

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA**

Sentencia 363/2015, de 23 de diciembre de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 363/2015

SUMARIO:

Despido objetivo. Ausencias laborales justificadas que superan los umbrales del art. 52 d) del ET. *Bajas derivadas de sometimiento a tratamientos de fertilidad y su recuperación tras estos. Desconocimiento empresarial del tal causa. Carga de la prueba.* El hecho de conocer el médico y la enfermera de la empresa la causa de las bajas, así como varios compañeros y superiores jerárquicos de la trabajadora, porque ella misma se lo había comunicado, no significa que la dirección de la compañía ni la de recursos humanos tuvieran conocimiento del sometimiento a tratamiento alguno, ya que queda probado que estos no transmitieron la información, habida cuenta de la confidencialidad de la misma que tampoco figura en los partes de IT. Por tanto, no cabe considerar que existan indicios suficientes como para imponer a la empresa la carga de probar móvil ajeno al discriminatorio. Como la norma no excluye del cómputo de las faltas de asistencia las relacionadas con el tratamiento de fertilidad se establece la procedencia del despido.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 52 d).

PONENTE:

Don Cristóbal Iribas Genua.

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00363/2015

C/ BRETON DE LOS HERREROS 5-7 LOGROÑO

Tfno: 941 296 421

Fax: 941 296 408

NIG: 26089 44 4 2015 0000095

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000363 /2015

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000045 /2015

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Amparo

ABOGADO/A: PEDRO MARIA PRUSEN DE BLAS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: STANDARD PROFIL SPAIN SA, FOGASA , MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: , FOGASA ,

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

Sent. Nº 363-2015

Rec. 363/2015

Ilmo. Sr. D. Miguel Azagra Solano. :

Presidente. :

Ilmo. Sr. D. Cristóbal Iribas Genua. :

Ilma. Sra. D^a Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a veintitrés de diciembre de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 363/2015 interpuesto por D^a Amparo asistida del Ldo. D. Pedro María Prusén de Blas contra la SENTENCIA nº 354/15 del Juzgado de lo Social nº UNO de La Rioja de fecha 31 DE AGOSTO DE 2015 y siendo recurridos STANDARD PROFIL SPAIN SA asistido de la Letrada D^a. María García Herráiz, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL asistido del Ldo. de FOGASA y el MINISTERIO FISCAL ha actuado como PONENTE EL ILMO. SR. D. Cristóbal Iribas Genua.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, por D^a Amparo se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número UNO de La Rioja, contra STANDARD PROFIL SPAIN SA, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y el MINISTERIO FISCAL en reclamación de DESPIDO.

Segundo.

Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 31 DE AGOSTO DE 2015 recayó sentencia cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

Primero.

Dña. Amparo ha venido prestando servicios para la empresa "STANDARD PROFILE SPAIN, S.A.", con antigüedad desde el 1 de septiembre de 1.999, con la categoría profesional de oficial 2^a, en la sección de extrusión, y un salario bruto mensual de 2.625'13 euros, incluidas las partes proporcionales de las pagas extraordinarias, el cual se le abonaba mensualmente mediante transferencia bancaria; en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo.

Segundo.

La actora no es delegado sindical y no ostenta representación alguna de los trabajadores.

Tercero.

Con fecha de 5 de diciembre de 2.014, la referida empresa, mediante carta de la misma fecha, obrante a los folios 11 a 14 de las actuaciones, cuyo contenido se da por íntegramente por reproducido, comunicó a la trabajadora la decisión de proceder a su despido objetivo con efectos de esa misma fecha, en base a lo dispuesto en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores , haciendo constar:

"Muy Sra. nuestra:

Por medio de la presente, la empresa lamenta comunicarle que se ha adoptado la decisión de proceder a su despido objetivo con efectos a fecha de hoy, 5 de diciembre de 2014, en base a lo dispuesto en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores , conforme se detalla a continuación:

La empresa ha advertido un alto nivel de absentismo por su parte que da lugar a la extinción de contrato de trabajo; absentismo que ha sido contabilizado excluyendo las faltas de asistencia no computables a estos efectos, conforme a lo establecido en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores : huelga legal, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral que tenga duración de más de 20 días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o patológica derivada de violencia de género.

