



Roj: **STSJ GAL 3831/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:3831**

Id Cendoj: **15030340012018102819**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2018**

Nº de Recurso: **1301/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2017 0003472

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001301 /2018 - MBL

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000697 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Pura

ABOGADO/A: PATRICIA RODRIGUEZ MARIÑO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: ADER RECURSOS HUMANOS EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, MINISTERIO FISCAL, CABOMAR CONGELADOS SA

ABOGADO/A: SANDRA DARRIBA PENA, , SILVIA ISABEL HINRICHS ALVAREZ

PROCURADOR: JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA SRA. D^a. BEATRIZ RAMA INSUA,

ILMA SRA. D^a. M^a TERESA CONDE PUMPIDO TOURON

ILMO. SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veintiséis de julio de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001301/2018, formalizado por el/la Letrada D^a. Patricia Mariño Rodríguez, en nombre y representación de Pura , contra la sentencia número 658/2017 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de VIGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000697/2017, seguidos a instancia de Pura frente a ADER RECURSOS HUMANOS EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, CABOMAR CONGELADOS SA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Pura presentó demanda contra ADER RECURSOS HUMANOS EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, CABOMAR CONGELADOS SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 658/2017, de fecha veintisiete de octubre de dos mil diecisiete .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

Primero.- La demandante Da. Pura , mayor de edad y con D. N. I. NUM000 , vino prestando servicios para la empresa Ader Recursos Humanos E.T.T.. S.A. mediante contrato temporal para obra o servicio determinado suscrito el día 27 de julio de 2017, con un período de prueba de 15 días, para prestar servicios como operaría de limpieza de pota y calamar en la codemandada Cabomar Congelados, S.A., estableciéndose en el contrato de puesta a disposición que la obra era: Limpieza y preparación de calamar, pota y potón y envasado interfoliado de pota para los clientes Eurest, Dia, Carrefour, Ifa, Markant (Alcampo) y Edeka, percibiendo un salario mensual prorrateado de 1.001'63 euros.

Segundo.- El día 10 de julio mediante SMS leído por el receptor a las 15:26 horas, el día 11 mediante e-mail leído por el receptor a las 12:45 y el día 12 mediante burofax recibido a las 10:51 horas, la empresa Ader le notificó a la actora su cese con efectos del día 10 por no superar el período de prueba, cese que ésta considera constitutivo de un despido nulo al entender que responde a su estado de embarazo.

Tercero.- La actora inició la prestación de servicios en la línea de producción pero comunicó que estaba embarazada de 19 semanas y al día siguiente se la pasó, como hace siempre la empresa usuaria con las embarazadas hasta las 22 semanas en que cesan por riesgo durante el embarazo, a la línea de emvasado, donde tiene que llenar cajas de cartón con bolsas de productos precocinados con un peso máximo de 2 kilos y luego empujarlas a una cinta transportadora. La fecha de parto está prevista para el 4 de diciembre.

Cuarto.- La demandante realizaba el trabajo con gran lentitud respecto a otras embarazadas que cubrieron el mismo puesto, lo que motivó quejas de compañeras y encargadas.

Quinto.- Cabomar Congelados, S.A. tenía contratos suscritos con Eurest, Dia, Carrefour, Ifa, Markant (Alcampo) y Edeka para servirles productos envasados: calamar, pota y potón.

En dicha empresa a 10 de julio de este año prestaban servicios 235 empleados de los que 203 eran mujeres y en los últimos 5 años hubo 21 mujeres embarazadas sin que se las hubiese despedido o cesado.

Sexto.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 20 de julio, la misma tuvo lugar el día 10 de agosto con el resultado de sin avenencia.

Séptimo.- La demandante no es ni fue representante legal de los trabajadores.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que desestimando la demanda interpuesta por D^a. Pura frente a las empresas Ader Recursos Humanos E.T.T., S.A. y Cabomar Congelados, S.A., debo absolver y absuelvo a dichas demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Pura formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 22 de mayo de 2018.



SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 26 de julio de 2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada. Alega infracción del art 14 de la Constitución Española . Artículos 17 , 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores . En cuanto que considera que el cese de la demandante ha de ser declarado despido nulo, por tratarse de mujer embarazada, o en todo caso improcedente por fraude en la contratación. Con cita de sentencias de este TSJ, y del TC.

Como señala la sentencia de Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 173/2013 de 10 octubre . RTC 2013\173 "..... la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 92/2008 y 124/2009 reprochaba a los órganos judiciales concernidos la interpretación restrictiva de un precepto legal, el art. 55.5 b) LET (RCL 1995, 997) , en la redacción dada por la Ley 39/1999 (RCL 1999, 2800), que añadió al supuesto de nulidad ya contemplado en la redacción precedente del art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales (entre ellos el «motivado» por el embarazo de la trabajadora) un nuevo supuesto de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas, que opera automáticamente (salvo que se demuestre la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo), a pesar de que la empresa ignore el estado de gestación de la trabajadora. Y así afirmamos que las Sentencias entonces enjuiciadas, al condicionar la aplicación de la regla sobre nulidad del despido prevista en el art. 55.5.b) LET a la exigencia de que la empresa hubiera tenido conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora en el momento del despido, no satisfacen las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) que impone la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de la trabajadora que es despedida hallándose embarazada.

Ahora bien, en el caso que ahora nos ocupa los órganos judiciales han razonado que lo dispuesto en el art. 55.5.b) LET no es aplicable al supuesto enjuiciado, que no se refiere a un despido, sino a una extinción del contrato laboral durante el período de prueba. Particularmente, la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que el problema planteado debe de ser abordado desde la óptica de la protección frente a la decisión extintiva derivada del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), sin que resulte aplicable al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo establecida por el art. 55.5.b) LET, dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el periodo de prueba.

Con cita expresa de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, se razona por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el legislador sólo ha ampliado la protección de la trabajadora embarazada, tras la Ley 39/1999 (y mejorando la tutela dispensada por la Directiva comunitaria 92/1985 [LCEur 1992, 3598]), para los supuestos de despido causal, por lo que la extensión de esa protección prevista en el art. 55.5.b) LET a otras causas extintivas por vía analógica (art. 4.1 del Código Civil [LEG 1889, 27]), método delicado de integración normativa cuya aplicación exige, «por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo» (STC 148/1988, de 14 de julio [RTC 1988, 148] , FJ 5), sólo sería posible si existiese una identidad de razón esencial entre el despido causal y esas otras causas de extinción del contrato de trabajo.

Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo razona en la Sentencia que esa protección reforzada prevista en el art. 55.5.b) LET para el despido no puede ser extendida por analogía al supuesto enjuiciado del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, institución cuyas diferencias con el despido resultan sustanciales, conforme a la jurisprudencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cita la Sentencia. Así, se señala que mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan «resultados inconstitucionales» (SSTC 94/1984, de 16 de octubre [RTC 1984, 94] , FJ 3 , y 166/1988, de 26 de septiembre [RTC 1988, 166] , FJ 4).

De ello se infiere por el Tribunal Supremo que, más allá del supuesto de la decisión extintiva con vulneración de derechos fundamentales, que acarrea la declaración de nulidad tanto si se trata de despido como de desistimiento empresarial en periodo de prueba, aplicándose en este caso las reglas de distribución de la



carga probatoria en los mismos términos previstos para el despido nulo (STC 17/2007, de 12 de febrero [RTC 2007, 17] , FJ 3), no cabe extender por analogía la protección dispensada para el despido en el art. 55.5.b) LET, tal como ha sido interpretada por las SSTC 92/2008 y 124/2009 , a la resolución contractual en periodo de prueba, pues las diferencias sustanciales entre una y otra institución jurídica evidencian que el legislador se ha decantado conscientemente por limitar esa tutela reforzada del art. 55.5.b) LET al caso del despido de la trabajadora embarazada, excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. La Ley 39/1999 añadió al supuesto ya contemplado de los despidos nulos por discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales un nuevo supuesto de nulidad objetiva del despido por embarazo de la trabajadora, en los términos expuestos, sin que la posterior Ley Orgánica 3/2007 (RCL 2007, 1000) , de igualdad efectiva de mujeres y hombres, que amplía la protección de la mujer embarazada, considerara oportuno extender esa regulación a supuestos distintos de la extinción del contrato de trabajo por despido.

En definitiva, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero [RTC 2007, 17]). Ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero [RTC 2003, 17]), entiende el Tribunal que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora"

SEGUNDO.- En el supuesto concreto de autos, de los hechos probados de la resolución de instancia se infiere que, la actora inició la prestación de servicios en la línea de producción pero comunicó que estaba embarazada de 19 semanas y al día siguiente se la pasó, como hace siempre la empresa usuaria con las embarazadas hasta las 22 semanas, en que cesan por riesgo durante el embarazo, a la línea de envasado, donde tiene que llenar cajas de cartón con bolsas de productos precocinados con un peso máximo de 2 kilos y luego empujarlas a una cinta transportadora. La fecha de parto está prevista para el 4 de diciembre.

Es decir que la empresa conocía la circunstancia del embarazo.

