



Roj: **STS 2435/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2435**

Id Cendoj: **28079140012020100526**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2020**

Nº de Recurso: **36/2018**

Nº de Resolución: **582/2020**

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

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11784/2017,**
STS 2435/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **36/2018**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 582/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 2 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D.^a Carolina Martín-Maestro Barbero, en nombre y representación de Vorwek España, M.S.L, S.C., contra la sentencia de 26 de octubre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 4.^a, en el recurso de suplicación núm. 576/2017, formulado frente a la sentencia de 21 de abril de 2017, dictada en autos 967/2016 por el Juzgado de lo Social núm. nº 9 de los Madrid, seguidos a instancia de D.^a Alejandra , contra Vorwek España, M.S.L, S.C., sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Abogado D. José Ignacio García-Nieto Fernández, en representación de D.^a Alejandra .

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de abril de 2017, el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMADO EN PARTE la demanda formulada por DOÑA Alejandra frente a VORWERK ESPAÑA, M.S.L, S.C, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la



actora efectuado el 08.09.2016 debiendo la empresa demandada optar en el plazo de CINCO DIAS desde la notificación de la sentencia entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización de 15.945,15 euros. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo a la fecha del despido (08.09.2016). De optar por la readmisión deberá abonar salarios de tramitación, en su caso, desde la fecha del despido hasta notificación de sentencia a razón de 75,48 euros/día".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO.- Dña. Alejandra con DNI nº: NUM000 ha prestado sus servicios para la empresa demandada Vorwek España, M.S.L, S.C, desde el día 8 de Noviembre de 2010, con la categoría profesional de Licenciada, desempeñando su trabajo en el Departamento de Marketing y comunicación bajo la dependencia directa de la Responsable del Departamento, Dña. Caridad, conforme al sistema profesional previsto en el Convenio Colectivo de Siderometalúrgica. El contrato que unía a las partes era indefinido y percibía un salario anual bruto de 27.550,00 € con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. SEGUNDO.-El 8 de Septiembre de 2016 fue despedida mediante entrega de carta del siguiente tenor literal: "Muy Sra. Nuestra: Por la presente carta que se le entrega en mano, venimos a comunicarle la decisión que ha adoptado la empresa de proceder a la extinción del contrato de trabajo con efectos del día de hoy, en base a lo previsto en el artículo 54 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo (en adelante ET) Le informamos que la dirección de esta empresa, en uso de las facultades que le atribuye el artículo 54. del ET ha decidido proceder a su despido disciplinario con efectos del día de hoy. Estimamos que UD. ha incurrido en causa de incumplimiento contractual del artículo 54.2.e) del ET "La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado" durante el periodo de tiempo comprendido entre Febrero de 2016 y la fecha de hoy. Así de su bajo rendimiento ha provocado una carga extraordinaria en otros recursos del departamento, concretamente es el caso de la "Gestión de la campaña de CRM-VK200", cuya mala planificación provoca que en los últimos 4 días los compañeros del departamento tengan que dedicarse exclusivamente a salvarla mediante la extracción de datos correctos y rectificación de lo que hasta ese momento se había hecho por su parte. Otra muestra clara de su bajo rendimiento provoca que los materiales de lanzamiento del nuevo Producto (VK200) aparecía erróneamente el nombre del Producto anterior (VK150), con la consiguiente corrección y costes añadidos en el lanzamiento del nuevo producto. Mala maquetación e impresión errónea de cartelería, que significo nuevamente reimprimir los materiales, siendo inutilizables los que Vd. Habla encargado, con el consiguiente coste añadido. Lamentando la decisión que nos vemos obligados a adoptar, le comunicamos que en su centro de trabajo se encuentra a su disposición la liquidación de haberes y el recibo del finiquito pertinentes que ha devengado hasta el día de hoy. Rogándole tenga la amabilidad de firmar la copia de esta carta solo a efectos de acreditar su recepción, si se niega a recibirla, le será hecha entrega ante testigos que den fe del cumplimiento del trámite. Asimismo, le informamos que de acuerdo con la legislación vigente, si usted desea acceder a las prestaciones de desempleo, puede hacerlo de forma directa, sin que sea necesaria la impugnación del presente comunicado de despido. En este mismo acto le solicitamos la devolución de llaves del centro, claves de acceso así como cualquier material o soporte magnético que contenga datos de carácter comercial perteneciente a la compañía, o bien que pudiera contener datos relativos a los clientes, proveedores, vendedores o trabajadores de la compañía. Atentamente". TERCERO.- El 11.05.2016 causa la actora baja en IT por la contingencia: "Gastroenteritis Infecciosa Inespecífica (GEA); Infecciones Intestinales mal definidas", derivada de enfermedad común y alta el 17.05.2016 (folio 99 por reproducido). Obra al folio 115 cuyo contenido se da íntegramente por reproducido la plantilla de la empresa. Los folios 103 a 111 recogen el listado de trabajadores con maternidad y paternidad. En el Departamento de la actora compuesto por una plantilla de 5 trabajadores, 4 son mujeres en edad de gestación (testifical Dña. Caridad, Superiora de la actora).- CUARTO.- La empresa no tuvo conocimiento de los abortos de la demandante, ni del seguimiento de programas de tratamientos de fertilidad, con anterioridad al despido. A la actora le sucedió Dña. Erica, que seguía un tratamiento de fertilidad, causando bajo de IT el 12.03.2017. (Folio 101 y testificales Sra. Caridad y D. Mariano).- QUINTO.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el último año cargo de representante de personal ni sindical alguno.- SEXTO.- En fecha 16.09.2016 la demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acto administrativo el 29.09.2016 sin avenencia ante la oposición de la demandada".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D^a Alejandra, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 4^a, la cual dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 2017 en la que se modificaron los hechos probados en el siguiente sentido: "TERCERO.-El 11.05.2016 causa la actora baja en IT por la contingencia Gastroenteritis Infecciosa Inespecífica (GEA); Infecciones Intestinales mal definidas posterior a aborto diferido sufrido el día 7 de mayo de 2016", también se adiciona un nuevo hecho probado con el siguiente tenor literal: "QUINTO.- La trabajadora se encontraba dispuesta a iniciar un nuevo tratamiento de fertilidad a partir del día 15 de septiembre de 2016", consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Letrado de la demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de esta ciudad en autos nº



