

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**STC 41/2006, de 13 de febrero de 2006**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

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

En el recurso de amparo núm. 5038-2003, promovido por don Paul , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistido por el Letrado don Ignacio González Pérez, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 27 de junio de 2003, dictada en el recurso de suplicación núm. 2089-2003, en procedimiento de despido. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.p.A., representada por la Procuradora doña María Luisa Montero Correal y asistida por el Letrado don Manuel Felipe Sesma García. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

### **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado el día 29 de julio de 2003 la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega, actuando en nombre y representación de don Paul , interpuso recurso de amparo constitucional contra la resolución de la que se ha hecho mención en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la presente demanda de amparo relevantes para la resolución del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente en amparo trabajaba para la empresa demandada en el proceso desde el día 15 de octubre de 2001, con categoría profesional de analista de marketing, con contrato de trabajo de carácter indefinido. Con fecha 30 de julio de 2002, Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.p.A., procedió a notificarle carta de despido en los siguientes términos:

“Muy Señor nuestro: Por medio del presente escrito, la dirección de la empresa le comunica que ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su relación laboral mediante despido disciplinario, en base a las facultades que a la misma le reconoce el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores.

Las razones que fundamentan esta decisión son las siguientes:

La indisciplina en el desempeño del puesto de trabajo.

Los motivos anteriores se concretan en el hecho de que en reiteradas ocasiones se ha negado a desempeñar algunas de las tareas que le fueron encomendadas a pesar de las instrucciones dadas por la Dirección de la compañía.

Además de lo anterior, critica abiertamente y con frecuencia a los directivos de la Compañía, contestando fuera de tono.

Ha mostrado una falta de responsabilidad en el trabajo por cuanto se ha encargado de enviar ofertas por correo electrónico a los clientes de la Compañía que no han sido recibidas en muchos casos. Muchas de las direcciones de correo electrónico fueron escritas incorrectamente sin ser comprobadas antes de su envío y, en algunos casos, después de detectados los errores, éstos no fueron solucionados.

Por último, en los análisis de ventas que ha realizado se han detectado errores importantes en la cuantía de las cifras. Dichos errores no pueden deberse a otro motivo que a su desidia en la realización del trabajo.

Por consiguiente, los hechos citados son constitutivos de sanción que se aplica de acuerdo con el precepto citado, siendo la fecha de efectos de la extinción la de 30 de julio de 2002.

Le informamos que podrá pasar a recoger su liquidación en un plazo de 48 horas contados a partir del día siguiente a los efectos del despido”.

b) El Sr. de L, delegado de la empresa en Barcelona y jefe inmediato del actor, recriminó en ocasiones a éste su forma de vestir, realizando comentarios despectivos, lo mismo que sobre su condición homosexual, inquiriendo en su vida personal.

El trabajo se desenvolvía en una oficina donde realizaban su prestación de servicios siete trabajadores, entre ellos don Paul y el citado superior. En algún caso el trabajador, a nivel interno y con compañeros de trabajo, discrepó de la organización del trabajo y de las actitudes de algunos jefes hacia él.

El Sr. de L realizaba una distribución de tareas que sobrecargaba las obligaciones laborales del recurrente en amparo. No consta que el trabajador llegara a ser sancionado de manera formal, ni tampoco objeto de amonestaciones, habiéndose acreditado únicamente que en una ocasión se le indicó la necesidad de comprobar el trabajo ante ciertas disfunciones.

El trabajador fue asistido médicamente por ansiedad a raíz del despido, siéndole recetado determinado tratamiento farmacológico.

c) Recibida la comunicación extintiva, presentó demanda de despido que fue resuelta por el Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona, en Sentencia de 12 de noviembre de 2002. Razona la resolución judicial que la carta de despido produce indefensión ante la falta de concreción de las imputaciones, toda vez que se habla de indisciplina en el desempeño del puesto de trabajo pero no se indica en qué consiste; que se hace referencia a críticas a la dirección de la compañía, pero no se especifican, y que tampoco se indica en qué consiste la falta de responsabilidad o errores en los que hubiera podido incurrir el actor en su trabajo ni en qué fechas ni casos concretos se produjeron. Bajo esas circunstancias, proseguía la Sentencia, de la redacción de la carta no puede extraerse una conducta transgresora de sus obligaciones laborales por parte del trabajador, lo que determinaría la improcedencia del despido.