La sentencia de instancia, pone el punto de partida para resolver la cuestión jurídica, en la jurisprudencia sentada entre otras en la sentencia de fecha 12 de marzo de 1987 del T.S. que declaró que: "El fundamento del tan repetido período de prueba se encuentra como se declara en la sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 1983 , en que se ofrece tanto en beneficio del trabajador como del empresario, y en que su finalidad no sólo es la primordial de constatar la aptitud técnica de aquél para la labor concreta encomendada, sino la de conocer otros datos relevantes y condiciones personales de ambos, de los que conviene estén informados, de un lado el empleador para una mejor satisfacción de sus intereses empresariales tales como disciplina, instrucción, diligencia, rendimiento, etc., y de otro el operario al que le interesa comprobar en la práctica el ambiente en que su tarea se va a desarrollar y desempeñar, estado de organización de ésta, sistema de trabajo, etc., en definitiva el conocimiento mutuo y lo más completo posible de los contratantes para eliminar riesgos futuros y en orden al desarrollo de unas relaciones laborales continuadas, correctas y eficientes, lo que justifica la atribución de la facultad resolutoria y de desistimiento unilateral libremente concedida a las dos partes, sin alegación de causa y por apreciación personal y subjetiva del resultado".

Y que para cesar a un trabajador durante el período de prueba la empresa no precisa alegar, y menos acreditar, motivo alguno. Y que dicho período, fijado por escrito, es válido aunque no lo fuese el contrato.

Pero, a mayor abundamiento, la empresa usuaria acredita que a 10 de julio de este año prestaban servicios 235 empleados de los que 203 eran mujeres y en los últimos 5 años hubo 21 mujeres embarazadas sin que se las hubiese despedido o cesado, lo que destruye cualquier posible indicio de que a la actora se la haya cesado por estar embarazada. Y que de la testifical practicada, incluidas varias compañeras de trabajo incluso del comité de empresa, acredita que el motivo del cese de la actora es que hacía su trabajo con gran lentitud, obligando a reforzar la línea en la que trabajaba siendo así que era un trabajo liviano y muy sencillo al que precisamente se destinaba a las trabajadoras embarazadas. Y concluye como consecuencia de ello, que estamos ante un legal cese por no superar el período de prueba, causa de extinción del contrato de trabajo a tenor de lo establecido por el artículo 49.1.b) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por lo que debe desestimarse la demanda.

TERCERO.- De donde se desprende de modo claro dos circunstancias: a) que la empresa conocía la circunstancia del embarazo de la trabajadora, y b) la actora hacía su trabajo con gran lentitud, respecto a otras embarazadas que cubrieron el mismo puesto, obligando a reforzar la línea en la que trabajaba lo que motivó quejas de compañeras y encargadas. Se trataba de un trabajo liviano y muy sencillo al que precisamente se destinaba a las trabajadoras embarazadas.



Y a la vista de lo expuesto consideramos que la conclusión obtenida por el juzgador de instancia es acorde con la jurisprudencia del TC y del TS ya referida. Debiendo confirmar la sentencia por sus acertados fundamentos.

CUARTO.- Alega asimismo, en sede jurídica, infracción del art 15.3 del Estatuto de los Trabajadores . Al estimar que l contrato de trabajo de la demandante fue suscrito en fraude de Ley. Y deviene indefinido desde su inicio, por haber suscrito un contrato de obra, cuando las actividades que comportan la causa del contrato, son las habituales y normales de la empresa y en consecuencia debe declararse el despido improcedente.

Pretensión que merece ser rechazada, pues como indica la empresa impugnante del recurso, y señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de Febrero de 2012 (AS 2012/579): " (...) aun aceptando el contrato temporal suscrito es fraudulento y, por tanto, indefinido, la única virtualidad o efecto jurídico de tal declaración, es la de ser nula la cláusula de temporalidad (...),pero siendo el contrato de trabajo válido en lo demás, incluida la cláusula del período de prueba. La parte actora ha confundido la nulidad del contrato de trabajo, con la nulidad de la cláusula de temporalidad del contrato. Por tanto, aunque la causa de la contratación es ilegal o fraudulenta, ello no invalida la adecuación del ejercicio del período de prueba, pues no todo defecto causal implica la absoluta nulidad de la contratación, que deberá respetarse en los extremos que resulten adecuados."

Y habiéndolo resulto así el juzgador de instancia, igualmente su conclusión en este aspecto merece ser confirmada. En consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandante, contra la sentencia de fecha 27/10/17 dictada por el Juzgado de lo Social núm.1 de Vigo , en autos 697/17, confirmamos la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.