



Roj: **STS 1584/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1584**

Id Cendoj: **28079140012017100270**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2017**

Nº de Recurso: **3466/2015**

Nº de Resolución: **286/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2569/2015,**
STS 1584/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 286/2017

Fecha de sentencia: 04/04/2017

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3466/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/04/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Procedencia: T.S.J.PAÍS VASCO SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: MGC

Nota:

Resumen

Despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación in vitro. Óvulos ya fecundados pero pendientes de implantación en el útero de la mujer prevista para los días siguientes.

Se alega de contraste Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2008 (Rec. C-506/06, asunto Sabine Mayr).

Indicios de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo.

El reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa impide la constatación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida extintiva adoptada por la empresa y de su proporcionalidad.

Nulidad del despido.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3466/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social****Sentencia núm. 286/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

En Madrid, a 4 de abril de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Yolanda , representada y asistida por el letrado D. Javier Albóniga Ugarriza, contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 1251/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Bilbao, de fecha 7 de abril de 2015, recaída en autos núm. 841/2014, seguidos a instancia de D^a. Yolanda , contra la Congregación religiosa "Instituto de los Hermanos Maristas de la Enseñanza", Entidad Titular del "Colegio el Salvador. Maristas"; y Fogasa, sobre Despido.

Ha sido parte recurrida la Congregación religiosa "Instituto de los Hermanos Maristas de la Enseñanza", Entidad Titular del "Colegio el Salvador. Maristas" representado y asistido por el letrado D. Francisco Javier Lacosta Guindano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de abril de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La demandante DOÑA Yolanda ha venido prestando servicios para INSTITUTO HERMANOS MARISTAS DE LA ENSEÑANZA, con una antigüedad de 12/09/05, categoría profesional profesora de educación infantil y primaria y salario bruto mensual de 2.768,38 euros, con parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- A la relación laboral le es de aplicación el Convenio Colectivo de centros de enseñanza de iniciativa social de la Comunidad Autónoma Vasca (BOPV de 04/08/09).

TERCERO.- En fecha 25/06/14 la empresa comunica por escrito a la trabajadora su despido, con fecha de efectos el 31/08/14. Dada su extensión la carta se da por reproducida.

CUARTO.- La demandante ha cursado en la Escuela Oficial de Idiomas los cursos primero, segundo y nivel intermedio 1 de inglés. Asimismo, ha obtenido la declaración eclesiástica de idoneidad en fecha 20/06/03.

QUINTO.- La demandante ha permanecido en situación de incapacidad temporal los siguientes periodos: desde el 07/01/14 al 04/03/14 con diagnóstico de mioma de útero y desde el 11/06/14 al 21/07/14 con diagnóstico de trastorno de adaptación con ansiedad.

SEXTO.- La trabajadora se ha venido sometiendo a diferentes tratamientos de fertilidad desde el año 2009, habiendo iniciado un ciclo de fertilidad de reproducción asistida en fecha 27/05/14. A la fecha del despido los óvulos fecundados in vitro no habían sido transferidos al útero de la trabajadora.

SÉPTIMO.- La empresa conocía que la trabajadora estaba sometida a un tratamiento de fertilidad.

OCTAVO.- La directora del Colegio El Salvador Marista de Bilbao DOÑA Irene certifica que el número de trabajadoras del centro sobre 97 trabajadores es de 56 a fecha 31/08/14.

NOVENO.- La directora del Colegio El Salvador Marista de Bilbao DOÑA Irene certifica que el número de trabajadoras del centro con hijos es de 38 a fecha 31/08/14.



DÉCIMO.- En los centros en los que se imparten los ciclos primero y segundo pueden tener maestros especialistas de educación infantil o técnicos superiores en educación infantil, sin que sea necesario un número mínimo de personal con la titulación de maestro.

UNDÉCIMO.- En el curso escolar 2013/2014 se produjo una vacante en educación primaria como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo de duración determinada de DOÑA Gracia, por lo que una maestra de educación infantil, en concreto DOÑA Virtudes, paso a prestar servicios en educación primaria.

DUODÉCIMO.- En el año 2012 los ingresos en la sección infantil-guardería fueron de 239.756,56 euros, el coste de personal ascendió a 272.783,86 euros, a lo que hay que añadir otros costes por valor de 63.839,53 euros, de lo que se obtiene un resultado negativo de -96.866,83 euros.