Ahora bien, lejos de detenerse en lo anterior, según el juzgador el trabajador acredita indicios de acoso psicológico a su persona debido a su condición de homosexual, habiendo quedado probado que en la oficina se conocía su opción sexual, así como las conductas a nivel verbal del delegado de la empresa en Barcelona con relación a personas de dicha orientación. Frente a esos hechos, afirma la Sentencia, la empresa se limitó a imputar generalidades, sin haber probado razones de carácter disciplinario para llevar a cabo el despido. En consecuencia, concurre un móvil de carácter psicológico

y de presión al trabajador por su condición de homosexual, hecho conocido de forma notoria en la empresa, siendo el despido de carácter discriminatorio, debiendo calificarse como nulo, por vulneración de los arts. 14, 15 y 18.1 CE, y los arts. 4.1 c) y 4.2 e) y 17.1 del Estatuto de los trabajadores, en relación con el art. 55.5 del mismo texto legal y 108.2 LPL, y conforme a la doctrina constitucional.

d) La sociedad demandada recurrió en suplicación, solicitando en los dos primeros motivos de su recurso la adición de dos nuevos hechos probados, e invocando en el motivo jurídico de su impugnación la errónea aplicación de los arts. 14, 15 y 18 CE y de los preceptos legales citados en la Sentencia recurrida. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó el recurso, revocando la calificación de nulidad del despido.

En efecto, tras rechazar la adición fáctica solicitada, la resolución recurrida en amparo mantiene que no obstante constatarse indicios de trato vejatorio en la persona del reclamante por causa de su condición de homosexual, “tanto la razonable entidad disciplinaria de las imputaciones contenidas en la carta de despido como el fallido intento de su eficaz prueba procesal impide concluir a favor de la nulidad de una decisión extintiva que sólo restrictivamente puede ser considerada”. No nos encontramos, dice el Tribunal, “ante una arbitraria manifestación disciplinaria por parte de la empresa (al no concurrir una causa inexistente, dolosamente inventada, con el fin torticero de lograr una declaración de improcedencia ... ); existiendo, por el contrario, unos supuestos incumplimientos contractuales con trascendencia disciplinaria”. Destaca, en ese sentido, que la carta de despido se refiere a la reiterada negativa del actor a desempeñar algunas tareas que le fueron encomendadas a pesar de las instrucciones dadas por la dirección de la compañía, así como a su falta de responsabilidad en el trabajo, concretada en errores en la comunicación con clientes que no fueron solucionados por el actor ni siquiera cuando fueron detectados, y cita en relación con todo ello el testimonio de un compañero del actor en el acto del juicio según el cual don Paul se negaba a hacer determinadas labores, lo que coincidiría, dice la Sala, con lo manifestado por el Sr. L. En consecuencia, concluye la resolución recurrida, en modo alguno puede declararse la nulidad del despido apreciada en instancia, revocando esa calificación y considerando el despido como improcedente, pues éste sería el único efecto jurídico de la inconcreción de la carta de despido puesta de manifiesto en la Sentencia del Juzgado de lo Social.

3. En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda de amparo, entiende el recurrente que la Sentencia impugnada vulnera el art. 14 CE, que reconoce el principio de igualdad y no discriminación, también en su vertiente de no discriminación por la condición u orientación sexual.