967/2016, debemos revocar y revocamos dejando sin efecto la resolución impugnada y, en su lugar, estimando íntegramente la demanda formulada por D^a Alejandra contra VORWERK ESPAÑA MANAGEMENT SL S COM, debemos declarar y declaramos NULO el despido de que fue objeto la demandante el día 08.09.2016, por parte de la empresa demandada a la que debemos condenar y condenamos a la inmediata readmisión de la demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones laborales que tenía antes de ser despedida, con abono de los salarios dejados de percibir desde aquella fecha de 08.09.2016 hasta su reincorporación al puesto de trabajo. Sin costas".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 4^a, por la representación procesal de Vorwek España, M.S.L, S.C., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 8 de julio de 2014 (R. 1500/2014). El motivo de casación alegaba infracción de normas del ordenamiento jurídico (art. 14 e la Constitución y Art 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- La Sala procedió a admitir a trámite el citado recurso e impugnado el recurso por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de junio de 2020, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El debate casacional suscitado por la mercantil Vorwek España, M.S.L, S.C gira en torno al despido declarado nulo por la sentencia que recurre: la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de octubre de 2017 (R. 576/2017). Cuestiona que el despido disciplinario de la actora, posterior a un aborto y estando en tratamiento de fertilidad, constituya despido nulo por vulneración de derechos fundamentales.

Dicha resolución efectúa esa calificación de nulidad (discriminatorio por razón de sexo) estimando íntegramente la demanda de la trabajadora y revocando correlativamente la sentencia de instancia, cuya estimación había sido parcial. La Sala razona que la demandante en el curso de la relación laboral nunca había sido objeto de reconvencción o amonestación por parte de la empresa por ningún tipo de incumplimiento de sus obligaciones laborales; que, por el contrario, incluso había recibido, por parte de su superior directa, felicitaciones por el desempeño profesional. Y considera que, si a esta trayectoria laboral se unen sus vicisitudes ginecológicas acaecidas en fechas próximas a su despido, que por no justificado ha sido declarado improcedente en la instancia (lo que no ha impugnado la empresa), hay que presumir con razonable certeza que dicho despido se debió o fue motivado únicamente por esas cuestiones ginecológicas -abortos, tratamientos de fertilidad- y las consecuencias patológicas que le causaron.

2. Por el Ministerio Público se ha informado la desestimación del recurso ante la carencia de la necesaria contradicción que centra en dos elementos esenciales: por una parte, en el conocimiento por la empresa en la recurrida del aborto sufrido por la actora y de que iba a iniciar un tratamiento de fertilidad, lo que no ocurre en la de contraste, en la que se acredita el desconocimiento; y en segundo término la falta de acreditación en la carta de despido objeto de los autos actuales de datos concretos y concluyentes acerca de la disminución voluntaria del rendimiento de la trabajadora, lo que se evidencia divergente en la referencial.

