



Roj: **STSJ CAT 2736/2019 - ECLI: ES:TSJCAT:2019:2736**

Id Cendoj: **08019340012019101994**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2019**

Nº de Recurso: **30/2019**

Nº de Resolución: **1819/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2017 - 0005627

EL

Recurso de Suplicación: 30/2019

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 5 de abril de 2019

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 1819/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por MODA ESE O ESE S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 19 Barcelona de fecha 22 de mayo de 2018 dictada en el procedimiento Demandas nº 112/2017 y siendo recurrido/a Inmaculada y MINISTERI FISCAL. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de febrero de 2017, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 22 de mayo de 2018 , que contenía el siguiente Fallo:

" **ESTIMO EN PARTE** la demanda interpuesta por Inmaculada (DNI NUM000) frente a **MODA ESE O ESE, SL. (CIF B-60328044), y**

- **DECLARO** la nulidad del despido de fecha 23-12-2016, por su carácter discriminatorio por razón de sexo.

- **CONDENO** a la mercantil demandada a estar y pasar por tal declaración y a la inmediata readmisión de la demandante, con abono de los salarios devengados desde que el despido se produjo, a tenor del salario



diario de 153,42 euros, con descuento de salarios o **prestaciones** percibidos durante la tramitación del procedimiento.

- **CONDENO** a la demandada al abono de una indemnización de **VEINTICINCO MIL EUROS (25.000 EUROS)** en resarcimiento de los daños morales causados por la actuación discriminatoria."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** La demandante , cuyos demás datos personales figuran en el encabezamiento de la demanda, inició su relación laboral el 4-2-14 mediante contrato indefinido a jornada completa. Trabajaba en las oficinas centrales de la empresa en Barcelona, que ocupaba 47 empleados, ostentaba la categoría profesional de Grupo I, Responsable de compras, ocupando el puesto de "compra de complementos" (descripción de funciones en documento nº 128 de la dda, que se da por íntegramente reproducido). Estaba bajo la dependencia de Ezequiel , responsable de operaciones. Su retribución bruta anual fija era de 49.000 euros, más una retribución variable de 7000 euros/ 153,42 euros diarios (invocada en la demanda, no controvertida en la contestación a la misma, explícitamente admitida en conclusiones por la demandada).

SEGUNDO.- La empresa demandada, dedicada a la moda femenina, fundada hace 30 años, emplea a 141 trabajadores/as, distribuidos en 12 tiendas propias y con presencia en 500 establecimientos multimarca

TERCERO.- En fecha 23-12-16 la demandante fue despedida disciplinariamente mediante comunicación escrita del siguiente tenor literal (doc. 1 adjunto a la demanda):

CUARTO.- Coetáneamente, en la misma fecha, se le ofreció la firma de un acuerdo por escrito, por el que, a cambio del percibo de una indemnización de 12.423,70€ (equivalente a 33 días de salario por año de antigüedad y que sería abonada en conciliación administrativa), la demandante se daba por totalmente saldada y finiquitada (folio 16 adjunto a la demanda, que se da por íntegramente reproducido).

QUINTO.- En fecha 17-7-16 la demandante inició tratamiento de fecundación in vitro (FIV), teniendo conocimiento de su estado de embarazo en fecha 23-8-16 e iniciando proceso de incapacidad temporal el día siguiente, 29-08-16, por "riesgo por embarazo" (folio 21 adjunto a la demanda). En fecha 22-09-16 padeció un **aborto** involuntario, siendo dada de alta del proceso de incapacidad temporal dos días después, el 24-09-16.

SEXTO.- El tratamiento de fecundación in vitro, el embarazo de riesgo y el posterior **aborto** involuntario fueron conocidos en las oficinas centrales en las que trabajaba la demandante, al comunicarlo ésta a sus compañeras de trabajo (declaración de las testigos Ofelia , Palmira y Tatiana - doc. 8 actora).