Aduce que tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, recurrida en amparo, reconocen la existencia de indicios de discriminación por la condición de homosexual del trabajador, resaltando que la Sentencia de instancia declara expresamente que las imputaciones genéricas de la carta no quedaron probadas, quedando inalterado el relato fáctico en el grado jurisdiccional de suplicación al no estimarse los motivos del recurso que solicitaban la revisión del mismo. Pese a ello, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la declaración de nulidad del despido afirmando que para descartar esa calificación jurídica es suficiente “el intento de prueba” de los supuestos incumplimientos disciplinarios. Ese planteamiento no sólo carece de apoyo en las actuaciones judiciales, sino que es contrario a la jurisprudencia constitucional en materia de prueba indiciaria en el proceso laboral. El Tribunal Constitucional no admite para neutralizar el panorama indiciario un mero intento probatorio. Al contrario, exige que la empresa acredite la existencia de hechos motivadores de la decisión extintiva ajenos al móvil discriminatorio. Se trata de una carga probatoria, no de un simple intento de acreditación. Así pues, la solución acogida comporta hacer prácticamente imposible la consecución de la nulidad de un despido por violación de un derecho fundamental, pues bastaría para

destruir la presunción generada por los indicios el mero intento de prueba (a través de cualquier documento o incluso con la declaración del propio acosador, pone por caso).

Por todo ello, solicita la declaración de la vulneración de ese derecho fundamental (art. 14 CE) y la anulación de la Sentencia recurrida, de fecha 27 de junio de 2003, recaída en recurso de suplicación núm. 2089-2003, declarándose la firmeza de la Sentencia del Juzgado Social núm. 24 de los de Barcelona, de 12 de noviembre de 2002.

4. En providencia de 31 de marzo de 2005 la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 LOTC, acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda presentada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega en nombre y representación de don Paul .

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC acordó dirigirse a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y al Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona, a fin de que en el plazo de diez días remitiesen certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes; solicitando al Juzgado que emplazara a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, a los efectos de que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación de 7 de junio de 2005, se acordó tener por personada y parte en el procedimiento a la Procuradora doña María Luisa Montero Correal, en nombre y representación de compañía mercantil Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.p.A., así como, de conformidad con el art. 52.1 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. En escrito registrado el día 11 de julio de 2005 la representación procesal de la parte recurrente cumplimentó el trámite de alegaciones, ratificándose íntegramente en las realizadas en su demanda de amparo.

7. El día 8 de julio de 2005 presentó sus alegaciones Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.p.A., interesando la desestimación del recurso. Señala, en primer lugar, que el carácter subsidiario del recurso de amparo exige que el acceso al mismo no quede abierto en tanto no se hayan agotado todos los recursos, siendo contrario a dicho carácter no haber interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia que se impugna.

En cuanto a los motivos del recurso afirma que se ha excluido la vulneración de derechos fundamentales en supuestos de pluricausalidad, dándose esa situación cuando a pesar de la existencia de indicios, incluso si la medida empresarial resulta a la postre antijurídica, del relato fáctico se infiere la inexistencia de un propósito discriminatorio o atentatorio del derecho constitucional invocado. A su juicio, contrariamente a lo manifestado por el recurrente, en el caso enjuiciado no existen datos que permitan albergar una razonable sospecha de que concurriera un móvil discriminatorio en el cese: una cosa es que el trabajador pudiera llevarse más o menos bien con su jefe y otra muy diferente que éste le acosase o le discriminase. Por lo demás, se omitieron datos fácticos que demostrarían que la conducta empresarial no fue discriminatoria (por ejemplo, que con fecha 28 de febrero de 2002 la dirección autorizó los billetes de avión solicitados por el demandante para un viaje de sus padres, o que en diversas ocasiones la empresa autorizó al demandante para ausentarse de su trabajo por asuntos personales —ajenos a su actividad profesional— como ir al Notario para vender un piso o acudir a una reunión).

En suma, es necesario una prueba más contundente de la existencia de indicios para presumir que el empresario ha actuado efectivamente con afán discriminatorio hacia el trabajador por su condición de homosexual, no bastando los genéricos alegatos que se contienen en la Sentencia de instancia para cuestionar y poner en duda la verdadera intencionalidad de la decisión empresarial. Lo que para el Juez de instancia son indicios de discriminación constituyen, en realidad, simples conjeturas o meras suposiciones.

La decisión disciplinaria que adoptó la empresa se fundó expresamente en una imputación de conductas propias de un ilícito laboral sin ningún matiz discriminatorio. Fue adoptada, por tanto, obedeciendo a motivaciones propiamente disciplinarias. La práctica de la prueba pudo no haber acreditado la existencia de un incumplimiento grave y culpable achacable al actor que justificara la procedencia de su despido, pero en ningún caso se ha revelado un ejercicio arbitrario de la potestad disciplinaria con trascendencia constitucional, tal como declara la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se recurre en amparo.

8. El día 23 de junio de 2005 evacuó el trámite de alegaciones el Ministerio Fiscal, solicitando la estimación del recurso. En su opinión, el relato de hechos registra indicios de una conducta empresarial dirigida a sancionar al trabajador por razón de su orientación sexual. Frente a ellos, salvo una advertencia dirigida al trabajador en el mes de diciembre de 2001 acerca de la manera correcta de realizar una labor específica, no consta probada ninguna de las imputaciones de la empresa referidas a supuestas conductas incumplidoras por parte del trabajador. Es más, la propia Sentencia recurrida afirma la existencia de los indicios discriminatorios, aunque seguidamente considere que lo relevante no es esto sino la inexistencia de prueba sobre los alegados incumplimientos contractuales, deduciendo de ello la improcedencia del despido pero no su nulidad. Con tal argumentación, dice el Fiscal, la Sala ignora la doctrina constitucional que impone en estos casos la inversión de la carga de la prueba, una vez que se han acreditado indicios de la lesión de un derecho fundamental. La empleadora, en fin, no ha desvirtuado en modo alguno los indicios de que el cese del trabajador se debía a su condición homosexual, vulnerándose con ello el derecho a la no discriminación por razón de una condición personal, cual es la orientación sexual.

9. Por providencia de 9 de febrero de 2006 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 13 del mismo mes y año.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de junio de 2003, que estimó el recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona, de 12 de noviembre de 2002, que había declarado nulo el despido del recurrente por considerarlo discriminatorio.

El demandante mantiene que la resolución judicial recurrida en amparo ha conculcado el derecho fundamental del art. 14 CE, porque es contrario a la jurisprudencia constitucional el criterio del órgano judicial de suplicación, según el cual resulta suficiente el intento probatorio desplegado por la empresa frente a los indicios aportados, pese a que con él no lograra neutralizar el panorama discriminatorio probado por el actor en el proceso.

Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.p.A., por su parte, solicita la desestimación del recurso al considerar que no existían indicios de suficiente entidad para que pudiera apreciarse un panorama discriminatorio en el despido disciplinario. Finalmente, el Ministerio Fiscal interesa que se estime la

demanda, tras concluir que la valoración que la Sentencia recurrida ha hecho de las circunstancias concurrentes es contraria al art. 14 CE.

2. Con carácter previo a cualquier otra cuestión es preciso analizar la objeción de carácter procesal articulada por la empresa Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.p.A., consistente en no haberse formalizado por don Paul , con carácter previo al amparo, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia dictada en el grado jurisdiccional de suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La concurrencia de dicho óbice determinaría la inadmisión del recurso en este momento procesal, de acuerdo con lo establecido en los arts. 44.1 a) y 50.1 a) LOTC, pues, como es sabido, los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque el recurso haya sido inicialmente admitido a trámite (por todas, SSTC 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 3; 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 18/2002, de 28 de enero, FJ 3, o 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 4).

En relación con la necesidad de interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, como recordaba la todavía reciente STC 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 2, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que para apreciar la falta de agotamiento de la vía judicial previa no basta la alegación abstracta de la procedencia del mencionado recurso, pues corresponde a quien pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto, debiendo abstenerse de efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso. En este caso, la empresa compareciente no ha cumplido con tal carga, al no acreditar la existencia de una resolución judicial con la que la impugnada fuera contradictoria conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la Ley de procedimiento laboral (LPL). Dicho de otro modo, no ha aportado ningún dato o elemento de juicio del que deducir claramente su viabilidad, que permita poner en evidencia la concurrencia de la causa de inadmisión que propone, por lo que el óbice no puede prosperar.

