

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de febrero de 2006.

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

en nombre del rey

ha dictado la siguiente

sentencia

En el rollo de suplicación interpuesto por D^a Julia contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria en los autos de juicio 99/2005 sobre despido, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo R. Real.

antecedentes de hecho

primero según consta en autos se presentó demanda por D^a Julia contra la empresa «[Mercadona](#)» y el Fondo de Garantía Salarial (fogasa) y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 16 de mayo de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria.

segundo en la sentencia de instancia y como hechos probados se declararon los siguientes:

I.-La actora ha prestado sus servicios en la entidad demandada como hornera cajera desde el 29 de septiembre de 2004 con salario de 32,80 Euros/día. El contrato se remite al Convenio de Mercadona. Habiéndose fijado en el contrato un período de seis meses de prueba.

II.-La actora, que estuvo en incapacidad temporal el 14 de diciembre de 2004 se encuentra embarazada, conociéndolo desde el 27 de diciembre de 2004 y **fue cesada por la demandada con fecha de efectos de 7 de enero de 2005, comunicándosele por carta que no había superado el período de prueba.** No se ha acreditado que al tiempo del despido la empresa conociera el estado de embarazo de la actora.

III.-El proceso de formación de la actora consistió en un primer período septiembre a noviembre en el que fue supervisada por la Gente A señora María Rosa, emitiendo la misma dos informes correspondientes el primero a dos semanas y el otro a otras dos, que se dan por reproducidos al constar como documentos 8 a 11 y 12 a 13 de los aportados por la demandada. A continuación pasó al centro de Ingenio y allí el día 15 de diciembre se levantaron dos actas que se dan por reproducidas y constan en autos como documentos 14 y 15 de los de la demandada por falta al trabajo y llegar tarde; el 3 de enero de 2005 acta que se da por reproducida y consta en autos como documento 16 de los de la demandada por no conseguir quedarse sola en el trabajo, no ponerse los guantes y gorro en horas de trabajo; y el 4 de enero de 2005 acta que se da por reproducida y consta en autos como documento 17 de los de la demandada por no llevar el gorro. Ha quedado acreditado que el mes de enero de 2005 la actora tenía dificultades importantes para realizar las labores propias de hornera, al no distinguir adecuadamente los distintos productos utilizados en panadería y bollería, desconocer los diversos períodos de fermentación de cada uno de ellos, los tiempos de cocción o no usar gorro y guantes, estando incapacitada para quedarse sola encargada de la sección.

IV.-La actora no es ni ha sido en el año anterior a su cese representante legal o sindical de los trabajadores. En fecha 3 de febrero de 2005 se practicó acto de conciliación sin resultado.

tercero la sentencia de instancia contiene el siguiente fallo:

Que estimando parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Doña Julia contra [Mercadona](#) y el Fogasa debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la actora, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto, a su elección, le readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, o bien le indemnice con la suma de 492 euros condenándola igualmente y en todo caso a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del

despido; debiendo advertir por último a la demandada que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los cinco días siguientes, desde la notificación de la Sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión.

cuarto contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Remitidos los autos a esta Sala se señaló fecha para la votación y fallo de la resolución, habiéndose cumplido con las formalidades legales.

fundamentos de derecho

primero la sentencia de instancia estima parcialmente la pretensión de la actora, D^a Julia, trabajadora que con la categoría profesional de Hornera-Cajera prestaba servicios para la empresa demandada, «[Mercadona](#)», desde el día 29 de septiembre de 2004 (que interesaba que se declarara que su cese en la misma alegando la no superación del período de prueba, hecho acaecido el día 7 de enero de 2005, era constitutivo de despido nulo), declarando que dicho cese es constitutivo de despido improcedente por haber acreditado la empresa que la trabajadora no se encontraba suficientemente preparada para la realización del trabajo para el que fue contratada. Frente a dicha sentencia se alza la demandante mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de un único motivo de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia combatida, sea estimada la demanda **y declarado constitutivo de despido nulo el cese de la actora por considerar que el mismo implica una lesión del derecho de la mujer trabajadora a no ser discriminada por razón de su embarazo.**

segundo amparándose en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (rcl 1995, 1144, 1563) invoca la parte recurrente la infracción del artículo 55 párrafo 5º del Estatuto de los Trabajadores (rcl 1995, 997) , en relación con el artículo 14 de la Constitución Española (rcl 1978, 2836) . Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que conforme a dicha normativa el despido de una mujer embarazada ha de ser calificado necesariamente como nulo, con independencia de que el mismo no tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o no se produzca con violación de derechos fundamentales.

Como punto de partida para resolver la cuestión controvertida en el presente pleito hemos de tener en cuenta que el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida declara expresamente la nulidad de la cláusula del contrato de trabajo de la actora que establecía un período de prueba **de duración de seis meses en aplicación del Convenio Colectivo de la empresa «[Mercadona](#)», al ser éste muy superior al de dos meses establecido en el Convenio Colectivo Provincial del Comercio de las Pequeñas y Medianas Empresas de Las Palmas**, ya que al concurrir ambos Convenios y ser este último supraempresarial y anterior en el tiempo, no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 84 párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores (rcl 1995, 997) para la aplicación del Convenio de empresa (en aplicación de la doctrina sentada por esta Sala en su sentencia de 3 de febrero de 2003, recurso de suplicación 1204/2002 [AS 2003, 2982]). Nula dicha cláusula la misma se ha de tener por no p**a, de forma que el contrato de trabajo de la actora permanece vigente como ordinario y por tiempo indefinido a todos los efectos y sin ninguna limitación desde un principio.

En lo que aquí nos interesa, el despido será declarado nulo (artículo 55 párrafo 5º del Estatuto de los Trabajadores y 108 párrafo 2º de la Ley de Procedimiento Laboral) cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución, o cuando se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. La Ley 39/1999 (rcl 1999, 2800) ha modificado la redacción de los antes referidos artículos (55 párrafo 5º del Estatuto de los Trabajadores y 108 párrafo 2º de la Ley de Procedimiento Laboral), introduciendo una serie de supuestos de posibles despidos disciplinarios nulos, entre los que se encuentra el de las mujeres embarazadas cuando el despido se produzca desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del contrato por maternidad o por riesgos durante el embarazo (supuestos en los que también sería nulo el despido pero a los que no nos referiremos al no interesar a los efectos que aquí nos ocupan).

La protección de la trabajadora embarazada frente a despidos es, en gran medida, una versión legal de la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el embarazo está comprendido dentro de los supuestos de discriminación por razón de sexo (sentencia 136/1996, de 23 de julio [rtc 1996, 136]). No obstante, la expresa inclusión del embarazo de la trabajadora como situación que puede llevar a la declaración de nulidad el despido obedece también a la trasposición de las previsiones de la Directiva 1992/85 (LCEur 1992, 3598) , que obliga a los Estados miembros a tomar «las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras... durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad... salvo los casos

excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales» (artículo 10 párrafo 1º). Mientras que en la referida norma comunitaria se prevé la necesidad de que la trabajadora embarazada comunique a su empresario su estado para ser considerada formalmente como tal «trabajadora embarazada», la legislación española no prevé dicho mecanismo de comunicación al empresario de la situación de embarazo, de forma que incluso en los casos de desconocimiento por parte del empresario de la situación de embarazo de la trabajadora, la nueva redacción de los artículos 55 del Estatuto de los Trabajadores y 108 de la Ley de Procedimiento Laboral abocan a una regla objetiva que se puede materializar en la siguiente frase: «si el despido no se declara procedente, habrá que calificarlo de nulo, si se produce entre la fecha de inicio del embarazo y la del comienzo de la suspensión del contrato por maternidad» (Albiol Montesinos, «Derecho del Trabajo, Contrato individual»).

En el caso de despido de una mujer embarazada no hace falta que la misma aporte indicios de que se ha producido discriminación por razón del propio embarazo para que se desplace la carga de la prueba y corresponda al empresario probar la existencia de un motivo objetivo y razonable de despido, ajeno por completo a todo propósito discriminatorio, sino que basta la simple aportación de la extremadamente sencilla y objetiva prueba de que el despido se produjo estando la trabajadora embarazada. Pero además, un vez acreditado el embarazo, no se exige al empresario la simple acreditación de la existencia de los hechos motivadores ajenos a todo móvil discriminatorio o atentatorio a un derecho fundamental, y excluido dicho móvil el despido puede ser calificado como procedente o improcedente, sino que en los despidos relacionados con el embarazo el despido solo puede ser calificado como procedente (en el caso de que quede acreditado el incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador alegado por el empresario), pues en caso contrario solo cabe la declaración de nulidad y no la de improcedencia.

sexto La actora denuncia la existencia de lesión del derecho a no ser discriminada en el trabajo por el hecho de estar embarazada, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española (rcl 1978, 2836) , por cuanto entiende **que el verdadero móvil de su cese es su embarazo y las bajas médicas concomitantes al mismo, por lo que acreditado el hecho del embarazo de la trabajadora en el momento de su cese, hecho acaecido el día 7 de enero de 2005, independientemente del conocimiento que de tal circunstancia pudiera tener la empresa para la que trabajaba (hecho probado segundo), solo en el caso de que se estimara la procedencia de un despido disciplinario su despido podría dejar de ser calificado como nulo.**

Para resolver la cuestión que nos ocupa hemos de tener en cuenta los siguientes datos que aparecen en la relación de hechos probados de la sentencia recurrida: -a) la actora viene prestando servicios para la empresa demandada, «[Mercadona](#)» desde el 29 de septiembre de 2004 como Hornera-Cajera (hecho probado primero); -b) tal relación laboral se articulaba a través de contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido, en cuyo clausulado se establecía un período de prueba de seis meses en aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de empresa (folios 72 y 73 de las actuaciones); -c) la referida cláusula contractual es nula, por contradecir lo dispuesto en el artículo 7 párrafo 1º del Convenio Colectivo Provincial del Comercio de la Pequeña y Mediana Empresa de Las Palmas, que es de aplicación preferente (fundamento de derecho tercero); -d) **en el transcurso de dicha relación laboral la actora estuvo en situación de baja por incapacidad temporal el día 14 de diciembre de 2004 (hecho probado segundo); -e) la actora adquirió conciencia de que estaba embarazada el día 27 de diciembre de 2004 (hecho probado segundo); -f) el día 7 de enero de 2005 la empresa entregó a la actora carta en la que le comunicaba la extinción de su relación laboral por no haber superado el período de prueba establecido en su contrato (hecho probado segundo).**

A la vista de lo anteriormente expuesto, coincidiendo en este punto con el Magistrado de instancia, hemos de decir que no nos encontramos ante un despido disciplinario de la Sra. Julia, sino ante un cese fundamentado en la no superación de un período de prueba establecido en una cláusula contractual declarada nula e inexistente. De tal forma, dado que como consecuencia de todo lo anteriormente referido y razonado el cese de la actora no puede ser calificado como despido disciplinario, con lo que en ningún caso podría ser calificado como procedente o ajustado a derecho, necesariamente ha de serlo como despido nulo, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración.

Como quiera que así no ha sido entendido por el Magistrado de instancia, procede la estimación del presente motivo, por su efecto del recurso de suplicación interpuesto por la demandante y, con revocación de la sentencia de instancia, **declaramos que el cese de la actora en la empresa demandada es constitutivo de despido nulo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto, proceda a la readmisión inmediata de la trabajadora en el mismo puesto y condiciones de trabajo en que venía prestando**

do servicios, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 7 de enero de 2005, hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de 32,80 euros diarios.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

fallo

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Julia contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria en los autos de juicio 99/2005 y, con revocación de la misma, estimamos íntegramente la demanda interpuesta por D^a Julia frente a la empresa «[Mercadona](#)», y declaramos **que su cese en la empresa demandada es constitutivo de despido nulo, condenando a ésta a estar y pasar por tal declaración, y a que, por tanto, proceda a la readmisión inmediata de la trabajadora en el mismo puesto y condiciones de trabajo en que venía prestando servicios, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 7 de enero de 2005, hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de 32,80 euros diarios.**

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal.