



Roj: **STSJ GAL 6761/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:6761**

Id Cendoj: **15030340012018104800**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2018**

Nº de Recurso: **3193/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO (-FF-)

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 32054 44 4 2018 0001163

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003193 /2018

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000295 /2018

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de OURENSE

RECURRENTE/S D/ña Joaquín

ABOGADO/A: DAVID DE LEON REY

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: TRANSPORTES LOPEZ TRABAZOS SL

ABOGADO/A: SONIA GIL MARTINEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA. SRA. Dª ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA. SRA. Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a trece de diciembre 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 0003193/2018, formalizado por EL LETRADO DON DAVID DE LEON LREY, en nombre y representación de DON Joaquín , contra la sentencia número 353/2018 dictada por EL XDO. DO SOCIAL N. 2 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000295/2018, seguidos a instancia de DON Joaquín frente a TRANSPORTES LOPEZ TRABAZOS SL representada por LA LETRADA DOÑA SONIA GIL MARTÍNEZ, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : D. Joaquín presentó demanda contra TRANSPORTES LOPEZ TRABAZOS SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 353/2018, de fecha veinte de julio de dos mil dieciocho .

SEGUNDO : En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.-El actor D. Joaquín , vino prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "TRANSPORTES LOPEZ TRABAZOS S.L." desde el 20-2-2018, ostentando la categoría profesional de conductor mecánico y percibiendo un salario diario de 40,07.-€ incluido el prorrateo de las pagas extra. SEGUNDO.-La relación laboral entre las partes se articuló a medio de un contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores. La cláusula cuarta de dicho contrato establece un periodo de prueba de 1 año. Dicho contrato figura incorporado a autos, teniendo aquí su integro contenido por reproducido. TERCERO.-En fecha 23-2-2018, sufrió un accidente de tráfico, en la carretera A-231.PK10, en su trayecto de regreso a las instalaciones de la empresa. Inició la situación de I.T. derivada de accidente de trabajo, con el diagnóstico de "fractura de otros huesos cara, cerrada" Fue ingresado en el Complejo Asistencial Universitario de León el 23-2-2018. El 26-2-2018 fue trasladado al Centro medico El Carmen de esta Ciudad. Fue alta hospitalaria el 9-3-2018. Figuran incorporados los informes médicos de ingreso y alta, cuyo contenido se tiene aquí por reproducido. CUARTO.-La empresa demandada curso la baja del actor en la S.S. como trabajador al servicio de la misma, con fecha de efectos 2 de Marzo. La causa de la baja es "no superación del periodo de prueba". QUINTO.-El actor no ostenta ni ha ostentando la condición de representante legal de los trabajadores. SEXTO.-Se celebró sin avenencia la conciliación ante la UPMAC.

TERCERO : En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda interpuesta por D. Joaquín contra la empresa "TRANSPORTES LOPEZ TRABAZOS S.L." debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, y, en consecuencia, absuelvo a la empresa demandada de las pretensiones en su contra esgrimidas.

CUARTO : Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por DON Joaquín formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte TRANSPORTES LOPEZ TRABAZOS SL.

QUINTO : Elevados por el Juzgado de lo Social NÚMERO DOS DE ORENSE 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 DIECINUEVE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día DOCE DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO 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, D. Joaquín , presenta demanda contra la empresa TRANSPORTES LOPEZ TRABAZOS S.L. ejercitando acción de despido. Alega que el desistimiento realizado por la empresa, con respecto al contrato del trabajador en periodo de prueba, es en realidad un despido nulo ya que dicha extinción viene motivada única y exclusivamente por la situación de baja laboral con expectativas de prolongarse en el tiempo. De forma subsidiaria solicita que la extinción se declare como despido improcedente ya que no ha



comunicado por escrito. La sentencia de instancia desestima ambos argumentos, señalando, en cuanto a lo primero, que no existen datos que acrediten que la baja médica pudiera prolongarse en el tiempo, y en cuanto a la petición subsidiaria porque existe libertad de forma en cuanto a la comunicación de tal desistimiento.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora y formula recurso de suplicación, en el que solicita que previa estimación del recurso interpuesto, se dicte sentencia por la que se revoque la sentencia dictada en la instancia y en su lugar se dicte otra por la que se declare NULO el despido de D. Joaquín, y de forma subsidiaria improcedente. El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada, que solicita la desestimación.

SEGUNDO . - La recurrente formula cuatro motivos todos ellos de forma erróneamente amparados en el art. 191 LPL y que entenderemos referenciados al art. 193 LRJS; procede en primer lugar resolver el segundo motivo, que ampara en la letra b) (esta vez sí con cita en la LRJS) y a continuación resolveremos los siguientes motivos (primero, tercero y cuarto) que ampara en la letra c).