3. Nuestro enjuiciamiento debe centrarse en determinar si el actor ha sido objeto de una conducta empresarial contraria al derecho fundamental a la no discriminación consagrado en el art. 14 CE.

Entre tantas otras, la Sentencia 39/2002 del Pleno de este Tribunal, de 14 de febrero, FJ 4, sienta nuestra doctrina sobre el principio de no discriminación:

“La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de

discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11)”.

En relación con lo anterior, es de destacar que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, *ex art.* 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso *Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*, § 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos *L. y V. contra Austria*, § 48, y *S.L. contra Austria*, § 37, ó 24 de julio de 2003, caso *Karner contra Austria*, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso *B.B. contra Reino Unido*; 21 de octubre de 2004, caso *Woditschka y Wilfing contra Austria*; 3 de febrero de 2005, caso *Ladner contra Austria*; 26 de mayo de 2005, caso *Wolfmeyer contra Austria*; ó 2 de junio de 2005, caso *H.G. y G.B. contra Austria*).

Del mismo modo, y en relación con el art. 26 del **Pacto internacional de derechos civiles y políticos**, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488/1992, caso *Toonen contra Australia*, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941/2000, caso *Young contra Australia*, § 10.4).

Finalmente, es imprescindible la cita del art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que contiene la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la

Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual*”.

Pueden mencionarse entre otras, por aludir a esa previsión o a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Por otra parte, el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la “orientación sexual” como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

En definitiva, los tratos desfavorables por razón de la orientación homosexual, también los que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación proscrita por el art. 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 de la propia Constitución. Bajo esas circunstancias, extendiendo a estos terrenos la doctrina constitucional sentada en relación con otros motivos de discriminación —distintos en su causa pero coincidentes en la protección constitucional que precisan—, concluiremos que en el ámbito de las relaciones laborales la prohibición de discriminación por orientación homosexual alcanzará tanto a decisiones causales como el despido, como a decisiones empresariales *ad nutum*. Y es que la paridad que impone el segundo inciso del art. 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sea cual sea su orientación sexual.

4. Este Tribunal ha reiterado desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba en la que se fundó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos, que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal y que viene recibiendo consideración en los más diversos ámbitos de creación normativa (por todas, STC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 2).

Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, antes citada hemos ido perfilando los valores constitucionales en juego en ese tipo de casos, los márgenes y límites de nuestra función jurisdiccional y los criterios aplicables en el control que realizamos de las vulneraciones alegadas.

Así, en lo primero, cabe destacar que la distribución de cargas probatorias propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental.

En lo segundo, es reseñable de manera singular que este Tribunal Constitucional no realiza un examen de los actos empresariales potencialmente lesivos desde una perspectiva de legalidad que no le es propia, sino en atención a la cobertura que los derechos fundamentales invocados ofrecen; haciéndolo, por lo demás, sin alterar los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC, lo que no impide, según establecimos en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio, o 17/2003, de 30 de enero, que podamos alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia.

Finalmente, en cuanto al canon de control constitucional, es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (entre tantas otras, SSTC 90/1997, de 6 de mayo; 66/2002, de 21 de marzo, y 151/2004, de 20 de septiembre). El primero consiste en la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero; o 17/2003, de 30 de enero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido.

En atención a los matices que han ido presentando los diferentes casos enjuiciados por este Tribunal, hemos ido realizando precisiones y concreciones adicionales de esa doctrina. Sin ningún propósito de exhaustividad, pueden citarse algunas de las más relevantes a la vista de los perfiles del caso actual. En primer lugar, en relación con la carga probatoria del trabajador, pueden subrayarse nuestras indicaciones sobre el tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio, apuntadas en nuestro ATC 89/2000, de 21 de marzo, y después recogidas expresamente por la STC 17/2003, de 30 de enero. Decimos, en ese sentido, que tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Debe señalarse en relación con ello, con cita por ejemplo de la STC 30/2002, de 11 de febrero, que en la aportación de una prueba verosímil o principio de prueba de la vulneración denunciada resultará insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental, lo mismo que reflejar tal afirmación en unos hechos. Al contrario, en casos en los que la sospecha o apariencia de la violación del derecho fundamental se pretende hacer descansar en una inferencia derivada de la relación entre diversos hechos, será exigible una conexión lógica entre todos ellos que encuentre fundamento en algún nexo causal (o en otros términos, un relación directa entre las decisiones empresariales y el derecho fundamental, como ya dijimos en la STC 87/1998, de 21 de abril, FJ 4).