SEPTIMO.- El mismo día del **aborto** involuntario, 22-9-16, la demandante remitió mediante WhatsApp a la responsable de recursos humanos, Purificación , el siguiente mensaje: " *Hola Purificación la eco de ayer fue muy mal no le latía el corazón ya. Hoy me hacen un legrado así que estaré en el hospital ingresada esta tarde y el lunes estaré ya en el despacho, OK? No te llamo porque rompo a llorar al explicarlo...*", contestando la Sra. Purificación " *Cariñoooo...lo siento muchíisimo..ánimos guapa;*" (doc. 9 actora, WTSp reconocido por Purificación).

OCTAVO.- La demandante inició nuevo tratamiento de fertilización in vitro el 11-09-16, que tampoco prosperó. Este nuevo intento también fue conocido entre las compañeras de trabajo (declaración testifical de Palmira).

NOVENO.- En ausencia de la demandante, a mediados de septiembre de 2016, fue contratada otra empleada, Tatiana , que asumió parte de las funciones de aquella (testifical de la misma y de Segismundo , docs.14-17 y 20 actora).

DECIMO.- Según el estudio estadístico aportado por la demandada, el 91,5 % de los 141 empleados son mujeres, siendo la mediana de edad 32,69 años. Los 12 hombres empleados se concentran en las oficinas centrales (de un total de 35 empleados/as), con funciones directivas, donde el promedio de edad sube a los 40 años. El 34% tienen responsabilidades familiares. El promedio de nacimientos en los años 2015-2017 es de 2 a 5 al año. En mayo de 2017 la Dirección de RRHH tenía constancia de 5 embarazos y de 9 reducciones de jornada o jornadas especiales, que no se documentan por escrito (doc. 238 de la dda. y folio 293, que se da por íntegramente reproducido).

DECIMOPRIMERO.- Ante la comunicación de cese promovieron la celebración del preceptivo acto de conciliación ante la Secció de Conciliacions Individuals del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya celebrándose el preceptivo intento conciliatorio el 2-02-2017, que finalizó sin avenencia."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó , elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandada, MODA ESE O ESE S.L , interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 151/2018 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 19 de Barcelona en los autos 112/2017, en cuya virtud:

- Estima en parte la demanda interpuesta por Inmaculada frente a MODA ESE O ESE S.L y declara la nulidad del despido de fecha 23/12/2016, por su carácter discriminatorio por razón de sexo y condena a la demandada a la inmediata readmisión, con abono de los salarios de 153,42 euros, con descuento de salarios o **prestaciones** percibidos durante la tramitación del procedimiento

- Condena a la demandada al abono de una indemnización de 25.000 euros en resarcimiento de los daños morales causados por la actuación discriminatoria.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal parte actora, que pide la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Infracción de normas y garantías procesales

Al amparo del art.193a) LRJS , la recurrente pide la nulidad de la sentencia recurrida por tres motivos diversos. Con carácter previo a su abordaje y resolución, cabe recordar que son requisitos para que pueda prosperar el motivo aducido:

- 1) Hay que identificar el precepto procesal que se entienda infringido.
- 2) La infracción debe haber provocado un perjuicio real sobre los derechos de defensa del interesado, irrogándole indefensión (STC 168/2002). El concepto de indefensión relevante a efectos constitucionales no coincide con cualquier indefensión de índole meramente procesal. Para que la indefensión tenga el alcance constitucional que le asigna el art.24.2 CE se requiere que el órgano judicial haya impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones. (vid SSTC 70/84 , 48/86 , 98/87 , etc.).
- 3) El defecto procesal no puede alegarse por la parte que lo provocó.
- 4) Es preciso que la parte perjudicada haya formulado protesta en tiempo y forma

2.1.- Arbitraria valoración de la prueba testifical

Se denuncia en este punto la infracción del art.97.2 LRJS .

Si se aduce indefensión derivada de la incorrecta valoración de la prueba hay que tener en cuenta que :

- 1) a pesar de estar en presencia de un recurso extraordinario que impide a la Sala valorar el conjunto de la prueba, sí que tiene atribuida ésta la facultad de decidir si la valoración que el Juez "a quo" hizo está hecha con arreglo a la sana crítica si es la testifical - art. 376 LEC - o al sistema legal - arts.319 y 326 LEC y concordantes del CC.- si se trata de la prueba documental, cual reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencias como las de 13 octubre 1986 (RJ 1986\5456), 22 marzo 1988 (RJ 1988\2345) o 27 julio 1988 (RJ 1988\6208) de la Sala 4 .ª; o de 23 diciembre 1980 ó 29 marzo 1980 de la Sala 1 .ª; y
- 2) que para poder determinar si en la práctica o en la valoración de la prueba se ha producido indefensión contraria al art. 24 de la Constitución cualquier Tribunal tiene facultades de actuación de oficio, puesto que la defensa de los derechos fundamentales están por encima del principio dispositivo o del de aportación de parte en que el sistema legal probatorio o el de los recursos se asientan

Sentadas tales premisas, en el caso de autos, considera la recurrente que la valoración de las testificales de Ofelia , Palmira y Tatiana no puede llevar a la conclusión que luce en el hecho probado sexto, esto es, que el tratamiento de FIV, el embarazo de riesgo y el posterior **aborto** involuntario fueron conocidos en las oficinas centrales en las que trabajaba la demandante, al comunicarlo ésta a sus compañeras de trabajo. Sin embargo, de las citadas testificales resulta que la testigo Ofelia , que no tenía mucha relación con la actora, sabía que estaba embarazada y que había perdido el niño porque se lo dijeron en la empresa un compañero, que no era de la dirección. La Sra. Palmira , que tenía buena relación con la actora, sabía que la actora se había sometido a una FIV, que sufrió un **aborto** y un nuevo FIV y afirma que todo ello era conocido por muchas personas de la empresa, afirmando que la empresa sabía que estaba embarazada. La testigo, Tatiana , sabía de la interrupción no voluntaria del embarazo, de la existencia de un nuevo tratamiento de FIV, y supone que la empresa sí lo conocía, porque no era un secreto, pero no lo sabía exactamente.

Partiendo de ello, la sentencia recurrida valora en el 6º pfo. del FD1º que la declaración de las 3 testigos, sin responsabilidades directivas y no implicadas ni en la decisión ni en la ejecución del despido de la demandante, ha sido clara respecto de la realidad del conocimiento en el centro de trabajo, de solo 35 empleados de aquella



situación. Además, el documento nº 9 y la conversación de wassap que reproducen entre la demandante y la responsable de RRHH informándole el mismo día que le practicaban el legrado, es muy revelador del pleno conocimiento y del clima de confianza que propiciaba el mismo.

Partiendo de ello, **el motivo ha de ser desestimado**. No se aprecia arbitrariedad ninguna, sino una motivación razonada y razonable de naturaleza directa e indiciaria (art.386 LEC), en virtud de la cual se acredita por medios de prueba distintos de las testificales (doc.9 y wassap) que la responsable de RRHH conocía los hechos, y que lo conocían 3 testigos en un centro de 35, declarando que el embarazo, los tratamientos de FIV y el **aborto** de la actora eran cuestiones que se conocían, por lo que no es irrazonable ni arbitrario presumir, como hace con toda lógica la resolución recurrida, que dichos hechos eran conocidos por la dirección de la empresa. En suma, del hecho probado hay prueba directa (wassap) e indiciaria (testificales).

2.2.- Falta de motivación de la sentencia e incongruencia.

La recurrente invoca la infracción del art.24 CE y las STC 32/91 y 136/98 . Considera que hay incongruencia, en primer lugar, porque la empresa conocía la situación de embarazo y **aborto** involuntario de la actora pero no conocía que se estuviera tratando a través de FIV, por lo que mal podía despedirla por ese motivo. En segundo lugar, entiende que siendo controvertida la retribución variable de 7000 euros, y no habiendo sido probada por documental, se produce por ello incongruencia, pues la parte actora habría renunciado al importe de 7000 euros

El motivo ha de ser desestimado. En primer lugar, porque el primer motivo de incongruencia no es tal, sino una nueva valoración de la prueba que hace la recurrente, en el sentido de considerar que no es razonable inducir que la dirección conocía el tratamiento de FIV, cuando éste era un hecho conocido por RRHH, y buena parte de los compañeros/as de trabajo de la actora en un centro de 35 trabajadores/as. No estamos ante una incongruencia, como mal denuncia la recurrente, sino ante una valoración de la prueba que no comparte, y que ya ha sido analizada en el correlativo anterior, al que nos remitimos por coherencia y por mesura expositiva.