Niega también la identidad entre las contrastadas la representación de la parte actora. Y tras incidir en los dos ejes diferentes que se acaban de señalar, adiciona otro más: que la sentencia referencial proyecta la normativa vigente para identificar la situación de una trabajadora que se somete a una fecundación "in vitro", con la nulidad "ex lege" del despido practicado sobre trabajadoras embarazadas, mientras que la recurrida fundamenta la nulidad del despido en la condición femenina de la trabajadora, considerando nulo el despido por entender que se debe a razones discriminatorias por razón de sexo. Por último, cita en sustento de la resolución combatida la dictada por esta Sala IV en fecha 4.04.2017 (nº 286/2017), postulando su confirmación.

SEGUNDO.- 1. Con relación a la exigencia de contradicción cuestionada tanto por el Ministerio Fiscal como por la contraparte, el legislador (art. 219 LRJS) y la jurisprudencia perfilan una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Entre otras muchas, recuerdan esta doctrina las SSTS de fechas 16.01.2020, rcud 2913/2017 o 12.02.2020, rcud 2736/2017.

Los datos fácticos de la sentencia recurrida constan transcritos en nuestros antecedentes. Destacaremos que la trabajadora prestaba servicios para la empresa demandada desde el 8.11.2010, con la categoría profesional de Licenciada, desempeñando su trabajo en el Departamento de Marketing y comunicación, siendo su contrato



indefinido. Fue despedida el 8.09.2016 mediante la entrega de carta en la que se le imputaba que desde el mes de febrero había bajado su rendimiento. Consta que el 11.05.2016 causa baja en IT por la contingencia: Gastroenteritis Infecciosa Inespecífica (GEA); Infecciones Intestinales mal definidas, posterior a aborto diferido sufrido el día 7.05.2016 y que "se encontraba dispuesta a iniciar un nuevo tratamiento de fertilidad a partir del día 15 de septiembre de 2016". La plantilla de su departamento la integran 5 trabajadores (4 son mujeres en edad de gestación). También que la empresa no tuvo conocimiento de los abortos de la demandante, ni del seguimiento de programas de tratamientos de fertilidad, con anterioridad al despido, y que le sucedió otra trabajadora, que seguía un tratamiento de fertilidad y causó baja de IT el 12.03.2017.

2. La sentencia citada de contraste es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 8.0.2014 (R. 1500/2014), desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto por la actora. Confirma así la calificación del despido improcedente (pretensión subsidiaria de la demanda).

En tal supuesto consta que la trabajadora, auxiliar en formación, prestaba servicios desde el 6.02.2013, siendo desde abril su contrato indefinido. Por carta de fecha 29.07.2013 se le comunica el despido en base a descenso continuado en su productividad. Estuvo en situación de IT del 7 al 16 de mayo por varicela, y del 18 al 19 de junio por causa desconocida, haciéndose constar en el parte fiebre no especificada. Se encontraba sometida a tratamiento de fertilidad, realizando punción ovárica para captación ovocitaria el día 18 de junio. Asimismo, el día 26.07.2013 presentó justificante médico en el que se hacía constar que no se encontraba en condiciones de realizar su trabajo. Dicha circunstancia no la comunicó al empresario.

La Sala de suplicación entiende que no resulta de aplicación la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en el sentido establecido en el artículo 55 ET, en relación el artículo 14 CE, las Directivas 76/207/CEE y 2006/54/CE, y la STJUE de 26.2.2008, Caso Mayr, C-506/2006, excluyendo que el empresario conociera ni siquiera la circunstancia de que la actora estaba sometida a tratamiento de fertilidad, pues los partes de incapacidad temporal no reseñaban tal circunstancia y la propia demandante solicitó que en el parte de baja del mes de junio no constase que era por esa causa, faltado el indicio razonable de que se ha producido la discriminación de la trabajadora. Sin soslayar, a mayor abundancia, que tampoco se probó que el tratamiento de fertilidad estuviera en un estado avanzado de modo que se pudiera equiparar a un embarazo.