De igual modo, ahora en lo que atañe a la carga probatoria del empresario una vez aportado por el trabajador demandante un panorama indiciario, este Tribunal ha sentado también una serie de criterios. Enunciando sólo algunos de los más sobresalientes, recordaremos que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (por todas, STC 90/1997, de 6 de mayo), de manera que no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; que la obligación empresarial de neutralización de los indicios constituye una auténtica carga probatoria, que no puede entenderse cumplida por el mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, entre tantas otras)—, que debe llevar a la convicción del juzgador de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales; que la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (así lo hemos establecido con reiteración desde la STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5); que esa carga probatoria incumbe al empresario incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, ya que esto no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales del trabajador (por ejemplo, STC 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6); o, para concluir, que no basta una genérica explicación de la empresa, pues debe acreditar *ad casum* que existe alguna justificación laboral real y de entidad suficiente en su decisión, es decir, desde la específica y singular proyección sobre el caso concreto (recientemente, STC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3, y las allí citadas).

Pues bien, en estos terrenos de la carga probatoria de la empresa será necesario en esta ocasión, por lo que afecta a la resolución del presente caso, realizar nuevas precisiones, dado que la resolución judicial recurrida ignora la doctrina constitucional por motivos que conviene clarificar.

5. En efecto, centrados como estamos en el plano del poder disciplinario, será imprescindible hacer referencia a la idea de la pluricausalidad. Los despidos “pluricausales” son aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, como puede ser el invocado en este recurso de amparo, el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva. El verdadero sentido de la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional en Sentencias como la STC 7/1993, de 18 de enero, o más recientemente en la STC 48/2002, de 25 de febrero, sobre dichos despidos “pluricausales”, consiste en que, como se dice en la primera de ellas, “cuando se ventila un despido ‘pluricausal’, en el que confluyen una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado” (FJ 4).

Subsiste, por tanto, como decía la citada STC 48/2002, de 25 de febrero, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, esto es, acreditar que la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezca a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. O en otras palabras, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo

alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo. La decisión empresarial no será, así, contraria a derechos fundamentales cuando aun “sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental” (STC 7/1993, de 18 de enero, nuevamente).

Es decir, en estos supuestos disciplinarios podrá neutralizarse el panorama indiciario, en primer lugar, acreditando de manera plena la causa legal expresada en la carta de despido, siempre que ese resultado probatorio revele efectivamente la desvinculación entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocado (pues, como se sabe, la declaración de procedencia del despido no permite descartar —en todo caso y sin excepción— que éste sea lesivo de derechos fundamentales: por todas, STC 14/2002, de 28 de enero, FJ 7). En segundo lugar, los indicios también podrán resultar contrarrestados, incluso si no llega a acreditarse el incumplimiento contractual aducido en la carta de despido, cuando el empresario demandado demuestre —que es lo trascendente desde la perspectiva constitucional— que los hechos motivadores de su decisión se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Esto es, dicho en otros términos, la acreditación plena del incumplimiento contractual habilitante del despido permite entender, en principio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios; pero también neutralizará el panorama indiciario aquella actividad probatoria de la empresa de la que quepa concluir la desconexión patente entre el factor constitucionalmente protegido (aquí, la orientación homosexual) y el acto empresarial que se combate (el despido, en este caso), logre o no logre probar fehacientemente el empleador, además, la causa legal disciplinaria contenida en el escrito de comunicación del despido.

