

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

SALA DE LO SOCIAL

Tfno.: 981 18 49 72

FAX-NOTIFICACIÓN

NUMERO FAX DESTINO:

NUESTRA REFERENCIA: RECURSO SUPPLICACION 0003814 /2009-BC

A: Letrado D. MIGUEL ANGEL CRUZ PEREZ, en representación de EURO CIVIL, SL a fin de notificarle SENTENCIA recaída en el presente recurso.

NOTA: la remisión de este fax se servirá la notificación de la resolución que se le remite a todos los efectos, siendo la fecha de la notificación la de la recepción del mismo.

En el supuesto de no recibir todas las páginas, o en cualquier otro defecto de recepción llame por teléfono.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA
SALA DE LO SOCIAL - SECRETARÍA D./Dña. M. ASUNCIÓN BARRIO CALLE
TIPO Y N° DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003814 /2009 BC

Materia: DESPIDO DISCIPLINARIO

Recurrente/s: EUROCVIL,SL

Recurrido/s: PABLA CARINA FERNANDEZ CEBALLOS

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de SANTIAGO DE COMPOSTELA DEMANDA 0000161 /2009

TESTIMONIO

M. ASUNCIÓN BARRIO CALLE el/la Secretario Judicial de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, DOY FE de que en las actuaciones de recurso de suplicación, cuyo detalle consta en el encabezamiento de este testimonio, se ha dictado resolución, cuyo tenor literal es el siguiente:

RECURSO SUPPLICACION 0003814 /2009 BC

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS P./Dña.
MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ
M^a. ANTONIA REY EIBE
ISABEL OLMOS PARÉS

A CORUÑA, diez de noviembre de dos mil nueve.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 0003814 /2009 interpuesto por EUROCVIL, S.L. contra la sentencia del JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de SANTIAGO DE COMPOSTELA siendo Ponente la Ilma. Sra. Dña. ISABEL OLMOS PARES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D^a. PABLA CARINA FERNANDEZ CEBALLOS en reclamación de DESPIDO DISCIPLINARIO siendo demandado EUROCVIL, S.L. En su

Se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000161 /2009 sentencia con fecha dieciocho de Mayo de dos mil nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- Con fecha de 1 de octubre 2008 la actora concierta con la demandada contrato de trabajo por obra o servicio determinado, a tiempo parcial, con un periodo de prueba de 3 meses, con la categoría profesional de ayudante comercial, haciendo constar como objeto: "gas natural"./
SEGUNDO.- Que el salario mensual con prorrateo de pagas extras de la actora asciende a la cantidad de 812,59 euros mensuales./ **TERCERO.-** La actividad de la empresa demandada es la de empresa de ingeniería y oficinas de estudios técnicos./
CUARTO.- La actora realiza las siguientes actividades: visitar a los distintos centros y domicilio que la empresa demandada le indica diariamente y exposición de la instalación de gas, para con posterioridad concertar en esos supuestos los distintos contratos de suministro./ **QUINTO.-** El empresario está en la sede de la empresa sita en la comunidad autónoma de Cantabria./ **SEXTO.-** En el momento de la contratación, la actora estaba embarazada de tres meses, y se lo manifiesta a la administrativa de la empresa, comunicándole ésta a personal./ **SÉPTIMO.-** Con fecha de finales de diciembre de 2009, el empresario visita la sede de Santiago, y puede comprobar como la actora está embarazada, dado el estado de gestación de la misma./ **OCTAVO.-** La actora durante su periodo de contratación alcanza 4 contrataciones y realiza un total de 700 visitas./ **NOVENO.-** Desde que el empleado visita el domicilio y el momento de la contratación transcurre un tiempo./ **DÉCIMO.-** Con fecha de 29 de diciembre de 2008, la demandada comunica a la actora el cese del contrato con el siguiente texto con fecha de efectos de 31-12-2008: "no superar el periodo de prueba"./ **DECIMOPRIMERO.-** La actora no

ostenta cargo de representación de los trabajadores./ ULTIMO.- La actora realiza acto de conciliación ante el SMAC por despido, con fecha de entrada de 3 de febrero del 2009, con la empresa demandada que acaba intentada sin efecto.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor siguiente:

FALLO: Estimo la demanda interpuesta por la parte actora Doña Pabla Carina Fernández Ceballos, contra la demandada la entidad Eurocivil SL, la existencia de un despido nulo debiendo la demandada proceder a la inmediata readmisión de la actora en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad a la extinción de la relación laboral como indefinida, con abono de los salarios de tramitación, que a fecha de sentencia ascienden a 3.738,42 euros, a razón de 27,09 euros por día.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, después de estimar la demanda declaró la nulidad del despido de la trabajadora demandante y condena a la empresa EUROCVIL S.L. a la inmediata readmisión de la actora en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad a la extinción de la relación laboral como indefinida con abono de los salarios de trámite que en la fecha de la sentencia ascienden a 3.738,42 euros a razón de 27,09 euros por día.