En este sentido, el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de proceder al despido objetivo de un trabajador por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen alguno de los siguientes ratios:

- El 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o
- El 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

En su caso específico, se ha comprobado que sus faltas de asistencia cumplen los dos supuestos previstos en el mencionado artículo 52 c) del ET . En este sentido, atendiendo a todas sus bajas, se comprueba lo siguiente:

1. Sus faltas de asistencia alcanzan " el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles". En concreto, ha faltado al trabajo un total de 22 días laborables dentro de un periodo de 43 días laborables, suponiendo un porcentaje de absentismo del 51'16%.

Concretamente, dichas ausencias corresponden a los siguientes días:

- Durante el periodo del 15 de septiembre al 15 de noviembre de 2014, usted permaneció de baja los siguientes periodos: del 15 de septiembre al 19 de septiembre, del 6 de octubre al 15 de octubre y del 4 de noviembre al 18 de noviembre.

Asimismo, dentro de los 12 meses anteriores, contabilizando los meses de septiembre de 2013 hasta septiembre de 2014, sus días de absentismo han sido de 24 días laborables dentro de 221 días hábiles, lo cual asciende a un 10'86%, superando así el 5% requerido en faltas de asistencia en los 12 meses anteriores.

Las faltas de absentismo tenidas en cuenta para el cálculo de su absentismo superior al 5% en los últimos 12 meses, son las relacionadas a continuación:

- 6/11/2013 a 18/11/2013.
- 20/01/2014 a 24/01/2014.
- 29/01/2014 a 31/01/2014.
- 18/02/2014 a 21/02/2014.
- 07/05/2014 a 12/05/2014.

2. Sus faltas de asistencia alcanzan " el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses" . En concreto, ha faltado al trabajo un total de 37 días laborables dentro de un periodo de 90 días laborables, suponiendo un porcentaje de absentismo del 41'1%.

Concretamente, dichas ausencias corresponden a los siguientes días:

- Durante el periodo del 6 de noviembre de 2013 al 6 de diciembre de 2013, el cual tuvo 22 días laborables, usted permaneció de baja desde el día 6 hasta el día 18 de noviembre, esto es, 9 días laborables.
- Durante el periodo del 20 de enero de 2014 al 20 de febrero de 2014, el cual tuvo 24 días laborables, usted permaneció de baja desde el día 20 hasta el día 24 de enero, desde el día 29 al 31 de enero y del 18 al 21 de febrero, esto es un total de 11 días laborables.
- Durante el periodo del 7 de mayo al 7 de junio de 2014, el cual tuvo 23 días laborables, usted permaneció de baja desde el día 7 hasta el día 12 de mayo, esto es 4 días laborables.
- Durante el periodo del 15 de septiembre al 15 de octubre de 2014, el cual tuvo 21 días laborables, usted permaneció de baja desde el día 15 hasta el día 19 de septiembre, así como del día 6 de octubre al 15 de octubre, acumulando en dicho mes 13 días laborables de absentismo.

Reseñarle igualmente que, incluso tomando como referencia 4 meses discontinuos en un periodo de 12 meses diferentes a los indicados anteriormente, también cumpliría con lo dispuesto en la Ley, siendo aún superior el porcentaje de absentismo. Así, despreciando el periodo de noviembre de 2013 y tomando como referencia el periodo de noviembre de 2014 (del 4 de noviembre al 4 de diciembre de 2014 ha permanecido de baja 11 días laborables en un total de 23 días hábiles), junto con el resto de meses indicados (del 20 de enero al 20 de febrero de 2014, del 7 de mayo al 7 de junio de 2014 y del 15 de septiembre al 15 de octubre de 2014) el porcentaje de absentismo llegaría a ascender al 42'85%.

En definitiva, que atendiendo al volumen de bajas discontinuas e intermitentes que ha tenido, cumple con cualquiera de los requisitos indicados por la normativa para poder proceder a la extinción de su contrato de trabajo.

Por todo ello, como le indicábamos al inicio de esta carta, la empresa ha adoptado la decisión de extinguir su contrato de trabajo por la causa objetiva contemplada en el apartado d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores .

Los efectos de la presente extinción se producirán de manera inmediata, por lo que se procede a abonarle mediante talón nominativo, con la entrega de esta comunicación, la cantidad de 966'07 euros netos (correspondientes a 1.174'98 euros brutos) en concepto de compensación indemnizatorio por la omisión de los 15 días de preaviso preceptivo.

Igualmente se le abona en este acto mediante talón nominativo la liquidación, saldo y finiquito que le corresponde por su prestación de servicios, que suman un total de 1.613'48 euros netos (2.034'84 euros brutos).

Asimismo, le informamos que, a los efectos de lo establecido en el Art. 53 apart. 1º letra b) párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores la empresa procede en este momento a poner a su disposición, mediante talón nominativo, la indemnización legal que le corresponde de veinte días de salario por año de servicio, con el límite de una anualidad, la cual asciende a 26.268'52 euros.

Lamentando una vez más esta situación, agradecerle los años de servicio prestados hasta la fecha.

Reciba un cordial saludo".

Cuarto.

La actora ha permanecido en situación de incapacidad temporal por enfermedad común en los siguientes periodos:

- Noviembre de 2.013: del 6 al 18 de noviembre (9 días laborables).
- Enero de 2.014: del 20 al 24 de enero (5 días laborables), y del 29 al 31 de enero (3 días laborables).
- Febrero de 2.014: del 18 al 21 de febrero (4 días laborables).
- Mayo de 2.014: del 7 al 12 de mayo (4 días laborables).
- Septiembre de 2.014: del 15 al 19 de septiembre (5 días laborables).
- Octubre de 2.014: del 6 al 15 de octubre (8 días laborables).
- Noviembre de 2.014: del 4 al 18 de noviembre (11 días laborables).

Asimismo, la actora ha permanecido en situación de incapacidad temporal por contingencia profesional:

- Marzo de 2.014: del 21 al 26 de marzo (4 días laborables).

Quinto.

El número de jornadas hábiles en las mensualidades de referencia ha sido el siguiente:

- Septiembre de 2.013: 19 días laborables.
- Octubre de 2.013: 23 días laborables.
- Noviembre de 2.013: 20 días laborables.
- Diciembre de 2.013: 13 días laborables.
- Enero de 2.014: 19 días laborables.
- Febrero de 2.014: 20 días laborables.
- Marzo de 2.014: 21 días laborables.
- Abril de 2.014: 19 días laborables.
- Mayo de 2.014: 20 días laborables.
- Junio de 2.014: 18 días laborables.
- Julio de 2.014: 23 días laborables.
- Agosto de 2.014: 6 días laborables.
- Septiembre de 2.014: 20 días laborables.
- Octubre de 2.014: 23 días laborables.
- Noviembre de 2.014: 20 días laborables.

Sexto.

Consta acreditado que la actora se encuentra en estudio por infertilidad primaria en el Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital San Pedro de Logroño, habiendo sido derivada por su médico de atención primaria en diciembre de 2.013, así como que se ha sometido a varios tratamientos de fertilidad. En concreto, se le realizaron 4 inseminaciones en las siguientes fechas:

- 7 de mayo de 2.014.
- 15 de septiembre de 2.014.
- 10 de octubre de 2.014.
- 4 de noviembre de 2.014.

Después de cada inseminación, la actora precisó reposo entre 4 y 7 días.

Asimismo, consta acreditado que la actora ha sufrido dos abortos espontáneos en marzo de 2.007 y enero de 2.008.

No consta acreditado que la Dirección de la empresa fuera conocedora de tales circunstancias, aunque si eran conocidas por los servicios médicos de la empresa desde finales del 2.014, en concreto, por el médico de empresa, Andrés y la enfermera, Serafina , ninguno de los cuales lo comunicó a la Dirección.

Asimismo, consta acreditado que tales circunstancias eran conocidas por Epifanio , responsable de control de producción de la empresa, y por Catalina , administrativo de producción, a los cuales se lo había comunicado la propia actora. No obstante, ni Epifanio ni Catalina comunicaron en ningún momento a la Dirección de la empresa tales circunstancias por tratarse de temas confidenciales de la trabajadora. Tales circunstancias también eran conocidas por Millán , Jefe de Turno de la sección de extrusión, y superior de la actora, a quien se lo había comunicado la propia trabajadora. Tampoco consta acreditado que el Sr. Millán comunicara en ningún momento tales circunstancias al Departamento de Personal o a la Dirección de la empresa.

Séptimo.

En relación con los periodos de incapacidad temporal por contingencias comunes antes señalados, los diagnósticos han sido los siguientes:

- periodo de incapacidad temporal del 6 al 8 de noviembre de 2.013: "astenia".
- periodo de incapacidad temporal del 20 al 24 de enero de 2.014: "gripe".
- periodo del 29 al 31 de enero de 2.014: "faringitis".
- periodo del 18 al 21 de febrero de 2.014: "epigastralgia".
- periodo del 7 al 12 de mayo de 2.014: "infertilidad femenina".
- periodo del 15 al 19 de septiembre de 2.014: "infertilidad femenina".
- periodo del 6 al 15 de octubre de 2.014: "faringitis".
- periodo del 4 al 18 de noviembre de 2.014: "infertilidad femenina".