En el año 2013 los ingresos en la sección infantil-guardería fueron de 234.934,46 euros, el coste de personal ascendió a 249.659,59 euros, a lo que hay que añadir otros costes por valor de 56.543,47 euros, de lo que se obtiene un resultado negativo de -71.268,60 euros.

En todo caso, la entidad ha mantenido en los dos ejercicios un resultado positivo de explotación.

DECIMOTERCERO.- La institución titular del colegio venía solicitando a la dirección del centro la adopción de medias ante la situación deficitaria de la sección de infantil al menos desde el año 2012.

DECIMOCUARTO.- Se da por reproducidos el documento de perfiles competenciales y valoración del profesorado de educación infantil con titulación de maestros, utilizado por el centro para la elección del personal afectado (documento nº 9 del ramo de prueba de la parte de demandada).

DECIMOQUINTO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical.

DECIMOSEXTO.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación en fecha 24/09/14 con el resultado de sin efecto.

DECIMOSÉPTIMO.- La parte demandada INSTITUTO HERMANOS MARISTAS DE LA ENSEÑANZA admitió expresamente la improcedencia del despido».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que, estimando la demanda formulada por DOÑA Yolanda contra el INSTITUTO HERMANOS MARISTAS DE LA ENSEÑANZA y FOGASA, debo declarar y declaro el despido causado a la demandante como IMPROCEDENTE y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización de 34.037,74 euros, y sin que procedan salarios de trámite, salvo que la empresa opte por la readmisión, que lo serán desde la fecha del despido objetivo (31/08/14) hasta la notificación de esta Sentencia a razón de 91,01 euros al día.

Por último procede absolver al FOGASA, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que proceda en ejecución de Sentencia».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Yolanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 21 de julio de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Yolanda frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Bilbao, dictada el 7 de abril de 2015 en los autos nº 841/2014 sobre despido, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra el Instituto Hermanos Maristas de la Enseñanza (Colegio El Salvador - Maristas), confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas».

TERCERO.- Por la representación de D^a. Yolanda se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 22 de septiembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2008 (Recurso C-506/06).

CUARTO.- Con fecha 10 de mayo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La representación legal de D^a Yolanda ha formulado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 21 de julio de 2015, recaída en el recurso de suplicación nº 1251/2015, que confirmó la improcedencia del despido que había sido objeto la citada trabajadora y que había establecido la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Bilbao en sentencia de 7 de abril de 2015.

El recurso ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de señalar su procedencia.

2.- Los hechos y circunstancias relevantes, a efectos de la acreditación de la necesaria contradicción que podría permitir a la Sala entrar a resolver el recurso formulado, son -en síntesis- los siguientes: 1) La recurrente venía prestando servicios para el Instituto Hermanos Maristas de la Enseñanza con la categoría de profesora de educación infantil. 2) La trabajadora fue despedida alegando causas económicas con fecha 25 de junio de 2014 y efectos desde el 31 de agosto de dicho año 2014. 3) La trabajadora había sido sometida a diversos tratamientos de fertilidad desde el año 2009, habiendo iniciado un ciclo de fertilidad de reproducción asistida en fecha 27 de mayo de 2014. A la fecha del despido los óvulos fecundados *in vitro* no habían sido transferidos al útero de la trabajadora. 4) La empresa conocía que la trabajadora estaba sometida a un tratamiento de fertilidad. 5) En el ejercicio de 2012 la sección infantil-guardería obtuvo un resultado negativo de 96.866,31 euros; y en 2013 dicha sección obtuvo un resultado negativo de 71.268,60 euros. El conjunto de la entidad mantuvo durante esos dos años un resultado positivo de explotación. 6) La demandada admitió expresamente la improcedencia del despido.

Sobre tales circunstancias, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación, tras advertir que, de conformidad con las sentencias del TJUE que citan, la protección que el derecho de la Unión dispensa a la mujer embarazada no alcanza a una trabajadora que, estando sometida a una proceso de fertilización y fecundación *in vitro*, es despedida cuando aún no han sido implantados los óvulos fecundados en su útero, concluyen en que, aunque existen indicios de que la actuación empresarial pueda resultar discriminatoria por razón de sexo, tales indicios han quedado desvirtuados por la realidad de las causas imputadas en la carta de despido.

3.- Como sentencia de contraste la recurrente propone la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2008 dictada por la Gran Sala en el asunto C-506/06, que tiene por objeto una petición de cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Obester Gerischtshof (Austria) en el procedimiento entre Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Flöckner OHG.