En cuanto a la retribución variable, consta en la sentencia recurrida (HP 1º) que la misma no fue controvertida en la contestación a la demanda, y resultó ser explícitamente admitida en conclusiones, sin que la recurrente señale en qué minuto de la vista se produce la supuesta renuncia de la actora a dicha pretensión, lo que avoca el motivo a su completa desestimación.

2.3.- Falta de imparcialidad y objetividad en los juicios o apreciaciones de la Juez de instancia e indefensión.

La recurrente invoca la infracción del art.24.2 C y art.117 CE , puesto que la imparcialidad objetiva de la juzgadora se habría visto comprometida, a su entender, por la forma en que se valora la testifical, por la insuficiencia de los hechos basados exclusivamente en testifical y con desprecio de la documental, porque se hacen afirmaciones gratuitas en la motivación de la sentencia y porque en diligencia final la magistrada interroga a la actora para que le concrete si comunicó que estaba en proceso de FIV a la empresa cuándo y a quién.

El TC, desde su STC 113/1987 , ha situado la imparcialidad judicial dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art.24.2 CE (SSTC 98/97 , 64/97 , 760/95 , etc.).

El TC, siguiendo la doctrina del TEDH, (STEDH 26 octubre 1984, Caso De Cubber c. Bélgica ; STEDH 1 octubre 1982, Caso Piersak c. Bélgica , STEDH 24 mayo de 1989, Caso Hauschildt c. Dinamarca), ha distinguido entre **imparcialidad subjetiva**, que se refiere a las circunstancias del juez/a, la formación de la convicción personal del juez/a determinado respecto del caso concreto y las partes; y **otra objetiva**, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador/a en su actuación respecto al objeto mismo del proceso y que se refiere a consideraciones orgánicas y funcionales (STC 98/97 , 320/93 , 85/92 , etc.).

Pues bien, la forma de hacer valer la concurrencia de imparcialidad en un juzgador/a, viene constituida por el incidente de recusación, que comporta causas tasadas y que supone el apartamiento del juez/a de la causa: arts.217-228 LOP, sin que sea tal la petición de la ahora recurrente, que se limita a pedir la anulación de la sentencia recurrida, razón por la que el motivo ha de ser desestimado. A ello, cabe añadir, que no puede esta Sala apreciar parcialidad alguna por la forma en que se valora la testifical, pues la misma puede no ser de agrado de la recurrente, pero en modo alguno incurre en arbitrariedad. Lo proio cabe decir de la supuesta insuficiencia de los hechos basados exclusivamente en testifical, pues la LRJS no impone uno u otro medio de prueba para alcanzar la convicción sobre unos determinados hechos

En cuanto a la alegación de que se hacen afirmaciones gratuitas en la motivación de la sentencia, la Sala no puede compartirla, pues lo único que se hace es valorar medios de prueba que la demandada y ahora recurrente aporta para acreditar la existencia de causa real para el despido y de ausencia de toda discriminación. Que el



sentido de la valoración de tales medios de prueba no resulte del agrado de la recurrente no puede confundirse con la falta de parcialidad .

En fin, se tacha de parcial la actuación de la magistrada de instancia porque en diligencia final interroga a la actora para que le concrete si comunicó que estaba en proceso de FIV a la empresa cuándo y a quién. Nada más lejos de la realidad.

La **verdad material** , es el **objeto central del proceso laboral (STC 24/84 de 23 de febrero (FJ 1º)**, por lo que corresponde al juez/a laboral una activa intervención en la dirección del proceso, que se plasma en especial en su fase probatoria, y cuyo fin debe ser exhaustivo en la obtención del material probatorio sobre los hechos controvertidos, recurriendo si fuera preciso a las diligencias finales (SSTC 227/1991 de 28 de noviembre (FJ 4º) , 98/87)

Esta finalidad de búsqueda de la verdad material, autoriza al Juzgador/a a acordar medios de prueba que estime necesarios como diligencias finales (vid art.88 LRJS) ; (SSTC 227/91 y 116/95), acordar el informe del médico forense (art.93.2 LRJS) o acordar el informe de expertos (art.95 LRJS), por lo que **el principio dispositivo y el principio de aportación de parte se ven intensamente matizados, sin que ello quiebre la imparcialidad, puesto que tales facultades vienen a hacer real y efectiva (art.9.2 CE), la igualdad de armas en un proceso entre desiguales. No puede obviarse, a tal respecto**, que en el proceso laboral se resuelven pretensiones entre partes formalmente iguales pero en pie material de desigualdad, sea cuando tratamos de procesos que se ventilan entre empresarios y trabajadores, sea cuando tratamos de procesos que se sustancian entre la administración y el ciudadano. En materia de carga de la prueba, tales desigualdades materiales se traducen en **situaciones hegemónicas de una parte respecto de las fuentes de prueba**, que han servido para que el TC tenga en consideración dicha realidad en orden a evitar que las normas de carga de la prueba, unida a dichas situaciones hegemónicas, desemboquen en supuestos de indefensión material.

Por tanto, este motivo ha de ser también desestimado.

TERCERO.- Revisión de los hechos probados

La recurrente, en su primer motivo, invoca el art.193b) RJS para revisar los hechos declarados **probados primero, cuarto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo**.

Para que prospere la revisión del hecho probado deben concurrir los siguientes requisitos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007)

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999 , pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia.

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación. Valgan por todas las Sentencias de esta Sala números 7.421/93 de 29 de diciembre ; 4.193/94, de 13 de julio y 964/95, de 11 de febrero .

Pues bien, partiendo de tales premisas, en cuanto al **hecho probado primero**, la recurrente pretende suprimir la mención a la retribución variable de 7000 euros en base a las nóminas (f.56-90), siendo que las mismas pueden demostrar su falta de cobro, pero no su falta de devengo y sin que pueda revisarse un hecho explícitamente admitido por la ahora recurrente en sede de conclusiones.

En cuanto al hecho probado cuarto, pretende suprimirlo en base al documento obrante al f.304, porque dicho documento es una fotocopia, no está firmada y que la empresa no ha reconocido.

Los documentos privados unilaterales, como el obrante en el f. 304 en el caso de cuestionarse su autenticidad, deben ser impugnados por la parte no aportante del documento y, en tal caso, la parte que aportó el mismo

podrá proponer prueba sobre su autenticidad y cuando no se pueda deducir su autenticidad o no se proponga prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. (arts. 4 y 326.2 LEC y DF4ª LRJS)

En definitiva, si bien es cierto que, conforme al art.326.1 LEC la falta de impugnación del documento privado le dota de autenticidad, es decir acredita la coincidencia entre el autor aparente y el real, ello no significa que las declaraciones del autor o autores que aparecen en el documento sean veraces, pudiéndose practicar prueba en contra para demostrar que no coinciden con la realidad.

El TS ha venido considerando que para que el documento despliegue la eficacia probatoria del art.1225 CC que establece que "el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes", o del art. 326 y 319LEC, ha de tratarse de documentos suscritos por ambas partes litigantes, no siendo de aplicación documentos unilaterales, elaborados por una sola parte (Vid STS Sala 1ª 28 marzo 2005 (RJ 2005/2615), por lo que el valor del documento privado unilateral no reconocido alcanza la eficacia que conforme a las normas de la sana crítica y en valoración conjunta con los demás medios probatorios resulte (vid STS, Sala 1ª 3 noviembre 2005), como bien se establece en el último inciso del apartado segundo del art.326 LEC que dispone que cuando no se hubiere deducido su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal valorará el documento conforme las reglas de la sana crítica

Se ha de desestimar el motivo porque no consta que la recurrente impugnara el documento en cuanto a su autenticidad en el momento procesal oportuno, y siendo un documento privado es valorable conforme a la sana crítica, sin que se aprecie error alguno en la valoración del mismo.

En relación al hecho sexto, la recurrente pretende suprimir que el tratamiento de FIV a que estaba sometida la actora fuera conocido por la empresa. Y ello porque, de la documental y testificales que menciona (f.169,334-336,338-339,344 y testificales Sras. Ofelia , Palmira y Tatiana) no puede derivarse tal hecho. El motivo ha de ser rechazado, puesto que el conocimiento por la empresa de tales hechos se produce por presunciones, partiendo del hecho base, indiscutible, de que tal circunstancia era conocida en la empresa y apoyado por un wassap que recibe la propia directora de RRHH. Unido a tales motivos, hay que recordar que la testifical no puede basar la revisión fáctica en suplicación , todo lo cual avoca a la **desestimación del motivo**.

En lo que atañe al hecho séptimo, la recurrente quiere añadir que "el referenciado WhasApp pone de relieve que la responsable de recursos humanos Purificación conocía el embarazo de riesgo de la actora y su posterior **aborto** involuntario, como la misma pone de relieve en sus declaraciones en el acto del juicio, pero no prueba su conocimiento respecto del tratamiento de la FIV...". El motivo, así planteado, debe ser desestimado, por pretender introducir valoraciones probatorias en sede de hechos probados y por valorar una prueba testifical, inhábil -como es sabido- para la revisión de hechos probados en suplicación.

En cuanto al hecho probado octavo, se pide su supresión por incongruente en base a los f. 334-336. La recurrente solicita su supresión por incongruencia con el hecho probado quinto puesto que en este último se indica que la actora sufrió un **aborto** el 22/09/2016 y en el hecho probado octavo se dice que el 11/09/2016 inició un tratamiento de fertilización in vitro.

El motivo ha de ser rechazado, puesto que se trata de un mero error de transcripción, constando que el nuevo tratamiento se inició el 11/11/2016, como resulta del f.4 de la demanda y del documento nº 10 de la actora, de los que resulta que dicho tratamiento se inicia en noviembre, y no en septiembre.

En relación al **hecho noveno**, se pide la modificación el apellido del testigo Segismundo por el de Ezequiel , lo que resulta procedente por ser -también- un error de transcripción, si bien, como en el correlativo anterior, debió corregirse por la vía del art.267 LOPJ

En relación al **hecho probado décimo**, se propone su supresión de determinados datos del informe estadístico que se reflejan en el citado hecho y la adición de otros, sin que la recurrente razone en qué habría de afectar tal modificación al sentido del fallo, por lo que, dada su falta de trascendencia, procede la desestimación

CUARTO.- - Infracción de normas sustantivas o jurisprudencia.

Al amparo del art.193c) LRJS , el recurrente denuncia la infracción de los siguientes preceptos: Arts.24 y 25 CE , derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas la garantías (art.24.2 Ce), derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art.14 CE), art.108.2 LRJS y arts. 97.2 art.87 , 91 , y art. 92 y 98 LRJS .

Afirma, además, que no ha existido prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia y un proceso con todas las garantías.

En segundo lugar, afirma que se ha infringido la jurisprudencia que cita y damos por reproducida porque no ha quedado probado que la empresa tuviera conocimiento de que la actora estaba sometida a tratamiento de fertilidad, por lo que el despido habría de reputarse nulo.



4.1. hechos de que hay que partir para la resolución del motivo:

- la trabajadora era responsable de compras en la empresa demandada con antigüedad de 04/02/14.
- el 17/07/16 inicio tratamiento FIV, teniendo conocimiento de su estado de embarazo el 23/08/16 e iniciando IT al día siguiente (29/08/16), por riesgo por embarazo. El 22/09/16 padeció un **aborto** involuntaria, con alta de la IT dos días después, el 24/09/16
- El tratamiento FIV, el embarazo de riesgo y el posterior **aborto** involuntario fueron conocidos en las oficinas centrales en las que trabajaba la demandante, al comunicarlo ésta a sus compañeras de trabajo.
- El mismo día del **aborto** involuntario, 22/09/16, la demandante remitió un whatsapp a la responsable de recursos humanos en que le comunica que le hacían un legrado y que estaría en el hospital ingresada por la tarde y que el lunes ya volvería al despacho
- La actora inició nuevo tratamiento de FIV el 11/11/2016 (el HP 8ª consigna por error el 11/09/16). Este nuevo intento fue conocido también entre sus compañeras de trabajo
- La actora fue despedida el 23/12/2016 por razones disciplinarias que no se han probado y con una carta de redacción genérica y poco concreta. El mismo día del despido la empresa le ofreció la firma de un acuerdo por escrito en el que, a cambio de una indemnización de 12.423,70 euros (33 días de salario) la demandante se daba por totalmente saldada y finiquitada.

4.2.- Marco normativo y doctrinal sobre despido de mujeres en situación de embarazo.

El **art.14 de la CE** establece que todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social

El **art.55. 5 ET** dispone que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

El **art.55.5b) ET** dispone que será nulo el despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a). Ello es de aplicación salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Este redactado se introduce, precisamente, por el apartado decimocuarto de la DA 11ª de la LO 3/07 de 22 de marzo .

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que la discriminación por razón de sexo, viene proscrita por los **arts. 3 y 8 de la LO 3/07** de 22 de marzo que incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, la primera de ellas derogada por la actualmente vigente Directiva 2006/54. El art.8 LO 3/07 afirma que " *Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la **maternidad***".

Por otro lado, la **Directiva 92/85** relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, el art.10 de la misma dispone que "Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) *Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de **maternidad** a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.*

2) *Cuando se despidiera a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.*

3) *Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.*

Esta Directiva fue transpuesta por la Ley 39/99, que modificó el art.55.5b) ET que estableció la tutela objetiva por embarazo

Así mismo, tratándose pues de **normas traspositivas de derecho comunitario, hay que tener como aplicables los Derechos fundamentales a la igualdad entre hombres y mujeres y a la prohibición de discriminación**



contemplados en el art.21 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea , precepto conforme al art. 51.1 de la CDFUE resulta de aplicación a España, pues al aplicar derecho propio de la UE el Estado Español debe respetar dicho derecho fundamental y promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias, pues el derecho fundamental tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (art.6 TUE)

En relación al despido de mujeres embarazadas, tiene dicho el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina : STC 124/2009 , en la STC 92/2008 , 17/2003 , 229/2002 , etc., afirmándose respecto del art.55.5b) ET que

" **nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario** que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil [LEG 1889, 27]) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que... **la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente** por motivos no relacionados con el mismo."

A la luz de ello, hay que partir de que en nuestro ordenamiento se dispensan **dos grados de tutela por razón del embarazo** :

- **Una objetiva y automática que constituye una acción positiva** (art.55.5 b) ET y art.11.1 LO 3/07) basada en el embarazo mismo, con independencia de su conocimiento por el empresario (art.55.5b) ET y SSTC 124/09 y 92/08) y que opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba (Vid. STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 2795/2010 de 19 octubre AS 2010\2667).

En este caso, basta la prueba del embarazo por la trabajadora, debiendo entonces probar el empresario una causa objetiva y razonable para el desistimiento, prueba que de producirse comportará declaración de procedencia o de licitud del desistimiento, en caso contrario, la nulidad será la consecuencia.

- **Otra antidiscriminatoria, consagrada en el art.55.5 primer párrafo del ET** , art. 8 LO 1/03 y art. 14 CE : que requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario y que también opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba. En este caso, la trabajadora ha de aportar indicios suficientes de que su despido o cese se debe a la discriminación por embarazo, mientras que sobre la demandada recae la carga de probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad (art.13 LO 3/07). En este caso, además de la nulidad del despido o cese, la discriminación puede originar una indemnización (arts.181 y 182 LP, en la redacción dada por la DA 13ª de la LO 3/07).