Llevado lo expuesto al caso, sólo podría llegarse a la conclusión de la Sentencia recurrida sobre la inexistencia de nulidad del despido si Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.p.A., hubiera acreditado —no solamente intentado acreditar— el incumplimiento contractual recogido en la carta de despido o si, pese a no conseguirlo, hubiera logrado despojar de todo fundamento la conexión indiciaria entre los hechos alegados por el trabajador y la decisión extintiva adoptada, fuera ésta o no ajustada a Derecho desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, es decir, quedaran o no verificados los elementos precisos para declarar concurrente la causa extintiva recogida por la carta de despido.

6. Conforme a la anterior doctrina y en los términos enunciados, nos corresponde ahora analizar el caso concreto que se nos plantea. En primer lugar, examinar si la parte actora acreditó la existencia de indicios de que el despido estaba fundado en la orientación sexual, pues esa circunstancia es puesta en duda por la empresa que comparece en este procedimiento constitucional y, más que eso, podría incluso inferirse de la Sentencia recurrida en amparo, pese a que afirma al mismo tiempo en su fundamentación jurídica que los indicios concurren. En este primer plano de control, como se dijo más atrás, que este Tribunal no pueda revisar la valoración de la prueba efectuada por los Jueces y Tribunales ordinarios, “función privativa suya” que no podemos desplazar, no obsta a que podamos alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia (entre las ya citadas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 2), en lo que deberá considerarse, según se adelantaba igualmente, que tendrán aptitud indiciaria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental (ATC 89/2000, de 21 de marzo, y STC 17/2003, de 30 de enero).

Esto es, la aportación de la prueba que concierne a la parte actora deberá superar inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se fundara la demanda en alegaciones meramente retóricas o faltase la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pudiera establecerse, haciendo verosímil la inferencia, no se podría pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado. De ahí que, en situaciones como la de autos, a la

circunstancia concurrente de la extinción del contrato de trabajo será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión el factor protegido (la libre orientación sexual del trabajador, en este caso) y el resultado de perjuicio que concretaría la lesión (esta vez, la extinción contractual), por cuanto la orientación homosexual representa únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la violación del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto (SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 4, y 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 3).

Esa conexión necesaria se aprecia en esta ocasión a todas luces. Como dicen los órganos judiciales, se desprende de los hechos probados la relación conflictiva entre el trabajador y su superior, motivada por la orientación homosexual de aquél. En efecto, el relato de hechos de las resoluciones judiciales declara probados los comportamientos despectivos del superior del trabajador respecto de su orientación homosexual, así como la existencia de una organización y distribución del trabajo que le perjudicaba, sobrecargando sus obligaciones, todo lo cual apunta como mínimo la posibilidad de la lesión, se consideren de mayor o menor entidad tales indicios y resulten, en consecuencia, más o menos fácilmente neutralizables, según señalaba la jurisprudencia anteriormente citada sobre este aspecto. En definitiva, los hechos poseen entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la posible vulneración del derecho fundamental, como mantiene el Ministerio Fiscal y han reconocido ambos órganos judiciales, también el que dicta la Sentencia recurrida en amparo.

7. La Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no obstante haber mantenido los hechos declarados probados por la resolución de instancia y haber afirmado la concurrencia del panorama indiciario, consideró en cambio que los indicios aportados no tenían la entidad suficiente para justificar la calificación de nulidad del despido, por lo que procedió a revocar su declaración, realizada en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona.

Según recogíamos en los antecedentes de esta resolución, llega a tal conclusión afirmando que, no obstante constatarse indicios de trato vejatorio en la persona del reclamante por causa de su condición de homosexual, “tanto la razonable entidad disciplinaria de las imputaciones contenidas en la carta de despido como el fallido intento de su eficaz prueba procesal impide concluir a favor de la nulidad de una decisión extintiva que sólo restrictivamente puede ser considerada”. De ahí deduce que no nos encontramos “ante una arbitraria manifestación disciplinaria por parte de la empresa (al no concurrir una causa inexistente, dolosamente inventada, con el fin torticero de lograr una declaración de improcedencia ... ); existiendo, por el contrario, unos supuestos incumplimientos contractuales con trascendencia disciplinaria”. Destaca, en ese sentido, que la carta de despido se refiere a la reiterada negativa del actor a desempeñar algunas tareas que le fueron encomendadas a pesar de las instrucciones dadas por la dirección de la compañía, así como a su falta de responsabilidad en el trabajo, concretada en errores en la comunicación con clientes que no fueron solucionados por el actor ni siquiera cuando fueron detectados, y cita en relación con todo ello el testimonio de un compañero del actor en el acto del juicio, según el cual don Paul se negaba a hacer determinadas labores, lo que coincidiría, dice la Sala, con lo manifestado por el Sr. L.

Esa interpretación no es conforme a los derechos y valores constitucionales en juego, ni puede aceptarse a la vista de la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia que, como destaca el Ministerio público en sus alegaciones, ignora abiertamente.

En efecto, son cuatro los argumentos que se ofrecen: a) la entidad disciplinaria de lo imputado en la carta de despido; b) el intento, aunque fallido, de probar los incumplimientos contractuales habilitantes del despido; c) el carácter restrictivo de la calificación de nulidad del despido; d) el testimonio de un compañero del trabajador sobre las resistencias del trabajador a realizar determinadas actividades.

Las tres primeras razones se caracterizan, desde la perspectiva constitucional afectada, por su notoria insuficiencia. Es evidente que la naturaleza disciplinaria de lo imputado no neutraliza indicio alguno. Tiene sólo una dimensión normativa y apriorística, que ha de someterse a la práctica probatoria correspondiente, en la que se deduce no ya la caracterización abstracta de la causa extintiva invocada en la carta de despido sino su concreción efectiva en el caso. Lo mismo debe decirse del pretendido carácter restrictivo de la calificación de nulidad del despido, por vulneración de derechos fundamentales, criterio que no tiene fundamento alguno, pues su declaración únicamente puede depender de la acreditación plena o indiciaria (si no llega a ser neutralizada por la empresa en los términos exigidos, anteriormente expuestos) de la lesión de que se trate. En tercer lugar, el intento probatorio, cuando es fallido desde la perspectiva constitucional de la que hablamos (esto es, si no acredita la desconexión entre el acto empresarial y el derecho fundamental), no tiene valor alguno frente al panorama indiciario ofrecido por la parte actora, pues la falta de prueba que lo contrarreste, según se dijo, trasciende el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador.

El último argumento que recoge la Sentencia tampoco puede ser aceptado. En efecto, la declaración testifical a la que se refiere el órgano de suplicación no determinó la modificación de los hechos probados a través del cauce legalmente previsto [art. 191 b) LPL], pues la petición de la empresa en los motivos fácticos articulados en suplicación tenía un objetivo distinto, además de haber sido rechazada por la Sentencia. Por lo demás la Sentencia recurrida no justifica cómo, ni razona por qué esa declaración testifical permitiría desconectar la extinción del contrato de trabajo de la orientación homosexual de don Paul .

En definitiva, las razones en las que se basa la resolución impugnada en amparo ignoran la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la prueba indiciaria y la distribución de cargas probatorias propias de ésta en el proceso laboral. El recurrente en amparo aportó indicios de la relación del despido con su orientación homosexual, no habiendo logrado la empresa neutralizar tales principios de prueba, como pone de manifiesto la Sentencia de instancia y viene a reconocer de hecho la Sentencia recurrida, pese a la conclusión que finalmente adopta. La empresa censuró incumplimientos contractuales que no logró probar, y no demostró que las razones reales del despido fueran ajenas al móvil discriminatorio, o que los hechos indiciarios ofrecidos por el actor carecieran de conexión alguna con la decisión extintiva. Por ello, la lesión debe ser declarada y repararse, con la consiguiente nulidad del despido, anulando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de junio de 2003, y declarando la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona, de 12 de noviembre de 2002.

## **F A L L O**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Paul y, en su virtud:

1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho del recurrente a no ser discriminado por ser homosexual (art. 14 CE).

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de junio de 2003, dictada en el recurso de suplicación núm. 2089-2003, en proceso de despido.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a trece de febrero de dos mil seis.