Dicha sentencia dictada a propósito de un pleito sobre despido contemplaba un supuesto que en origen comprendía las siguientes circunstancias: 1) se trataba de una trabajadora que trabajaba como camarera y que había sido sometida a un tratamiento hormonal para facilitar la fecundación. 2) Se le practicó una punción folicular por la que estuvo de baja cinco días entre el 8 y el 13 de marzo de 2005. 3) Con fecha 10 de marzo de 2005, a través de conversación telefónica la empresa la despidió con efectos del día 28 de marzo. 4) En el momento de la comunicación del despido aún no se habían implantado los óvulos fecundados a la trabajadora, implantación que estaba programada para el 13 de marzo, día en que, efectivamente le fueron implantados dos óvulos.

La sentencia referencial concluye declarando, que: a) La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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), 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. Y b) Los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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.

SEGUNDO.- 1.- El artículo 219.2 LRJS dispone que «Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos



en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado. Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario». De su tenor, tal como ha precisado la Sala en sentencias a las que, posteriormente se hará referencia, resulta que el legislador no ha eximido del requisito de la contradicción cuando se trata de sentencias del TJUE, pero no cabe duda de que, respecto de la misma, se han de aplicar criterios mucho más flexibles ante las mayores dificultades de cotejo, especialmente en el aspecto fáctico (piénsese que en muchos casos los hechos base se encuentran en litigios que se producen en otros países de la Unión a los que resulta aplicable su propio derecho interno, a la vez que el común derecho de la Unión), teniendo presente la finalidad que ha inspirado la introducción de estas sentencias como posibles contradictorias por parte de la LRJS, sin olvidar que la protección que puede otorgar a los derechos fundamentales es únicamente la que está comprendida dentro de su jurisdicción.

Como hemos dicho en nuestra STS de 14/11/2014, dictada en el recurso 1839/2013 (en doctrina reiterada por la STS de 20 de enero de 2015, rec. 740/2014), el último inciso del precepto transcrito puede interpretarse de dos formas. Una sería que se trata de una remisión simple y pura a la prescripción del art. 219.1 LRJS sobre la exigencia de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", igualdad sustancial en el substrato previo a los respectivos fallos (de la sentencia recurrida y de la de contraste) que, como se sabe, se exige con rigor por nuestra jurisprudencia. Pero tal interpretación debe ser rechazada pues conduciría a vaciar de contenido la apertura realizada por el art. 219.2 LRJS cuya evidente finalidad es la de facilitar y potenciar una adecuación de la doctrina jurisdiccional ordinaria a la doctrina constitucional, finalidad que difícilmente se alcanzaría si se exigiera esa igualdad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas, la sentencia ordinaria y la sentencia constitucional; y más difícil aún sería si la sentencia que se aporta como contradictoria es una procedente de un órgano jurisdiccional internacional o comunitario. Por eso la interpretación correcta es la que se desprende de la segunda parte del inciso que hemos subrayado: esa igualdad sustancial debe venir referida a la pretensión de tutela del derecho constitucional de que se trate, de suerte que el derecho constitucional invocado y eventualmente vulnerado por la sentencia recurrida es el mismo sobre cuyo alcance establece doctrina diversa la sentencia aportada como contradictoria, que en este caso es una sentencia del TJUE.

2.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que contemplamos conduce, tal como interesa el Ministerio Fiscal, a la apreciación de la concurrencia de contradicción en la medida en que en ambos supuestos se produce una gran similitud fáctica y una total coincidencia en los debates sobre el derecho fundamental en juego ante la lógica ausencia de pretensiones iguales, dadas las especiales características procesales de los instrumentos que dan lugar a las sentencias comparadas (recurso de suplicación en el caso de la recurrida, cuestión prejudicial sobre aplicación del derecho de la Unión Europea en la de contraste). Así, respecto de los hechos, nos hallamos ante situaciones idénticas que contemplan dos despidos producidos sobre trabajadoras sometidas a sendos procesos de fecundación in vitro, despidos que, en ambos casos, se producen, precisamente, una vez fecundados los óvulos pero antes de que se implanten en el útero de las respectivas mujeres.

Por otro lado, en ambos supuestos se discute sobre la declaración judicial que hay que efectuar sobre los respectivos despidos, habida cuenta de que en ambos procesos se pretende la protección de la trabajadora y su derecho a no ser discriminada por su condición de mujer -materializada en los respectivos casos en el hecho de estar siendo sometida a un tratamiento de fecundación in vitro- respecto de un despido, estando en juego la corrección causal de las respectivas decisiones extintivas como circunstancias excluyentes de la eventual infracción al derecho de la trabajadora a no sufrir discriminación por razón de sexo.

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.



TERCERO.- 1.- La recurrente entiende que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 14 CE, así como el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, preceptos que cita expresamente. Sostiene que se debe fijar como discriminatoria la situación de la mujer que se somete a un tratamiento de fertilización y que es despedida justo antes de la implantación del embrión en el útero porque, a pesar de que es cierto que no está técnicamente embarazada, por un lado se deduce que lo habría estado de tener éxito el tratamiento que estaba siguiendo y, por otro lado, el despido de la trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro* ya puede ser discriminatorio por vulneración del derecho a la igualdad. Denuncia también que se infringió lo preceptuado en el artículo 19 de la Directiva 2006/54 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como los artículos 96 y 179.2 LPL (hay que entender que se quiere expresar LRJS) así como el artículo 217.5 LEC.

2.- El recurso no trata de proyectar la normativa vigente sobre nulidad de los despidos de la mujer en situación de embarazo, salvo que fueran procedentes, pues parte de la aceptación de la doctrina contenida en la sentencia referencial según la que las Directivas allí citadas 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. Lo que el recurso plantea, en coherencia con el segundo de los asertos de la sentencia referencial, es que habiéndose acreditado indicios suficientes de que el despido de la trabajadora podría estar relacionado con su sometimiento a un tratamiento de fertilidad corresponde al demandado aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

3.- En ese sentido, el dato del que hay que partir ineludiblemente es que la sentencia de instancia, en decisión ratificada expresamente en los fundamentos jurídicos de la sentencia de suplicación, aquí recurrida, considera que "existen los indicios necesarios para trasladar a la empresa la obligación probatoria, a la cual le corresponderá demostrar que su decisión de poner fin a la relación laboral se debe a causas ajenas a la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, en concreto que no corresponde a discriminación por razón de sexo". Dicho en palabras de la norma (artículos 96.1 y 181.2 LRJS) le corresponderá al demandado "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", lo que sitúa al demandado frente a una doble posibilidad: o bien trata de probar que su comportamiento no ha provocado la violación de ningún derecho fundamental del trabajador o, por el contrario, tratar de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato discriminatorio.

Si adopta la primera de las posibilidades se enfrentará a una cuestión meramente probatoria; en cambio, si la actitud adoptada por el demandado es la segunda, esto es la justificativa, se encontrará en el plano de la calificación jurídica de la conducta, de modo que, aunque habrá de aportar hechos que demuestren la verdad de sus afirmaciones y la concurrencia de determinadas circunstancias, en ningún caso se deberán confundir dichas pruebas con las alegaciones jurídicas -necesarias en todo caso- de las razones atendibles que justifiquen la existencia de la desigualdad. Así, en relación a lo dispuesto en los preceptos mencionados hemos señalado que han establecido dos principios básicos: en primer lugar, dispone que la carga de la prueba de los hechos en que se fundamente la demanda o la causa de pedir incumbe al actor; sin embargo, el texto procesal no exige una prueba cumplida y concluyente de haberse producido la violación del derecho fundamental, conformándose con la constatación de indicios de tal violación. Al demandado le incumbe probar, una vez que se hayan constatado los indicios de la violación denunciada, bien que la vulneración del derecho no guarda relación alguna con su propio comportamiento, o bien que concurren circunstancias de entidad suficiente para disipar cualquier sospecha de trato discriminatorio, o también que los hechos denunciados carecen de la eficacia suficiente para ser calificados como atentatorios al derecho fundamental en cuestión. (STS de 5 de diciembre de 2000, rec. 4374/1999).

4.- No resulta baladí que al referirse a la actividad del demandado, el tenor literal de la ley califique la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad de "suficientemente probada". Con ello se quiere poner de relieve que al demandado no le basta con suscitar en el juez dudas en torno al carácter justificado de la medida, sino que éste ha de declararla justificada cuando esté convencido, en grado de certeza de tal justificación. Así lo exige el propio Tribunal Constitucional que en una acción sobre despido ha declarado que «la pretensión del demandante en favor del despido discriminatorio debe quedar invalidada si el juzgador laboral, a la vista de la actividad probatoria del empresario demandado, aprecia de forma inequívoca la existencia de hechos ciertos, que aún sin constituir causa legal de justificación del despido, fueron los que le indujeron a tal decisión, hechos que el Magistrado debe reconocer como únicos causantes del despido y como ajenos a todo propósito discriminatorio» (STC 114/89, de 22 de junio). El mismo Tribunal Constitucional (STC 101/2000) ha señalado, refiriéndose a la normativa que nos ocupa, que la disposición legal supone en este punto la transposición de nuestra reiterada jurisprudencia, según la cual y una vez alegados