La recurrente solicita la modificación del hecho probado cuarto, pretensión que ha de ser examinada a tenor de reiterada doctrina que establece que los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

- a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas
- c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;
- d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;
- e) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

La solicitud de la recurrente se concreta en que el hecho probado cuarto quede redactado con el siguiente contenido: "No fue hasta que D. Joaquín acudió a las oficinas del INSS, cuando él mismo fue conocedor de la extinción de su contrato de trabajo, por no superación del período de prueba, no existiendo comunicación anterior alguna, ni constancia de la voluntad de que este hecho llegase a su conocimiento".

No apoya la redacción en ningún medio de prueba, por lo que es evidente que la modificación no puede prosperar; tampoco se aprecia la "importancia vital" - como la califica la recurrente - de tal inclusión ya que la acreditación de la comunicación del desistimiento es carga de la prueba de la empresa, y el hecho de que no consta datos que acrediten la forma en que se produce la misma - de ser estos necesarios a los efectos de declarar el desistimiento como correctamente realizado - solo a la empresa puede perjudicar (art. 217.1 LEC). En todo caso la sentencia de instancia cuando resuelve esta cuestión ya parte de que la empresa no le comunicó por escrito al trabajador el desistimiento.

Por lo tanto no se admite la modificación solicitada.

TERCERO . - A continuación entraremos ya, y el amparo del art. 193 c) de la LRJS en el análisis de los motivos de fondo alegados por la recurrente y que se concreta en:

a) La sentencia de instancia rechaza la nulidad pretendida por la recurrente indicando que de los informes aportados - tanto el de baja por accidente como los informes hospitalarios - , no se deduce que la baja médica pueda prolongarse en el tiempo por lo que la decisión de la empresa no puede calificarse como de discriminatoria por vulneración de una persona con discapacidad; la recurrente entiende que tal argumento infringe la Directiva 2000/78, art. 55. 5 y STJUE Caso **Daouidi**, de 1 de diciembre de 2016 ya que no existía una perspectiva de curación a corto plazo, incidiendo en la forma en que conoce el cese (de casualidad) así como en las secuelas físicas y psíquicas derivadas de un accidente de circulación, por lo que el despido es claramente discriminatorio.

b) La sentencia de instancia entiende que el despido no puede considerarse improcedente ya que el cese en el período de prueba no está sometido a formalidades, existiendo libertad de desistimiento por parte del empresario, y a tal efecto cita una sentencia de esta Sala del TSJ de Galicia de 13 de abril de 2005; la recurrente entiende que tales argumentos infringe el art. 14.2 del ET en relación con la STS de 6 de julio de 1990, ya que la empresa no puso en conocimiento del trabajador su desistimiento, y además infringe el Convenio Colectivo



de Ourense, cuya disposición final 2 remite al II Acuerdo General para empresas de transporte por mercancía de carreteras, indicando el art.19 de este último que el desistimiento ha de ser comunicado por escrito, Cita igualmente sentencia del TSJ de País Vasco de 14 de septiembre de 2004 .

La empresa se opone a ambos motivos de fondo, señalando que la sentencia ha resuelto conforme a derecho.

Para resolver la cuestión propuesta hemos de tener en consideración que el cese del actor se produce durante el periodo de prueba , al haber cursado la empresa demandada la baja del actor en la Seguridad Social, con fecha de efectos del 2 de marzo , haciendo constar como causa de la baja la "no superación del periodo de prueba", y que en ese momento el actor estaba en situación de IT, e ingresado en hospital, siendo dado de alta hospitalaria el 9 de marzo de 2018.

En cuanto al periodo de prueba esta Sala de suplicación ha declarado, entre otras en sentencias de 9 de febrero de 2001 (Recurso nº5750/2000), de 23 de julio de 2010 (Recurso nº 1951/2010), o 22 de noviembre de 2010 , Recurso nº 3406/2010) que "el periodo de prueba es una institución que permite a cualquiera de la partes intervinientes en el contrato de trabajo, empresario o trabajador, rescindir tal contrato unilateralmente, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto; bastando para su validez que se lleve a cabo durante la vigencia del período y que el empleador o el trabajador extinga la relación laboral, sin precisarse llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación; habiendo mantenido reiterada doctrina jurisprudencial que para rescindir el vínculo jurídico-laboral durante el repetido período, no es preciso en absoluto, especificar la causa que ha determinado tal decisión extintiva, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adopta, y el único supuesto que puede generar la ineffectividad de la decisión unilateral rescisoria es el de que la misma esté motivada o causada por una razón discriminatoria que viole el art. 14 de la Constitución o que vulnere cualquiera de los derechos fundamentales que ésta proclama (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de noviembre de 1984 , 14 de abril de 1986 , 3 de diciembre de 1987 y 6 de julio de 1990 , entre otras); o, como ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencias 94/1984 y 1661/1998 , el ámbito de libertad reconocido por el art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y aunque la resolución del contrato no esté fundada en motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria, ya que esa facultad resolutoria de la que ha hecho uso la empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer por causas ajenas el propio trabajo, en contra de un derecho fundamental; como es el de la igualdad, reconocido en el art. 14 de la Norma Suprema, y ante la alegación de un derecho fundamental, la empresa viene obligada a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria".