Tales diagnósticos no constan en los partes de baja que son remitidos por la trabajadora a la empresa, constando únicamente en los partes cuya copia se entrega a la trabajadora. Asimismo, consta acreditado que desde los servicios médicos de la empresa no se comunicó a la Dirección los motivos o causas de los distintos periodos de incapacidad temporal de la actora, siendo esta la práctica habitual dada la confidencialidad de tal información.

Octavo.

En relación al organigrama de la empresa "STANDARD PROFILE SPAIN, S.A.", la misma cuenta con dos centros de trabajo, uno situado en el Polígono Industrial de Varea (Logroño), y otro situado en el Polígono Industrial Cantabria de Logroño, en el que prestaba sus servicios la actora en la sección de extrusión. El Departamento de Personal y Recursos Humanos se encuentra ubicado en el centro de Varea.

La sección de Extrusión del centro de Cantabria está compuesta por María Luisa y Ambrosio como Responsables de Área; Doroteo, Plannig & Schedule; y Epifanio e Catalina, Clerks (responsables de empleados). Tanto Epifanio como Catalina, que pertenecen al Departamento de Producción, se encargan del control de los marcajes, recogen los partes de baja y los entregan a la Dirección de la empresa, etc.

Noveno.

Consta acreditado que desde la Dirección General de la empresa se realizó a finales del año 2.013 un estudio sobre el nivel de absentismo en la empresa, remitiéndose en noviembre de 2.013 a todos los trabajadores de la empresa una comunicación en la que se les informaba del aumento de las bajas por enfermedad común en la compañía en los últimos meses, así como el coste económico de las mismas, comunicando la preocupación por dicho tema, así como la implantación de nuevas acciones dirigidas a disminuir los índices de ausencias en general, y de enfermedad común en particular.

Décimo.

La actora promovió la conciliación que se celebró el 7 de enero de 2.015 ante el UMAC, con el resultado de "intentado sin efecto"; presentando posteriormente demanda.

F A L L O : Desestimando la demanda formulada por Dña. Amparo frente a la empresa "STANDARD PROFILE SPAIN, S.A.", con intervención del Ministerio Fiscal y el FOGASA, debo declarar la procedencia del cese efectuado, y absolver a la empresa demandada de todos los pronunciamientos realizados en su contra."

Tercero.

- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por D^a Amparo, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

Cuarto.

En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

- Frente a la sentencia de instancia que ha declarado procedente el despido objetivo de la demandante efectuado por la empresa demandada con fundamento en causas económicas, se interpone por la representación Letrada de la demandante recurso de suplicación que articula a través de cuatro motivos, destinado el primero a la revisión fáctica, al amparo procesal del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y los tres restantes a la censura jurídica sustantiva, por el cauce del apartado c) del mismo artículo y Ley.

Segundo.

- En cuanto a la revisión en suplicación de los hechos declarados probados, constantemente ha venido manteniendo esta Sala (en por todas, su sentencia de 05/02/2015, rec. 11/2015) los siguientes criterios:

No podemos olvidar que el proceso laboral es un procedimiento judicial de única instancia en el que la valoración de la prueba es función atribuida en exclusiva al juez «a quo», de modo que la suplicación se articula como un recurso de naturaleza extraordinaria que no permite al tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada en la instancia, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado, e incluso en estos casos, de manera muy restrictiva y excepcional en la medida en que únicamente puede modificarse la apreciación de la prueba realizada por el juez de lo social cuando de forma inequívoca, indiscutible y palmaria, resulte evidente que ha incurrido en manifiesto error en la valoración de tales medios de prueba.

En cualquier otro caso, debe necesariamente prevalecer el contenido de los hechos probados establecido en la sentencia del juzgado, que no puede ni tan siquiera ser sustituido por la particular valoración que el propio tribunal pudiera hacer de esos mismos elementos de prueba. Así pues, la valoración de la prueba es facultad privativa del órgano judicial de instancia, sin que pueda sustituirse su valoración por otra voluntaria y subjetiva confundiendo este recurso excepcional con una nueva instancia, por lo que en consecuencia, los hechos declarados probados, reflejo de dicha valoración deben prevalecer, en tanto en cuanto no se acredite el error del juzgador en su plasmación.

Teniendo en consideración lo expuesto, la viabilidad de la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia debe someterse al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Solo si concurren estas exigencias la redacción fáctica de la sentencia recurrida puede modificarse.

En el motivo Primero pretende la recurrente la adición, entre los dos párrafos que integran el hecho probado Octavo, de un nuevo párrafo del siguiente tenor: "En la ciudad de Logroño, la empresa demandada ocupa a 510 trabajadores". Cita para avalar su pretensión una declaración testifical, que ella misma reconoce no es admisible en suplicación, y el supuesto carácter de hecho conforme porque "es un dato que ninguna de las partes discuten, ni resultó debatido en el acto del juicio". Y le atribuye la relevancia de que a través de ese dato puede quedar acreditado el conocimiento por el empresario del tratamiento de fertilidad a que se estaba sometiendo la trabajadora y que causaba algunas de sus bajas.

El motivo no merece favorable acogida por las siguientes razones:

1. La magnitud de la plantilla de los centros de trabajo de la empresa en Logroño ni se especifica en la demanda, ni se debatió en el acto del juicio, como reconoce la propia recurrente, de manera que las partes no lo consideraron un hecho conforme, sino un hecho neutral y ajeno al objeto del litigio.

2. El número de trabajadores de la plantilla se deduce de la prueba testifical practicada en el acto del juicio, prueba ya valorada por la Magistrada de instancia junto con el resto del acervo probatorio, no siendo admisible pretender en base a un fragmento de prueba, además testifical, añadir una nueva argumentación relativa al volumen y distancia entre los centros de trabajo para amparar la falta de comunicación a la Dirección del tratamiento de fertilidad. Pretende, en definitiva, la recurrente que la Sala efectúe una nueva valoración de la prueba para llegar a conclusiones más acordes con sus intereses, lo cual, como ya se ha explicado, no es factible.

3. En el hecho probado Sexto, no combatido, se afirma que la Dirección de la empresa no era concedora de los tratamientos de fertilidad a que se estaba sometiendo la actora, ni que hubiera sufrido dos abortos espontáneos en 2007 y 2008, y que aunque tales circunstancias eran conocidas por el médico y enfermera de la empresa, y por algunos superiores directos a quienes la actora se lo había comunicado, ni aquéllos ni éstos las comunicaron en ningún momento al Departamento de Personal o a la Dirección de la empresa. Y se corrobora en

el fundamento jurídico Sexto: "En el presente caso no puede entenderse acreditado, ni siquiera de manera indiciaria, el hecho de que la Dirección de la empresa fuera conocedora de la circunstancia de que la actora se estaba sometiendo a tratamientos de fertilidad antes de proceder a su despido, puesto que, por un lado, los partes de incapacidad temporal que eran entregados a la empresa no reseñaban tal circunstancia, habiendo manifestado tanto el médico de empresa como la enfermera que en ningún momento comunicaron a la Dirección de la empresa los motivos de las distintas bajas de la actora, lo cual es habitual dada la confidencialidad de tales datos, así como el hecho de que si bien ellos eran conocedores de dicha circunstancia porque así se lo había comunicado la propia trabajadora a la enfermera, ellos en ningún momento se lo comunicaron a la Dirección de la empresa. De la misma forma, y si bien consta acreditado que varios compañeros de trabajo de la actora conocían el hecho de que se estaba sometiendo a tratamientos de fertilidad, los propios trabajadores que intervienen como testigos en el acto del juicio reconocen que tampoco ellos en ningún momento se lo comunicaron a la Dirección de la empresa y que nunca desde la Dirección o desde el Departamento de Recursos Humanos les preguntaron por las bajas de la actora. De hecho, consta acreditado que el Departamento de personal y recursos humanos se encuentra situado en un centro de trabajo distinto al centro en el que la actora prestaba sus servicios".

4. Las precedentes afirmaciones fácticas contenidas tanto en el hecho declarado probado como en el fundamento de derecho transcrito, no han sido combatidas por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, de forma que la adición pretendida del número de trabajadores de la plantilla carece de trascendencia a efectos modificadores del signo del fallo.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

Tercero.

- El motivo segundo, con amparo procesal del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución Española, en relación con los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, y el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, y cita la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004.

Los citados preceptos prohíben cualquier discriminación de los españoles por razones de sexo, y a no ser discriminados los trabajadores directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo. En cuanto a la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 26 de febrero de 2004 (rec. 2569/2003), su doctrina no resulta de aplicación al caso presente, pues en ella se estima el recurso y se declara la nulidad del despido efectuado a una trabajadora embarazada, cuya situación la había comunicado a su superior jerárquico llegando al conocimiento del departamento de Recursos Humanos, habiéndose producido un expreso reconocimiento de la empresa de la improcedencia de la medida disciplinaria, de manera que el supuesto fáctico resuelto en dicha sentencia es diametralmente distinto al que aquí se enjuicia, en cuanto que en éste no se trata de una trabajadora embarazada en la fecha del despido, sino sometida a tratamiento de fertilidad, tal circunstancia no consta que hubiera llegado a conocimiento del Departamento de Recursos Humanos ni de la Dirección de la empresa, y, además, existe una causa objetiva de extinción que resulta acreditada.

Al respecto de la ausencia de una posible discriminación por razón del sexo basada en que la actora se estaba sometiendo a tratamientos de fertilidad en la fecha del despido, el fundamento jurídico Quinto de la sentencia recurrida hace referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2008 (Caso Mayr, C-506/2006), y a la sentencia de 8 de julio de 2014, (Rec. 1500/2014), de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, que, en base a la misma doctrina comunitaria y en un supuesto fáctico semejante al de autos, expresaba lo siguiente: "... en primer lugar, no resulta de aplicación la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en el sentido establecido en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la normativa comunitaria de referencia consistente en el artículo 10 de la Directiva 92/85, pues, como se deduce de la STJUE de 26.2.2008, Caso Mayr, C-506/2006, que se enfrentó a un supuesto fáctico en el que se trataba de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación in vitro que es despedida por someterse a ese tratamiento cuando sus óvulos ya están fecundados por los espermatozoides de su pareja, pero todavía no están implantados en su útero, considerando el Tribunal de Justicia que a ese supuesto fáctico no le es aplicable la prohibición de despido contenida en la norma comunitaria ut supra citada porque los óvulos no están todavía implantados en el útero de la mujer, sin perjuicio de que, en cuanto es un estadio avanzado de un tratamiento de fecundación in vitro -entre la punción folicular y la transferencia de los óvulos fecundados al útero-, sí le es aplicable la prohibición de discriminación por embarazo, que en la normativa comunitaria se deduce de la Directiva 76/207, actualmente refundida en la 2006/54, de manera que, aplicando esa doctrina a los hechos probados a que hemos hecho referencia, no resulta aplicable en el caso de autos la mentada prohibición de despido, aunque pudiéramos estar ante una discriminación por embarazo, pero, en segundo lugar, ello obligaría, como tiene señalado reiterada jurisprudencia constitucional, a acreditar el conocimiento empresarial del embarazo, por todas la STC 41/2002, de 25 de febrero, o la STC 17/2003, de 23 de enero, donde se afirma que, "en situaciones como la de autos, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir

otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido - embarazo-) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación -extinción contractual-)", doctrina que fue luego reiterada en la STC 175/2005, de 4 julio , en la STC 342/2006, de 11 de diciembre , y en la STC 17/2007, de 12 febrero , afirmándose en esta última que "el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del artículo 14 de la CE , pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto", y la STC 92/2008, de 21 julio , remacha al respecto que "difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora" si no se acredita o se deduce el conocimiento empresarial sobre el embarazo, por lo que, en el caso que nos ocupa, tanto la resultancia fáctica, ordinal sexto, como el fundamento jurídico segundo ponen de relieve que el empresario ni siquiera conocía la circunstancia de que la actora estaba sometida a un 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 causa de la captación ovocitaria, de manera que la empleadora mal pudo despedir a aquella en base a una situación que le era totalmente desconocida, lo que nos lleva a considerar, en línea con lo resuelto en la instancia, que no se ha probado que el despido obedeciese a motivos ilegítimos o espurios, y menos que tal decisión empresarial se basara esencialmente en el hecho del tratamiento, con lo que, en el caso de autos, la aplicación de tal doctrina determina que falta el indicio razonable de que se ha producido la discriminación que invoca la recurrente, 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, y en consecuencia, sin soslayar, a mayor abundancia, que tampoco se ha probado. pues no se refleja en el relato histórico y no se solicitó modificación alguna al respecto, que el tratamiento de fertilidad estuviera en un estado avanzado de modo que se pudiera equiparar a un embarazo incardinable en el ámbito del artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores sin necesidad de conocimiento por parte de la empresa, cabe establecer, por lo hasta ahora expuesto, que, no habiendo logrado la parte actora- recurrente desvirtuar los criterios sustentados en la resolución de instancia, deviene procedente la desestimación del recurso y ha de ser confirmada la sentencia combatida en el mismo".

Aplicando dicha doctrina a los hechos declarados probados -en el texto que hemos transcrito en el fundamento segundo de esta resolución-, el fundamento jurídico Sexto de la sentencia recurrida concluye en su último párrafo, acertadamente a juicio de la Sala:

"De esta forma, cabe concluir que en el presente caso falta el indicio razonable de que se ha producido la discriminación por razón de sexo que invoca la demandante, pues siendo cierto que la mujer es la única que puede iniciar un tratamiento médico de fertilidad, se precisa que dicho hecho fuera conocido por la empresa, lo que aquí no consta acreditado, sin que se haya evidenciado que el despido se basara esencialmente en el hecho de que la trabajadora se sometiese al tratamiento, y sin que tampoco se haya acreditado por la actora que el tratamiento de fertilidad estuviera en un estado avanzado de modo que se pudiera equiparar a un embarazo incardinable en el ámbito del artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores sin necesidad de conocimiento por parte de la empresa, por lo que procede desestimar la pretensión de nulidad ejercitada".

Compartiendo esta Sala dicha conclusión, puesto que la decisión de extinción no pudo basarse esencialmente en el hecho de que la trabajadora se estuviera sometiendo a un tratamiento de fertilidad, cuando tal circunstancia no era conocida por la Dirección de Recursos Humanos ni por la Dirección de la Empresa, debemos desestimar el motivo.

Cuarto.

- Con el mismo amparo procesal que el anterior, el motivo tercero denuncia la infracción de los artículos 52.d) y 20.4 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 22.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales , los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , con el artículo 5.1.g) del Reglamento de desarrollo de la misma aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre , y con el artículo 8.3 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio , por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal.

Cita como infringido el precepto del Estatuto de los Trabajadores que autoriza la extinción del contrato de trabajo "por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes" que alcancen determinados umbrales (art. 52.d), y el que permite que "el empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico" (art. 20.4). Los demás preceptos citados se refieren a la vigilancia de la salud de los trabajadores y al respeto a la privacidad, "derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud", como advierte el artículo 22.2 de la

Ley de Prevención de Riesgos Laborales , cuyo apartado 4 dispone: "Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva". Asimismo, con respecto al seguimiento y control por el INSS y las mutuas de las situaciones de I.T., el artículo 8 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio , el cual dispone en su apartado 3 que "Deberán implantarse sobre los datos de carácter personal a los que se refiere este artículo las medidas de seguridad establecidas en la normativa vigente en materia de protección de datos. En todo caso, se procederá al cifrado de los datos mediante su codificado". Y que "Los datos tendrán carácter confidencial siendo de aplicación a quienes accedan a los mismos las normas de protección de datos relacionadas con el deber de secreto así como las reguladoras del secreto profesional".

De tales preceptos saca la parte recurrente la conclusión de que, al conocer el Médico de la empresa la causa de las bajas, hay que entender que también las conocía el empresario, conclusión errónea, tanto porque contradice lo declarado probado, como porque las citadas normas, precisamente, prohíben que tales datos -que en los partes para la empresa aparecen cifrados-, puedan ser transmitidos sin el consentimiento expreso de la interesada, que aquí no consta que se haya producido. Como también es erróneo atribuir carácter disciplinario a la medida de extinción adoptada, como hace la recurrente, pues las extinciones por causas objetivas del artículo 52 ET carecen de tal naturaleza, que está reservada en el Estatuto de los Trabajadores a las causas expresadas en el artículo 54 de dicha Ley , siendo la finalidad de aquéllas permitir un más adecuado funcionamiento de la empresa, y el de éstas sancionar las conductas muy graves de los trabajadores.

El motivo, por tanto, se desestima al no haber incurrido la sentencia en las infracciones legales que en el mismo se le atribuyen.

Quinto.

- Finalmente, el motivo Cuarto achaca a la sentencia haber infringido el artículo 55.5, primer párrafo, del Estatuto de los Trabajadores . Sostiene, en síntesis, que el precepto establece que se calificarán como nulos los despidos que tengan como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución, y que aun cuando el despido está basado en ausencias, aun justificadas, por enfermedad, en algunas de ellas debidas al tratamiento de fertilidad, concurre un elemento de segregación y, a su juicio, si se desecharan los períodos de I.T. debidos a dicho tratamiento, el resto de ausencias computadas por la empresa no alcanzaría los niveles de absentismo determinados en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores . E invoca la Sentencia nº 560/2015, de 17 de julio de 2015, del T.S.J. de Madrid (rec. 183/2015).

Tampoco este motivo puede prosperar, por las siguientes razones:

1. Como ya se ha expresado, el móvil discriminatorio debe acreditarse al menos con indicios, no bastando con que la trabajadora se estuviese sometiendo a un tratamiento de fertilidad, ya que no se aplica a tal situación la misma protección que el ordenamiento jurídico otorga a la mujer embarazada, sino que es necesario comprobar que la extinción se ha decidido esencialmente por la situación de intento de gestación en que se encuentra la trabajadora, para lo que resulta imprescindible que quien adopta la medida conozca tal situación, lo que en el presente caso no ha ocurrido. Conforme al relato histórico de la sentencia, ni la Dirección de la Empresa, ni la de Recursos Humanos, tuvieron conocimiento de que la recurrente se estuviera sometiendo a un tratamiento de fertilidad, lo que descarta el móvil discriminatorio por tal causa, siendo el motivo que justifica el despido el acreditado absentismo que se recoge en el hecho probado quinto, y que supera sobradamente los umbrales del art. 52.d) E.T ., como ampliamente se razona en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida.

2. El citado artículo 52.d) ET , en la redacción dada por el nº 5 del artículo 18 de la Ley 3/2012, de 6 de julio , de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, dispone que el contrato podrá extinguirse por causas objetivas: "... d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días

consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave".

La norma contabiliza todas las bajas, incluso justificadas, siempre que sean intermitentes y superen los umbrales que indica. Y es obvio que ninguna de las causas de exclusión del cómputo, que señalan los párrafos segundo y tercero, concurre en el presente caso.

3. Aun cuando se excluyeran del cómputo aquellas bajas relacionadas con el tratamiento de fertilidad, -lo que no es factible como acabamos de señalar-, no se acredita por la recurrente que no se superarían los umbrales del art. 52.d) E.T. Por el contrario, de los datos contenidos en el hecho probado séptimo y en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia censurada, se deduce que se seguirían superando dichos umbrales.

4. Asimismo, la sentencia del T.S.J. de Madrid invocada por la recurrente, -y de la que transcribe una parte doctrinal y la contenida en el apartado 1 de su fundamento jurídico Tercero-, en el apartado 4 del mismo fundamento se refiere al caso concreto, cuya transcripción omite el motivo del recurso, y que denota la sustancial diferencia con el supuesto que aquí se enjuicia. Dicho apartado es del siguiente tenor: "4. Pues bien, partiendo de los hechos probados la secuencia cronológica justifica sobradamente el "indicio discriminatorio" sobre el que la trabajadora fundamenta, y la sentencia acepta, la nulidad del despido. Es así porque la decisión de despedir se toma sin causa alguna en un momento en el que se sabe por la empresa que no hay embarazo porque se ha interrumpido el anterior y el tratamiento posterior no se ha iniciado pero se conoce la decisión de proseguir con el tratamiento y se ha acudido al médico siendo más que evidente que el despido se produce por su condición de mujer trabajadora y en el transcurso avanzado, manifestado y explícito del proceso llevado a cabo por la demandante, como mujer, para lograr una gestación. Desde esta perspectiva es la empresa la que debe acreditar que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato - art. 19 Directiva 2006/54 - es decir, que hubiera despedido igual y por la misma razón si en vez de una mujer fuera un varón, es decir, por una razón ajena a la condición de mujer. En el presente caso, las circunstancias que expone la sentencia lejos de sustentar esa conclusión, evidencian un deseo empresarial de despedir en el momento preciso en el que no hay embarazo para prescindir de la trabajadora que está desarrollando y poniendo todos los medios para lograr una gestación poniéndose así de manifiesto que el despido inexorablemente aparece vinculado a su condición de mujer". Las diferencias con el supuesto fáctico aquí enjuiciado son más que evidentes.

Sexto.

- En coherencia con cuanto se ha expuesto, procede desestimar el recurso de suplicación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida, sin que haya lugar a la imposición de costas.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Amparo, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de La Rioja el 31 de agosto de 2015, en autos 45/2015, promovidos por la recurrente contra la empresa STANDARD PROFIL SPAIN, S.A., con intervención de FOGASA y el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por despido y confirmamos la sentencia dictada en la instancia, sin expresa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse en la cuenta que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0363-15 del SANTANDER, Código de entidad 0030 y Código de oficina 8029 pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos

E./

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.