otorgar

la eficacia normativa que para los de tal condición fija el ordenamiento jurídico, se trata, en todo caso, de un pacto "extraestatutario", lo que no significa que no tenga eficacia alguna, sino sólo que no tiene esa eficacia en principio "erga omnes" dentro de su ámbito natural que le atribuye el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores . En cuanto pacto extraestatutario sí que vincula: vincula tanto a los que lo firmaron (comité de empresa y empresa) como a quienes se adhieran al mismo (artículos 1255, 1257 y 1258 del Código Civil).

Por tanto, no es que estos pactos no tengan eficacia alguna, que la tienen, sino que tienen una eficacia distinta de aquellos otros regulados por el Estatuto de los Trabajadores. De estos "extraestatutarios no se puede predicar su condición en principio "erga omnes", pero vincula y en concreto, vincula a quienes los suscriben y los que por ellos son representados y también a los que se adhieren al mismo. En tal sentido, recopila tales criterios, entre la más reciente, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2017 (recurso 279/2016).

Parece oportuno recapitular sobre cuál es la postura jurisprudencial consolidada en torno a la delimitación, naturaleza y eficacia funcional y personal del convenio colectivo extraestatutario, postura acerca de la que la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2014 (rco. 110/2013) realiza un breve estudio conforme al cual "la sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 2013, recurso de casación 110/2012, siguiendo la sentencia de 9 de febrero de 2010, recurso 105/2009 establece: "2.- La Constitución en su art. 37.1 reserva a los convenios colectivos negociados y pactados conforme a la ley (arg. ex art. 53.1 CE), en este caso el Estatuto de los Trabajadores -ET (en especial, arts. 3.1.b, 3.5 y 82 a 92), además de su eficacia obligacional, la eficacia normativa en cuanto fuente de la relación laboral, creadora de normas jurídicas con fuerza vinculante dentro de su ámbito (funcional y territorial) y durante todo el tiempo de su vigencia ("erga omnes") (arg. ex art. 82.3 ET), estando sometidos, por tanto, a las reglas, principios y límites constitucionalmente definidos, entre otros, aquellos derivados del libre ejercicio del derecho de libertad sindical (arg. ex art. 28.1 CE y STC 121/2001 de 4-junio). Se destaca con respecto al convenio colectivo estatutario que: a) Precisamente: "el valor normativo del Convenio Colectivo y de su fuerza vinculante, con una eficacia "erga omnes", ha movido al legislador a sujetar su validez a unos presupuestos cuya intensidad va más allá de los límites generales a la autonomía negocial del Derecho privado", entre otros, remarca el que "la legitimación para la negociación se haya vinculado a la existencia de intereses organizados institucionalmente, sin perjuicio de que se haya dado un trato diferente al respecto, por su distintos alcance, a los Convenios de empresa o ámbito inferior, para los cuales no se establece la exclusividad sindical, y a los Convenios de ámbito superior, multiempresariales, para los cuales rige ésta" (STC 4/1983 de 28- enero); y que b) "el convenio colectivo ... en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea per se contraria al art. 14 CE (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, ... 119/2002, de 20 de mayo, ... o 27/2004, de 4 de marzo)" (STC 280/2006 de 9-octubre). 3.- Pero además de los referidos convenios estatutarios, la doctrina y la jurisprudencia (constitucional y ordinaria), viene admitiendo la realidad de la existencia y eficacia, si bien limitada, de otros acuerdos adoptados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, al margen de las normas estatutarias (denominados pactos, acuerdos o convenios extraestatutarios o de eficacia limitada), los que gozan también de soporte en el art. 37.1 CE, aunque sin el carácter "erga omnes" del convenio estatutario. 4.- La problemática de su delimitación, naturaleza o carácter, normativa por la que se rigen, eficacia funcional y personal así como obligatoriedad limitadas, sujetos a los que se aplican y, en su caso, de su posible extensión a otros sujetos naturaleza, ha tenido acceso a la jurisprudencia constitucional (entre las primeras, SSTC 4/1983 de 28-enero, 12/1983 / de 22-febrero, 73/1984 de 27-junioy 981985 de 29-julio), habiéndose declarado: a) En cuanto a la distinción entre uno u otro tipo de convenio (estatutario o extraestatutario), que "el carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el ET exige para la regularidad del convenio colectivo, al que se otorga en ese caso un plus de eficacia, por el carácter erga omnes del llamado convenio colectivo estatutario" (STC 108/1989 de 8- junio); o que cuando el resultado de

la actividad comercial no se plasma "en un convenio colectivo estatutario que busque establecer una regulación general aplicable al grupo de empresas al carecer de los requisitos que legalmente se imponen para su válida conclusión", resulta que "el Acuerdo alcanzado entra, por ello, de lleno en el ámbito de los que la jurisprudencia y la doctrina han venido en denominar pactos extraestatutarios o de eficacia limitada, al derivar de una intervención sindical admitida y asumida por la empresa dentro de su ámbito de gestión empresarial y que limita sus efectos a la estricta esfera funcional en la que ha sido concluido" (STC 121/2001). b) En cuanto a su amparo constitucional ex art. 37.1 CE y a los límites de eficacia y obligatoriedad derivada de la normativa civil (no laboral) por la que se rigen, se ha señalado que "tales pactos, que se encuentran amparados por el art. 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal "erga omnes", y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias", que "Se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil)", con la consecuencia de que "La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales" (STC 121/2001). c) Por lo que respecta a los negociadores, con las derivadas consecuencias en orden a los sujetos a los que vincula y a la posible extensión personal de sus efectos, cuestiones de cuya resolución se trasluce la naturaleza y eficacia personal limitada de los efectos (no "erga omnes") de este tipo de pactos, se ha proclamado que "la singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. Relevante y significativa diferencia si la comparamos con las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal, pero que se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean, pues, como este Tribunal tuvo oportunidad de señalar en su STC 108/1989, de 8 de junio ..., "la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la libertad de quienes en él no participaron". De este modo, cuando se celebra un acuerdo colectivo fuera de la disciplina estatutaria, pero que, en alguna de sus disposiciones, persigue generalidad, de manera tal que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia "erga omnes", habría que convenir que tales disposiciones no serían válidas, en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el ET" (STC 121/2001 de 4-junio). Debiendo significarse que "la protección del derecho de un sindicato a la negociación colectiva estatutaria no exige, por tanto, como la entidad recurrente reconoce, la exclusión de toda posibilidad de negociación colectiva a los demás sindicatos, aunque sí implica la necesidad de que el ejercicio de esa facultad de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales no suponga una práctica antisindical de las vedadas en el art. 13 de la LOLS, o imposibilite jurídicamente la negociación colectiva de eficacia general" (STC 108/1989). d) Por último en cuanto a los sujetos a los que se aplican y, en su caso, a la extensión a otros sujetos, se ha afirmado, por una parte, que solamente se aplican a los representados por el sindicato firmante y que, por tanto, "para aplicarlos a los representados por el sindicato que lo firma es preciso conocer a sus afiliados" y "existe un deber de sigilo profesional por ambas partes, y no se trata de un conocimiento de datos para publicarlos, ni tan siquiera en el ámbito de la empresa" (STC 145/1999 de 22-julio); y, por otra parte, que "La extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron, no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la voluntad de quienes en él no participaron, pero la adhesión de éstos, como adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea, por lo que en ningún caso puede imputarse a tales cláusulas, jurídicamente irrelevantes, la lesión de un derecho ajeno" (STC 108/1989 de 8-junio)".

En este caso, el mencionado Pacto o Acuerdo fue pactado entre la empresa y el Comité de empresa, de modo que vincula a los trabajadores de la empresa que están representados por dicho comité

de empresa. Y en dicho Pacto, por un lado, se asume la aplicación del convenio colectivo de Oficinas y despachos y por otro lo modifica en aquellos aspectos que se han dicho, constituyendo el todo un pacto de naturaleza extraestatutaria que vincula al trabajador al estar sometido, como decimos, al ámbito de representación del comité de empresa...."

También en sede jurídica, en el segundo submotivo del recurso, denuncia la recurrente infracción del artículo 53.1 b) del ET en relación con el art 14 de la CE en atención a la doctrina existente sobre la existencia de un error inexcusable por su condición cualitativa al basarse el mismo en un discriminación salarial, y en esencia alga, que se ha demostrado que concurre una prueba-no ya un indicio-de una discriminación salarial en la empresa hacia las mujeres sobre el salario percibido por los hombres que afecta al salario a efectos indemnizatorios de la actora al no percibir el complemento de coordinación, sin embargo, a pesar de la prueba practicada la sentencia no aplica la modificación de la carga de la prueba que debería imperar en el proceso social, una vez probado el indicio de vulneración, y estima que la argumentación de la sentencia de instancia no es consistente.

Respecto de esta última alegación es de destacar que, en relación con las normas de la carga de la prueba es reiterada la doctrina del TC que establece que cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato, algo que permita una mínima conexión entre la acción del trabajador y reacción del empresario que haga presumir que la segunda es consecuencia de la primera, y presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada (en este sentido STC 120/2006 de 24 de abril de 2006 que asimismo remite a otras muchas por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; 49/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 3; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; y 171/2005, de 20 de junio, FJ 3.

La citada doctrina tuvo su cristalización en dos normas recogidas en nuestra ley procesal, en concreto los artículos 96 .1 de la LRJS y el art. 181.2 LRJS de aplicación a cualquier tipo de procedimiento en el que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, tal como se desprende del art. 184 en relación con el art. 178.2 de la LRJS.

Pues bien, la sala considera que la sentencia de instancia no altera la carga de la prueba, cuestión diferente es que la sala comparta o no el argumento de la sentencia de instancia, en relación a si se han probado o no los indicios de discriminación salarial de género, cuestión que se analizara a continuación.

La recurrente alega sustancialmente que, en el propio diagnóstico de situación de la empresa en el marco del plan de igualdad, efectuado pocos meses antes del despido de la actora se objetiva que -hay una brecha de genero salarial en todas las categorías de la empresa, siendo la media del 20% en la categoría de titulado superior (a la que pertenece la actora) y que -dentro de la categoría de coordinadora la brecha de genero salarial es del 21%.

Respecto de ello es de señalar que: El art. 28 ET establece el principio de no discriminación retributiva entre hombres y mujeres, aplicándolo a todos los conceptos percibidos, y refiriéndolo tanto a trabajo igual como a trabajo de igual valor.

Dicho precepto dispone: "Igualdad de remuneración por razón de sexo".

"1. 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 condiciones de aquella.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

En el ámbito comunitario, el art. 157 del TFUE establece que "1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
- b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo."

En sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, C. 624/2019, y en interpretación del precepto que acabamos de citar, se señala que el art. 157 del TFUE impone, de manera clara y precisa, una obligación de resultado y tiene carácter imperativo tanto en lo que respecta a un "mismo trabajo" como a un "trabajo de igual valor". Y se recuerda que el objetivo que se persigue por el citado precepto, no es otro, que "la eliminación, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, de toda discriminación por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución". Añade que, "cuando las diferencias observadas en las condiciones de retribución de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no son imputables a una única fuente, falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pueda restablecer la igualdad de trato, de modo que tal situación no se encuentra comprendida en esta disposición (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Lawrence y otros, C-320/00, EU:C:2002:498, apartados 17 y 18, y de 13 de enero de 2004, Allonby, C-256/01, EU:C:2004:18, apartado 46). De ello se deduce que una situación en la que las condiciones de retribución de trabajadores de distinto sexo que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor pueden atribuirse a una única fuente está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 157 TFUE y que el trabajo y la retribución de esos trabajadores pueden compararse con arreglo a dicho artículo, aun cuando estos realicen su trabajo en establecimientos distintos. Por lo tanto, procede considerar que el artículo 157 TFUE puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales en un litigio basado en un trabajo de igual valor realizado por trabajadores de distinto sexo que tengan el mismo empresario y en establecimientos distintos de ese empresario, siempre que este constituya una fuente única ."

En definitiva el concepto de igual valor, que es en el que se sustenta la recurrente, se aplica cuando los trabajos que desempeñan mujeres y hombres: Se llevan a cabo en condiciones diferentes, Requieren cualificaciones y capacidades diferentes, Requieren niveles de esfuerzo diferentes, Implican responsabilidades diferentes e implican responsabilidades diferentes, siendo una modalidad discriminatoria más difícil de detectar que la que concurriría cuando esa diferencia salarial por razón de sexo se da ante trabajos iguales.

En esa delimitación del concepto de trabajos de igual valor también es determinante el RD 902/2020 de 13 de octubre a porque en definitiva su artículo 4 viene a positivizar las pautas interpretativas fijadas por el TJUE y por el TC.

Pues bien, una vez determinado el marco normativo, la sala ha de determinar si concurre, o no la discriminación retributiva por razón de sexo alegada lo que nos lleva a determinar si existe indicios que evidencien un impacto desproporcionado de sexo y en el supuesto de autos este caso entendemos que sí.

Y así, tal y como se recoge en el relato fáctico (tras prosperar la adición fáctica interesada al HDP4) en el propio diagnóstico de situación de la empresa, en el marco del plan de igualdad, efectuado pocos meses antes del despido de la actora se objetiva estadísticamente que hay una brecha de género salarial en todas las categorías de la empresa, siendo la media del 20% en la categoría de titulado superior (a la que pertenece la actora) y dentro de la categoría de coordinador la brecha de género es del 21%.

Y así en el diagnóstico de situación del plan de igualdad, en el apartado de conclusiones se recoge que : " en el total de la empresa se observa una brecha salarial del 20% de las mujeres respecto a los hombres." Y dentro de los titulados superiores se observa que entre la plantilla con titulación superior (incluido doctorados) el 79% son mujeres y e 65% son hombres, y en las categorías superiores desde director/a senior, existe un equilibrio de titulados con formación superior, y en las categorías inferiores, desde junior 2 a técnicos /a se detecta una mayor presencia de plantilla masculina con estudios de ciclos superior y/o equivalentes ., y en el propio diagnóstico se reconoce que "las categorías de empresa masculinizadas son :directores, Coordinadores, Team Leader, Junior 1 y técnico /a .No se observan categorías de empresa feminizadas."

La empresa solo reconoce el complemento de coordinación a 31 hombres frente a 16 mujeres en una plantilla que no mantienen dicha proporcionalidad al estar compuesta por 166 hombres y 102 mujeres.

Que asimismo consta acreditado y así se recoge en el HDP 4 (tras prosperar las adiciones interesadas) que se define al Coordinador como la persona nivel IV con titulación superior o media y experiencia profesional, que asume la coordinación de una unidad /departamento. Y asimismo resulta acreditado que la actora cumple con el nivel, la titulación superior y la experiencia, y de facto asume una coordinación de la unidad de corrosión, y así resulta no solo del correo electrónico, sino que consta en el plan de actuación COVID propuesta de ERTE departamento de servicios industriales; por ello realiza las actora las tareas de coordinación que darían lugar al derecho al percibo del complemento de coordinación, y de lo expuesto resulta que la única razón de que en el organigrama no se le reconozca como coordinadora es la existencia de un techo de cristal constatado, y una situación generalizada de brecha salarial por razón de género y, además la masculinización del puesto de coordinación.

Y así demostrado el derecho al devengo del complemento de coordinación por su actividad como coordinadora y, que el mismo no puede ser compensado ni absorbido por el incentivo que percibe y, que se corresponde con un complemento personal consolidado con el objeto de la captación y retención del talento, por lo que le corresponde a la actora percibir dicho complemento, cuya cuantía no discutida asciende a 99,06 euros, lo que sumado al salario que figura en el HDP 1 resulta un salario a efectos indemnizatorios de 3.838,99 euros en lugar del fijado en la sentencia, lo que supone una diferencia en la indemnización por despido, pues le correspondería la cantidad de 46.067,88 euros en lugar de los 44.870,60 euros reconocidos en la carta de despido objetivo.

Diferencia que resulta inexcusable, tomando en cuenta el concepto de inexcusabilidad, que concurre cuando la diferencia se produce maliciosamente.

Pues bien, sentado lo anterior, al estarse ante un despido producido el 10 de junio de 2022, se ha de aplicar la doctrina del error inexcusable que acoge el artículo 122.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la Regulación para el supuesto de cálculo deficiente de la indemnización que el empresario ha de poner a disposición del trabajador en el momento de la comunicación de un despido o decisión extintiva por causas objetivas; por lo que en base a esta premisa, la Sala entiende que es inexcusable el error por cuanto que al margen de la cuantía, el abono de una indemnización inferior a la que le corresponde se produce por una discriminación salarial que vulnera

el artículo 14 de la CE, lo que conduce a la calificación de improcedencia del despido con las consecuencias previstas legalmente.

Razones todas ella que conducen a la estimación del presente motivo del recurso.

Y en el último submotivo denuncia la recurrente la infracción del artículo 51.1 del ET, en relación con el art 52.c) de la misma norma, en cuanto a la ausencia de causa justificativa del despido y, alega en esencia que la situación de la empresa se basa en la situación económica de la empresa en su conjunto conforme a las cuentas a fecha abril de 2022, y la mala situación económica del departamento de soldadura y corrosión, y en cuanto a las causas organizativas en la necesidad de eliminar o reducir la prestación de servicios de este departamento en concreto derivado de la necesidad de reducir gastos por la situación económica de la empresa . y estima la recurrente que en cuanto a los datos económicos en la unidad de soldadura y corrosión, debe analizarse la situación global y en conjunto de la empresa, no de un departamento en concreto, y el departamento de corrosión cuenta con personal propio y funciones propias diferenciadas del departamento de soldadura sin que llegue a concretarse la situación individualizada del departamento de corrosión, datos no actualizados a la fecha del despido,; y además se trata de una asociación de empresarios del ámbito del metal que actúa sin ánimo de lucro.

Y en cuanto a las causas organizativas, considera la recurrente que no hay ningún motivo que pueda justificar la decisión extintiva de la empresa con una indemnización minorada del trabajador, y cabía la posibilidad de recolocar a la actora, teniendo en cuenta su formación, experiencia y posibilidad de reubicar en otras áreas, por lo que considera que no se concreta ni especifica la medida organizativa que se va a tomar., y que debería justificar la causa de despido dentro de un proceso de reorganización interna, por lo que no acreditándose las causas invocadas el despido debe ser declarado improcedente, con las consecuencias previstas legalmente.

Que de conformidad con lo establecido en el art 51 del ET que regula el despido colectivo señala que:

1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado."

El artículo 52 c) señala que: el contrato podrá extinguirse: ... c) Cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo

Pues bien, respecto de las causas económicas, y según resulta del relato factico (HDP3 de la sentencia de instancia) la sala comparte los razonamientos de la sentencia de instancia y considera

que las mismas han resultado acreditadas, y así se acredita la situación de pérdidas en la unidad de soldadura y corrosión que ha llevado a la extinción de cuatro contratos de trabajo y a la reorganización de la plantilla y han sido seleccionados otros trabajadores con mayor polivalencia para permanecer en la empresa, y resulta que no solo se han acreditados las pérdidas en el departamento de soldadura y corrosión sino la influencia que ello tiene en todo la empresa AIMEN, que como asociación con ánimo de lucro no pude pervivir con continuas pérdidas.

Y así acreditadas las pérdidas, la sala estima acreditada la concurrencia de causas económicas y que se lleve a cabo la decisión extintiva por medio de un cese por causas objetivas, por necesidad de amortizar los puestos de trabajo ante la situación económica de la empresa, desde una perspectiva económica y productiva, a saber, la disminución de la facturación que conlleva a una situación financiera de pérdida y a una clara disminución de los ingresos, así como a una pérdida de sentido productivo y económico del puesto de la demandante, que quedaría amortizado al ser reestructurado el departamento de soldadura y corrosión, razones que conducen a la desestimación de presente motivo del recuso.

En Consecuencia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora D^a Gema contra la sentencia de fecha veinticinco de octubre de dos mil veintidós dictada por el juzgado de lo social nº 2 de los de Vigo en los autos nº 522/2022 seguidos a instancias de la citada demandante frente a la empresa demandada Asociación de Investigación Metalúrgica Noroeste (AIMEN) sobre DESPIDO, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia y estimando parcialmente la demanda debemos declarar y declaramos el despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y debiendo optar la demandada en el pazo de cinco días, a contar desde la notificación de la presente resolución, entre readmitir a la trabajadora con abono de los salarios de tramitación, o abonarle en concepto de indemnización la cantidad de 90.973,63 (s.s.u.o) .

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