Sentadas tales premisas, **en relación a la carga de la prueba** , hay que traer a colación los arts.96 y 181.2 LRJS , así como la doctrina del TC, que afirma que la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL [RCL 1995, 1144 y 1563] ; SSTC 38/1981 , 38/1986 [RTC 1986 , 37] , 47/1985 [RTC 1985 , 47] , 114/1989 [RTC 1989 , 114] , 21/1992 [RTC 1992 , 21] , 266/1993 [RTC 1993 , 266] , 180/1994 [RTC 1994 , 180] y 136/1996 [RTC 1996 , 136] , entre otras).

La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981 , fundamentos jurídicos 2 y 3), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria.

El primero : la **necesidad por parte del trabajador/a de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental** (STC 38/1986 , fundamento jurídico 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 166/1987 [RTC 1987 , 166] , 114/1989 , 21/1992 , 266/1993 , 293/1994 [RTC 1994 , 293] , 180/1994 y 85/1995 [RTC 1995 , 85])".

El segundo : sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, añadíamos, "sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989)-, que debe llevar a la convicción del juzgador 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. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981, 104/1987 [RTC 1987, 104], 114/1989, 21/1992, 85/1995 y 136/1996, así como también las SSTC 38/1986, 166/1988, 135/1990 [RTC 1990, 135], 7/1993 [RTC 1993, 7] y 17/1996 [RTC 1996, 17]).

La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (SSTC 197/1990, fundamento jurídico 1 ; 136/1996, fundamento jurídico 4, así como SSTC 38/1981, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 147/1995 [RTC 1995, 147] o 17/1996).

4.3.- El Despido en situación de tratamiento por FIV

Es obvio que quien está bajo un tratamiento de FIV no está en situación de embarazo, pero es probable que lo esté si tal tratamiento prospera, por lo que su despido en tal situación puede considerarse discriminatorio por razón de género, pues el embarazo que se pretende es una circunstancia biológica exclusiva de la mujer.

En este sentido, el TJUE, en su STJUE 26 febrero 2008, Caso Sabine Mayr C-506/06, concluye que:

"La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 (LCEur 1992, 3598), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE [LCEur 1989, 854]), y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación in vitro cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados in vitro, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer.

Los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (LCEur 1976, 44), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación in vitro, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados in vitro al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.

Por ello, no puede afirmarse que el despido por motivo de seguir un tratamiento FIV sea un despido por razón de un embarazo, que por el momento no existe, sino un **despido discriminatorio por razón de sexo**, como así lo ha entendido el TS en su STS 4 abril 2017, RCU 3466/2015, y esta Sala en nuestras STSJ Catalunya nº 2735/2011 de 14 abril, R. 761/11; STSJ Catalunya 19 noviembre 2015, Rec 4499/2015 o en la STSJ Catalunya 17 octubre 2002. Rec, 6622/2002.

4.3.- Solución del caso concreto.

En suma, puede concluirse que estamos ante un cuadro probatorio en que **existen indicios de discriminación por razón de sexo**, consistentes en:

- El conocimiento por la empresa del embarazo, posterior **aborto** y ulterior tratamiento FIV.
- El carácter genérico e inconcreto de la carta de despido, junto a la oferta de un acuerdo reconociendo su improcedencia.

Partiendo de todo ello, sin que la empresa haya probado que el despido se debió a motivos disciplinarios absolutamente ajenos a la situación de la trabajadora, la Sala ha de confirmar en su totalidad la resolución recurrida.

QUINTO .- En relación a las costas, conforme al art.235 LRJS dado que el recurrente ha visto desestimadas todas sus pretensiones, procede la imposición de costas, apreciándose en 800 euros los honorarios del letrado del impugnante, debiéndose estar a cuanto dispone el art.204 LRJS en lo que atañe al destino de los depósitos y consignaciones para recurrir.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



DESESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de MODA ESE O ESE S.L frente a la sentencia nº 151/2018 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 19 de Barcelona en los autos 112/2017

CONDENAR en costas a la recurrente, apreciándose en 800 euros los honorarios del letrado de la impugnante.

Condenamos a la recurrente a la pérdida de las cantidades consignadas a la que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme así como, en su caso, al mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma se resuelva su realización.

Disponemos la pérdida del depósito necesario para recurrir, lo que se realizará cuando la sentencia sea firme

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.