Frente a ese pronunciamiento interpone recurso la empresa demandada, construyendo el recurso con un primer y único

motivo del recurso, al amparo del art. 191 c) de la LPI en el que alega la infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el art. 14 y art. 55 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 14 de la CE.

Se razona en el referido motivo que la empresa conocía en el momento de la contratación, y así lo refiere el hecho probado sexto de la sentencia objeto de impugnación, que la trabajadora estaba embarazada y no siendo su estado un impedimento para su contratación no existe indicio de discriminación que permita la inversión de la carga de la prueba y exigir así que la empresa acredite que, en efecto, la actora no supera el período de prueba.

SEGUNDO.- El art. 55.5.b) ET dispone que: «Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: ... b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión...Lo establecido ... será de aplicación, salvo que ... se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo».

Efectuada tal transcripción procede exponer el núcleo de la doctrina—primeramente del Tribunal Constitucional y posteriormente de la Sala IV del T.S.—, que puede sintetizarse de la siguiente manera:

a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos (el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE).

b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad

y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c).- La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 (con la redacción antes transcrita) se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo», por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicios alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia (conocimiento empresarial), que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE

(19/Octubre/92) de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios (por razón de embarazo), esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre». Así se expresa el TS en Sentencia de 6 de mayo de 2009 (Recurso nº 2063/2008).

TERCERO.— La cuestión a dilucidar en el caso enjuiciado es si la extinción del contrato de trabajo, que la empresa dice efectuar acogiéndose al periodo de prueba, puede ser considerada un despido nulo por el hecho de que la trabajadora se hallara embarazada en el momento de producirse dicha extinción.

Ciertamente, como ha quedado expuesto, en el caso del despido, la configuración de la situación de protección de la mujer trabajadora provoca que, salvo prueba de la procedencia del mismo, la única calificación posible sea la de nulidad.

Sin embargo en el presente caso, no estamos ante una decisión empresarial adoptada bajo la forma del despido, por lo que habrá de examinarse en qué medida la utilización del libre desistimiento en periodo de prueba enmascaraba una voluntad de extinguir fundada exclusivamente en la situación de embarazo de la trabajadora y, en consecuencia, si puede entenderse que, con tal acto, la empresa estaba vulnerando el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

A diferencia de lo que ocurriría de tratarse de un despido, en el que, como hemos indicado, la cuestión de la situación de embarazo juega como elemento objetivo que

determina la calificación ex lege del despido, en el presente caso partiendo del dato no discutido de que el cese se produjo dentro del periodo de prueba pactado, ha de examinarse la eventual vulneración del derecho fundamental desde la óptica propia de la protección de este. Por ello es necesario utilizar los instrumentos de distribución de la carga de la prueba propios y particulares de los procedimientos de tutela de tales derechos, aunque en este caso, el mero elemento objetivo del embarazo elimina la necesidad de que la actora acredite, además, el conocimiento, que del mismo pueda tener la empresa pero no así, el de otros indicios que junto con el del embarazo puedan indicar la existencia de discriminación por razón de sexo. Y debe destacarse, ya ahora que, al margen del embarazo, no ha existido ningún otro indicio de discriminación, antes al contrario, como se verá.

En efecto, en el caso que nos ocupa, la empresa conocía ya en el momento de contratar a la actora el hecho de su embarazo; el hecho probado sexto de la sentencia objeto de impugnación afirma literalmente que "No momento da contratación, a actora estaba embarazada de tres meses, e manifestallo á administrativa da empresa, comunicandollo ésta a persoal". De este modo no se ha producido el embarazo como hecho nuevo y sobreviniente a la contratación inicial y que así pueda conectarse, una vez producido, con el cese y mucho menos puede conectarse, como hace la juez de instancia, obviando ese conocimiento previo de la empresa, con la visita de quién dice que toma realmente las decisiones en la empresa, el Sr. Cacicedo, señalando la juzgadora que en esa visita pudo comprobar de forma personal y directa el hecho del embarazo de la trabajadora demandante y con esa comprobación procede a la extinción del contrato.