por el trabajador indicios razonables de la lesión invocada, corresponde al empresario probar que el despido «respondía a 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 verosímilmente 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 proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador» (STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, sintetizando los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional sobre la prueba indiciaria y recogiendo abundantes decisiones de este Tribunal en el mismo sentido).

CUARTO.- 1.- La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa revela claramente que la demandada no acreditó que las causas del cese fueron completamente extrañas a la vulneración alegada por la trabajadora. Así, la empresa en ningún momento intentó justificar la procedencia del despido lo que podría haber eliminado cualquier sospecha de comportamiento discriminatorio; antes bien al contrario, ya en la instancia reconoció expresamente la improcedencia del despido que había efectuado a la trabajadora. Tal reconocimiento cuyos efectos procesales en el plano de un despido ordinario podrían ser perfectamente entendibles, no lo eran cuando de lo que se trataba era de dejar patente que en la actuación empresarial existía una justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva adoptada; justificación que necesariamente tenía que estar "suficientemente probada" por mandato de la propia ley, lo que resulta objetivamente imposible en un supuesto, como el de autos, en el que la empresa reconoce paladinamente la improcedencia del despido, esto es, reconoce que su decisión extintiva no era ajustada a derecho. Mal puede sostenerse que una actuación no ajustada a derecho -reconocida así por su propio autor- constituya una justificación razonable y objetiva de la cuestionada decisión extintiva que, además, resulte proporcionada en función de las circunstancias concurrentes. Antes bien, el despido producido, precisamente por su carácter ilícito, no cumple con la exigencia legal que excluya el móvil discriminatorio ante un claro panorama indiciario de vulneración del principio de igualdad denunciado por la trabajadora.

2.- Ocorre, además, que ninguna de las circunstancias que se ponen de relieve en la sentencia recurrida y en el escrito de impugnación del recurso pueden considerarse como justificaciones excluyentes del carácter discriminatorio del despido que dejen patente que la medida extintiva adoptada era -según exige la ley- objetiva, razonable y proporcional, ante la incuestionable evidencia de la ilegalidad de la decisión extintiva reconocida por la empresa y declarada por la sentencia recurrida. La propia carta de despido no se refiere expresamente a la existencia de causas económicas que motivan el despido, sin cifrar cantidad alguna, por más que mencione la necesidad de reducir el déficit en las aulas de niños de menos de dos años. El déficit de la sección infantil-guardería -aun importante- hay que ponerlo en conexión con la existencia de resultados positivos en la explotación global. Y el hecho de que más de la mitad de la plantilla sean trabajadoras y gran parte de éstas sean madres con hijos tiene que ver muy tangencialmente con los indicios discriminatorios que se sustentan en el sometimiento de la trabajadora a reiterados tratamientos de fertilidad desde el año 2009 y, finalmente al ciclo de reproducción asistida que coincide temporalmente con la decisión extintiva.

3.- Procede, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso, lo que comporta resolver el debate de suplicación estimando el recurso de tal clase y declarando la nulidad del despido con los efectos legalmente anudados a tal declaración de readmisión y abono de los correspondientes salarios de tramitación, sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Yolanda , representada y asistida por el letrado D. Javier Albóniga Ugarriza.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 21 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 1251/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Bilbao, de fecha 7 de abril de 2015, recaída en autos núm. 841/2014, seguidos a instancia de D^a. Yolanda , contra la Congregación religiosa "Instituto de los Hermanos Maristas de la Enseñanza", Entidad Titular del "Colegio el Salvador. Maristas"; y Fogasa, sobre Despido.



3.- Resolver el debate de suplicación estimando el recurso de tal clase y, en consecuencia, declarar la nulidad del despido de que fue objeto la trabajadora D^a. Yolanda , condenando a la Congregación religiosa "Instituto de los Hermanos Maristas de la Enseñanza", Entidad Titular del "Colegio el Salvador. Maristas" a su inmediata readmisión en su puesto de trabajo y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido hasta que tenga lugar la notificación de la presente.

4.- No efectuar pronunciamiento sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO