



Roj: **STSJ CAT 3369/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:3369**

Id Cendoj: **08019340012018102299**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2018**

Nº de Recurso: **1078/2018**

Nº de Resolución: **2011/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIQUEL ANGEL FALGUERA BARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 17079 - 44 - 4 - 2017 - 0013841

RM

Recurs de Suplicació: 1078/2018

IL LM. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

IL LM. SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA

IL LM. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Barcelona, 6 d'abril de 2018

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 2011/2018

En el recurs de suplicació interposat per Severiano a la sentència del Jutjat Social 3 Girona (UPSD social 3) de data 6 de novembre de 2017 dictada en el procediment núm. 324/2017, en el qual s'ha recorregut contra la part Piscines Mon de Pra, S.L. i Fondo de Garantia Salarial (Girona), ha actuat com a ponent Il lm. Sr. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. Va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre acomiadament en general, la qual l'actor al.lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 6 de novembre de 2017 , que contenia la decisió següent:

"Que desestimo la demanda de impugnación de despido nulo y, subsidiariamente, improcedente interpuesta por D. Severiano contra Piscinas Mon de Pra S.L. y el Fogasa."

SEGON. En aquesta sentència es declaran com a provats els fets següents:

"PRIMERO. La parte demandante ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada con una antigüedad de 29 de marzo de 2016, categoría profesional de grupo 2 y salario diario bruto con prorrateo de pagas extraordinarias de 53,35 euros. El contrato de trabajo firmado por las partes era un contrato de trabajo



indefinido a tiempo completo de apoyo a emprendedores con un periodo de prueba de 12 meses. En el mismo contrato se pactó que la situación de incapacidad laboral transitoria del trabajador no interrumpirá el plazo de duración del periodo de prueba.

(Interrogatorio de parte demandada. Documental obrante en folios 10 a 18 y 40 a 116).

SEGUNDO. La parte demandante causó baja por it el 21 de marzo de 2017, con fecha de alta el 24 de marzo de 2017.

La parte demandada comunicó a la parte demandante carta por buro-fax de 21 de marzo de 2017 por la que le comunicaba no haber superado el periodo de prueba establecido en el contrato. En el finiquito se reconocían 830,85 euros en bruto por paga de verano y 257,85 euros en bruto por paga de navidad.

El Inss emitió certificado de 3 de abril de 2017 en el que constaba que la baja por it del demandante de 21 a 24 de marzo de 2017 no se había comunicado a la empresa por el sistema RED.

(Interrogatorio de parte demandada. Documental obrante en folios 10 a 18 y 40 a 116).

TERCERO. La parte demandante no ostenta ni ha ostentado la representación individual o colectiva de los trabajadores (no controvertido). La parte demandante presentó papeleta de conciliación de impugnación de despido. El acto de conciliación previo concluyó con el resultado de intentado sin efecto. La parte demandada no compareció al acto de sin que constara su citación (folio 28)."

TERCER. Contra aquesta sentència la part actora, Severiano , va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària la qual el va impugnar, Piscines Mon de Pra S.L. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET

ÚNIC. Per la via de la lletra b) de l'art. 193 LRJS formula la part actora una sèrie de consideracions en relació al fet provat tercer (per bé que en realitat ho fa respecte al fonament jurídic amb el mateix ordinal), per prosseguir posteriorment realitzant argumentacions respecte la finalització del contracte al llarg del període de prova, la falta de causalitat legal i indicant que la real era que era "un treballador conflictiu", la concurrència d'un frau de llei i realçant que l'extinció obeeix a la baixa per malaltia.

Certament, com afirma la part impugnant, el recurs presenta una molt dolenta factura tècnica. No obstant això, aplicant un criteri ample del principi "por actione", caldrà considerar que, en definitiva, s'està denunciant -per la via de la lletra c) de l'article 193 LRJS - la infracció dels articles 14 i 55 ET en relació als articles 14 , 15 i 35.1 CE , l' article 6.3 CC i el Conveni 158 OIT (normes més o menys citades en l'erràtic contingut del recurs).

Doncs bé, volem recordar, d'entrada, que l'extinció del contracte al llarg del període de prova és una de les escasses excepcions (juntament amb les relacions laborals d'altra direcció i de persones empleades de la llar) en les què la nostra legislació permet el desistiment empresarial del contracte de treball. En principi en el nostre model legal i constitucional l'extinció del contracte només és possible si concorre causa, atès que l'estat espanyol és signatari del Conveni 158 (OIT), resultant per tan plenament d'aplicació l' art. 4 de la dita norma internacional, en relació a l' art. 96.1 CE .

Aquesta possibilitat de desistiment al llarg del període de prova (que reiterem: és una excepció del model legal) comporta, en definitiva, que la referida extinció no tingui perquè obeir a causa de cap tipus, essent suficient amb la simple manifestació de part -com també ocorre respecte al desistiment del treballador-, sense necessitat d'adduir cap justificació, ni per tant, de prova judicial. S'ha afirmat així, entre d'altres, a la STS UD 02.04.2007 -Rec. 5013/2015 - que el període de prova és " una institució que permete 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 este 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 " .

No obstant això aquesta possibilitat extintiva unilateral no és incondicionada. En primer lloc escau referir que lògicament, concorre un límit de legalitat, en relació a l' art. 14 ET o a la norma col·lectiva que el reguli; en conseqüència, si el dit període de prova no s'adequa al marc legal o convencional ens trobem davant una extinció contractual per part de l'empresari, que en no tenir causa real, ha de comportar la declaració judicial d'existència d'un acomiadament qualificat com improcedent. D'altra banda: concorre un límit de constitucionalitat: això és, quan el desistiment de l'empresari no obeeix a una altra cosa que a una vulneració del dret a la no discriminació o de drets fonamentals o altres llibertats públiques. En aquests casos és obvi que



la finalització contractual també ha de ser considerada judicialment com un acomiadament, amb la qualificació de nul. Trobarem en aquest sentit variades sentències del propi Tribunal Constitucional que assoleixen aquesta conclusió de plena nul litat, amb el paradigma de les extincions de contracte al llarg del període de prova d'assalariades embarassades (SSTC 94/1984 , 166/1988 , 17/2007 , 173/2013 , etc.).

Certament, després de l'aprovació del RDL 3/2012 -i la posterior llei homònima- regulant el denominat contracte de suport als emprenedors, en el què s'estableix un període de prova d'un any- foren moltes les veus iuslaboralistes que consideraven que la figura era contrària al conveni 158 OIT i al propi art. 35.1 CE , en la lectura efectuada tradicionalment pel TC. No obstant, com encertadament raona el jutgador del primer grau, aquesta possibilitat de dèficit de constitucionalitat fou negada per la STC 119/2014 . I això determina, a la fi, que per mandat imperatiu de l' art. 5.1 LOPJ , els jutges i tribunals estem obligats a complir amb l'hermenèutica elaborada pel TC.

En conseqüència, conforme les anteriors reflexions, el fet que no existeixi cap justificació en la notificació del desistiment empresarial del contracte al llarg del període prova en el present cas, així com els certament peculiars efectes de la figura del contracte de suport als emprenedors no determina per si mateixa l'existència de cap acomiadament.

No obstant, com hem indicat, el recurs es sustenta bàsicament en la consideració que la motivació extintiva obeeix a altres motius: en primer lloc, el caràcter conflictiu del demandant per a l'empresa, la qual cosa es relaciona amb una denúncia de frau de llei; d'altre, el caràcter reactiu de l'extinció davant la situació d'incapacitat temporal. Per tant, s'està afirmant que l'acomiadament és antijurídic i és anticonstitucional.

Pel que fa a la possible existència d'un frau de llei, hem de recordar que històricament en la nostra pràctica judicial els acomiadaments en frau de llei havien estat sancionats judicialment com nuls, acudint a allò disposat a l' art. 6.3 CC , com és de veure en la SSTS 06.03.1986). No obstant, després de l'entrada en vigor de la LPL 1990 i la reforma laboral de 1994 la doctrina del TS fou modificada, en considerar que la nul litat restava únicament limitada a la infracció de drets fonamentals (entre moltes d'altres: SSTS UD 23.05.1996, Rec. 2369/1996 i 30.12.1997, Rec. 1649/1997). Això comportà que, a la pràctica i per bé que en el nostre model no era possible el desistiment empresarial, el judici de causalitat dels òrgans judicials restés limitat estrictament al terreny merament formal, i no substantiu.

En conseqüència -amb l'excepció dels acomiadaments per causes econòmiques, tècniques, organitzatives i productives- l'acomiadament antijurídic no és sancionat en el nostre marc jurídic amb la nul litat, sinó amb la improcedència. Una lògica que es veu reforçada en el cas de les extincions al llarg del període de prova, atès que -com hem indicat- l'empresari no ha donar cap tipus de causa justificadora.

No obstant això la tesi del recurs es basa també en el caràcter conflictiu del demandant. Certament en determinats supòsits, sempre i quan s'acrediti l'existència d'actes preparatoris per tal d'interposar denúncies administratives o actuacions judicials podria concórrer -en el terreny de la constitucionalitat- una vulneració de la garantia d'indemnitat - art. 24 CE -; o, en relació a l' art. 28.1 CE , pot existir una extinció contrària a drets fonamentals si un treballador en període de prova està intentant organitzar un sindicat o convèncer als seus companys per a que s'afiliïn. Però ocorre que en el present cas la sala no té cap element fàctic que ens pugui dur a la conclusió de l'existència d'indis de vulneració dels drets fonamentals, ni se n'ha pretès la modificació per la via de la lletra b) de l'art. 193 LRJS . D'aquí que, amb total absència dels dits elements fàctics, no escaigui entrar en aquesta possible reflexió.

Finalment, pel que fa -també en el terreny de la constitucionalitat- a la discriminació de l'acte extintiu per raó de malaltia, hem de recordar que és aquest un aspecte de llarga evolució en la doctrina judicial i, fins i tot comunitària. En efecte també aquí el TS ha vingut fent una interpretació restrictiva (en relació a l' art. 6 del Conveni 158 OIT) en entendre que: a) la malaltia no està contemplada expressament con supòsit de discriminació a l' art. 14 CE i a l' art. 17 CE ; i b) que la declaració d'improcedència -i no, de nul litat- està fonamentada, a banda del marc legal, en la lluita contra l'absentisme i els cost que per a les empreses tenen les situacions d'incapacitat temporal de les persones assalariades. És aquesta una hermenèutica apreciable en la STS UD 29/01/2001, Rec. 1566/2000 , i posteriorment, entre d'altres, en les SSTS UD 23/05/2005, Rec. 2639/2004 , 12/07/2004, Rec. 4646/2002 , 23/09/2003, Rec. 449/2002 , etc. De fet, únicament trobarem com pronunciament diferent la STS UD 31/01/2011, Rec. 1532/2010 , en la què s'arriba a la conclusió que l'advertència efectuada per un empresari a un treballador en el sentit que si tornava a incórrer en una baixa seria acomiadat era contrària al dret a la integritat física o psíquica de l' art. 15 CE . La dita lògica hermenèutica ha estat validada per la STC 62/2008 .

D'altra banda, és cert que en aquesta matèria pot concórrer una possible incidència de la no discriminació per raó de discapacitat, al menys des de la perspectiva de la doctrina del TJUE. Cal observar que per bé que tampoc la discapacitat estava contemplada com causa de discriminació, després de l'entrada en vigor de la Directiva



2000/78, sí fou integrada en la nostra ordenació a partir de les Lleis 51/2013 i 63/2003. En aquesta tessitura es produí un debat relatiu a si la "malaltia" era comparable amb la "discapacitat", la qual fou negada pel TS (STS UD 11/12/2007, Rec. 4355/2006) i també, inicialment, pel TJUE (sentència 11.07.2016, assumpte C-13/05 , Chacón Navas). Ara bé, amb posterioritat la UE subscriuí la Convenció de l'ONU de protecció de les persones discapacitades, la qual cosa comportà que a partir de la STJUE 11.04.2013 (assumptes acumulats C-335/11 I 337/11, Ring, s'arribés a la conclusió que una malaltia de llarga durada era equiparable a una discapacitat -amb la conseqüent extensió de les tuteles antidiscriminatòries-. Aquest criteri ha estat desenvolupat per la posterior STJUE 01.12.2016, assumpte C-395/15 , **Daouidi**, en la què s'arriba a la conclusió que l'acomiadament d'una persona malaltia pot ser discriminatori en dos supòsits: a) si la baixa de la persona afectada s'ha perllongat al llarg d'un temps significatiu que comporti l'equiparació entre malaltia i discapacitat; i b), quan la patologia de base, en relació als coneixements de la ciència mèdica posin ja en evidència des del principi que existirà una malaltia de llarga durada. I tot això prenent com a moment de l'enjudiciament el de l'acte empresarial presumptament discriminatori.

Doncs bé, en el present cas és del tot evident que entre l'acomiadament de l'actor es produeix pocs dies després de la baixa i que no consta quina és la malaltia causant ni el seu coneixement per l'empresa per la qual no podem considerar que ens trobem davant una malaltia de llarga durada.

D'aquí que el motiu hagi de ser desestimats i, amb ell, el recurs en la seva integritat.

Atesos els preceptes legals citats, els concordants amb els mateixos i les demés disposicions de general i pertinent aplicació

DECIDIM

Que hem de desestimar i desestimem el recurs de suplicació interposat per Severiano contra la sentència dictada pel jutjat del social número 3 dels de Girona en data 6 de novembre de 2017 , recaiguda en les actuacions 324/2017, en virtut de demanda deduïda per la dita part actora contra PISCINES MON DE PRA, S.L., amb presència del Ministeri Fiscal, en reclamació per acomiadament i, en conseqüència, hem de confirmar i confirmem íntegrament la dita resolució.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Un cop sigui ferma la sentència caldrà remetre al Jutjat d'instància les seves actuacions ja que és l'òrgan judicial competent per executar-la.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social .

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l'article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , consignarà com a dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER, n° 0965 0000 66, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , quan així procedeixi, cal acreditar-la al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria i s'efectuarà en el compte de la Sala, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

També és possible substituir la consignació en metàl·lic per l'assegurament de la condemna mitjançant un aval bancari emès per una entitat de crèdit. El document haurà de ser de duració indefinida i a pagar a primer requeriment.

Si el dipòsit o la consignació no és fan de forma presencial sinó mitjançant transferència bancària o per procediments telemàtics, a les dites operacions hauran de constar les següents dades:



El compte bancari al que es remetrà la quantitat és IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. A la dada de "ordenant" caldrà indicar el nom de la persona física o jurídica que fa l'ingrés i el seu NIF o CIF. Com a "beneficiari" ha de constar la Sala Social del TSJ de Catalunya. Finalment, a "observacions o concepte de la transferència" cal introduir els 16 dígitos que consten en els paràgrafs precedents respecte al dipòsit i la consignació fets de forma presencial.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, el Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