En todo caso, aún cuando entendiéramos que basta para invertir la carga de la prueba con la acreditación de la realidad del embarazo, sin necesidad de aportar otros indicios a mayores de discriminación, es lo cierto que la empresa ha destruido esa apariencia de discriminación teniendo en cuenta

que la empresa se acoge a una causa de extinción del contrato distinta a la del despido que sólo cabrá calificar de tal si a la misma se acude como vía para eludir precisamente esa prohibición legal de despido durante el embarazo.

Conviene así recordar que la actora fue contratada el 1 de octubre de 2008 con un periodo de prueba de tres meses; que en esa fecha ya estaba embarazada y así lo puso de manifiesto a la empresa conociendo ésta el hecho del embarazo de la trabajadora tres meses antes de la extinción del contrato. Finalmente, el 29 de diciembre de 2008, se le comunica la extinción por no superar el periodo de prueba con efectos de 31-12-2008, pues en efecto, el periodo de prueba finalizaba en esa fecha.

Por lo tanto, aún partiendo de la efectiva existencia de indicios de discriminación por el hecho conocido del embarazo, los mismos se han destruido por cuanto ese conocimiento del embarazo existe desde el mismo momento de la contratación lo que no impidió que la trabajadora prestara sus servicios sin que se haya puesto de relieve ni suministrado dato alguno, en los hechos probados, en relación a mayores exigencias productivas, obstáculos a su trabajo, organización y resultados; la empresa ha utilizado el desistimiento del contrato implícito en la existencia de un periodo de prueba pactado en el contrato y se utiliza, además, agotando el plazo de tres meses establecido como tal periodo de prueba.

El periodo de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que

viola el art. 14 C.E. - o vulnere cualquier otro derecho fundamental," (entre otras, sentencias del T.S. de 6-2-2009, recurso n° 665/2008 y sentencia de 14 de mayo de 2009, recurso n° 1097/2008).

De este modo, no era preciso que la empresa alegara causa concreta ni cumpliera formalidad alguna para el indicado cese siendo suficiente la alegación de no superación del periodo de prueba que, además, en el caso concreto, se ha justificado por la escasa contratación conseguida por la actora, cuatro contratos en tres meses como resultado de las 700 visitas efectuadas en el mismo periodo, según se ha declarado probado en la sentencia recurrida. Lo que abunda en la causa de desistimiento aplicada y por ello la empresa ha justificado la realidad de unos deficientes resultados de la trabajadora, que, efectivamente, al ser ciertos, permiten considerar que la empresa ha acudido lícitamente al libre desistimiento de la relación laboral.

Y aunque, como razona la juzgadora de instancia, resulta que suele transcurrir un tiempo entre las visitas y los contratos de modo que no se ha podido comprobar su rendimiento, lo cierto es que no se ha acreditado cuál es ese tiempo y en todo caso, la actora no ha sido despedida por bajo o disminución de rendimiento sino por no superar el periodo de prueba el cual tiene como finalidad, entre otras, el de permitir comprobar al empresario si la trabajadora satisface sus expectativas y el plazo de tres meses fijado para ello es el que se corresponde con el establecido en el art. 10 del Convenio colectivo aplicable, de modo que si en ese tiempo, es un hecho acreditado que la trabajadora, ayudante comercial, sólo consiguió 4 contrataciones de 700 visitas, resulta cuando menos razonable concluir que el desistimiento empresarial no tiene por causa el embarazo de la trabajadora sino la no superación de las expectativas empresariales puestas en ella.

Por ello la Sala no comparte los razonamientos que hace la Magistrada de instancia que, valorando la conducta empresarial, alcanza la conclusión de la falta de destrucción

de los indicios discriminatorios alegados por la trabajadora y, en consecuencia, estimamos el recurso y revocamos la sentencia recurrida.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa EUROCIVIL S.L. contra la sentencia de fecha 18 de mayo del año 2009, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Santiago, en proceso por despido promovido por doña Pabla Carina Fernández Ceballos frente a la empresa recurrente debemos revocar y revocamos en parte la sentencia recurrida, declarando procedente la extinción del contrato efectuada por la empresa con efectos de 31-12-2008 sin derecho a indemnización ni a salarios de trámite.

Notifiquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para unificación de doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral Una vez firme, expidase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

Lo anteriormente inserto concuerda y se corresponde fielmente con su original, al que me remito: en su virtud, para que conste ante quien corresponda, expido y firmo el presente testimonio en A CORUÑA a 10 NOVIEMBRE 2009.