3. Para el análisis de la contradicción atenderemos al efectuado a su vez en STS IV de 4.04.2017 (rcud 3466/2015), transcribiendo aquel pasaje que pudiera presentar similitudes con el actual y sin desconocer que entonces la comparativa gozaba de la flexibilidad inherente a la peculiaridad de la sentencia contrastada (dictada por el TJUE) y que hemos destacado igualmente en otros pronunciamientos. Decíamos allí que: No estamos en presencia de dos supuestos de nulidad objetiva por razón del embarazo. La sentencia recurrida no plantea tal cuestión. La referencial, por su parte, sí la plantea pero no como cuestión única. En efecto, respecto de la nulidad objetiva no asimila la situación de la mujer sometida a fecundación in vitro con la que está embarazada. Pero, sí se pronuncia sobre la ilicitud de un despido producido sobre una trabajadora que está sometida a un proceso de fecundación artificial cuando el despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento. Y es, en este punto concreto donde radica la contradicción, puesto que en la sentencia recurrida lo que se discute es, precisamente, sobre la licitud o no de tal despido ante un claro panorama indiciario de que la decisión extintiva obedece al hecho de que la trabajadora está siendo sometida a un tratamiento específico de reproducción asistida, por lo que puede haberse producido un panorama discriminatorio para la trabajadora.

Coincide con los actuales en tampoco estamos ante una nulidad objetiva por razón de embarazo, y en que la ahora referencial, a mayor abundamiento, refiere la falta de acreditación de una situación equiparable al embarazo, mientras que nada dice la recurrida. Habría también puntos de conexión en cuanto a la opción por tratamientos de fertilidad y en la causa plasmada en las cartas de despido: minoración en el rendimiento de trabajo.

4. Pero, la semejanza que pasamos a relatar enerva en el actual supuesto la apreciación del requisito perfilado por aquel art. 219 LRJS, no pudiendo trasladar por ende el criterio de nuestro precedente.

El caso ahora enjuiciado, tras acceder la recurrida a la revisión del capítulo fáctico, completa el panorama indiciario de existencia de un despido discriminatorio, que la empresa no ha desvirtuado, pues el sumatorio que relata abarcaría: la falta de justificación del despido -refiriendo la vaguedad de la causa invocada- que, en consecuencia, sustentó la declaración de improcedencia en la instancia, sin que tal extremo fuera impugnado por la empresa; la constatación de la existencia de cuestiones ginecológicas (aborto, tratamientos de fertilidad) y las consecuencias patológicas que causaron, reflejadas en los correlativos informes médicos de la baja de IT, unido a una trayectoria profesional objeto de repetidas felicitaciones. Y aunque en sede fáctica se mantiene el desconocimiento por la empleadora de los abortos de la demandante, y del seguimiento de programas de tratamientos de fertilidad con anterioridad al despido, la Sala alcanza la convicción de que la



causa real del mismo fue "unos motivos propios de la condición femenina de la actora y, por ello, ha de ser declarado nulo por discriminatorio por razón de sexo".

Por el contrario, el supuesto objeto de contraste concluye la falta del indicio razonable de que se ha producido la discriminación invocada, "pues siendo cierto que la mujer es la única que puede iniciar un tratamiento médico de fertilidad in vitro, se precisaba que dicho hecho fuera conocido por la empresa lo que aquí no acaece sin que se haya evidenciado que el despido se basara esencialmente en el hecho de que la interesada se sometiese al tratamiento.", refiriendo expresamente que los partes de incapacidad temporal (a diferencia del caso presente el dato fáctico correlativo se introdujo en sede de suplicación) no reseñaban tal circunstancia y que la propia demandante solicitó que en el parte de baja del mes de junio no constase que era por causa de la captación ovocitaria, de manera que la empleadora desconocía totalmente esa situación, a la que la Sala anuda la carencia de acreditación de una situación equiparable a la del embarazo.

Por ende, partiendo de distinta base fáctica, resulta enervada la exigencia de contradicción (ex art. 219 LRJS), pues el fallo que una y otra sentencia dictan lo es en respuesta a situaciones que no se evidencian esencialmente idénticas.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones conllevan, conforme a lo informado por el Ministerio Fiscal y la fase procesal actual, la desestimación del recurso unificador, la confirmación de la sentencia recurrida y la declaración de su firmeza.

Procede condenar en costas a la empresa recurrente (art. 235 LRJS), en cuantía de 1.500 euros, acordando la pérdida de los depósitos y de las consignaciones efectuadas en su caso para recurrir (art. 228 del mismo texto legal).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D^a Carolina Martín-Maestro Barbero, en nombre y representación de Vorwek España, M.S.L, S.C.

Confirmar la sentencia de 26 de octubre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 4^a, en el recurso de suplicación núm. 576/2017, declarando su firmeza.

Condenar en costas a la empresa recurrente, en cuantía de 1.500 euros, acordando la pérdida de los depósitos y de las consignaciones efectuadas en su caso para recurrir, a los que se dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.