Partiendo de estas premisas el recurso , en cuanto a la petición de nulidad, no prospera ya que no tenemos datos para afirmar que nos encontramos ante un supuesto de enfermedad asimilable a discapacidad que permita que entre en juego la tutela antidiscriminatoria prevista en la Directiva 2000/78, traspuesta en nuestro ordenamiento, entre otros, en diversos preceptos del ET y de la LRJS, así como del RD Legislativo 1/2013, de los cuales ha de hacerse una interpretación conforme con la jurisprudencia comunitaria.

A tal efecto tanto el Tribunal Supremo (STS de 12/7/2012, rec: 2789/2011) como el Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE , ni puede ser incluida tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo (cualquier otra condición o circunstancia personal o social), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas (entre otras, STS 29-1- 2001, rec. 1566/2000 y STS 11-12-2007, rec. 4355/2006). Distinta afirmación ha de realizarse cuando hablamos de discapacidad, y ello porque la condición personal de discapacidad es causa de discriminación en nuestra legislación nacional desde la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que dio nueva redacción al artículo 4.2.c), párrafo 2º, del Estatuto de los Trabajadores y como ya con anterioridad había se había establecido en la Directiva 2000/78 (art. 1 : la presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de.... discapacidad) , en donde se establecen , entre otras medidas la obligación del empresario a realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad (art. 5)

Sin embargo como también nos recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 30 de mayo de 2016 rec. 3348/2014) , ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables, porque "la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado (.) La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada". Pero en esta cuestión la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido fundamental; y así en sus momento iniciales podemos citar la postura sostenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas),



y en la que considera que la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la 'equiparación' de los conceptos de enfermedad y discapacidad, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que "la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período", por lo que "una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78"; que "ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad" y que "no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva", que son discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual. Sin embargo con posterioridad el TJUE, en sentencia de 11 de abril de 2013, C-acumulados 335/11 y 337/11, caso Ring considera que el concepto de "discapacidad" a que se refiere la Directiva 200/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. Es decir, que una enfermedad de larga duración que provoque limitaciones con incidencia en el ámbito profesional puede ser calificada de discapacidad.

Esta postura se mantiene vigente en la actualidad pudiendo citarse entre las resoluciones más recientes la STS de 15 de marzo de 2018, rcud 2766/2016 ,en la que se remite a sentencias anteriores de esa misma Sala de Casación (la de 30 de mayo que antes citamos ,o la de 21 de septiembre de 2017, rcud 782/2016) indicando: " En la última de las sentencias dictadas por esta Sala, STS de 24-9-2017 (Rcud. 782/2016), se expresaba así la evolución experimentada por comparación entre los acumulados C- 13/15 (Chacón Navas) y los acumulados C- 335/11 y C- 337/11 (Ring) así como en el C- 395/15 (asunto **Daouidi**): "Es elemento inicial en orden a la extensión de la aplicabilidad es la legislación provisional la Directiva 200/78 de 27-11 cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:

"(art. 1); "se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una ir discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo" (art. 2); "Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos.... (art.3)"

En cuanto a la primera resolución del TJUE dictada sobre el particular, sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), en la que el supuesto de controversia era un despido acordado hallándose la trabajadora en IT la respuesta dada sobre el concepto de discapacidad fue la siguiente:

".- Sobre la cuestión principal y dado que el juez nacional solicita se dilucide si la Directiva 2000/78 en cuanto elemento de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su protección al trabajador despedido exclusivamente a causa de una enfermedad, se señala que debe iniciarse interpretando el concepto de discapacidad a efectos de la mencionada directiva y al respecto se realizan una serie de afirmaciones:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (40)".

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad (44).

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).



5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 200/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51)."

En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añade a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJUE responde:

"1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).

21.- que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva."

En las sentencias posteriores, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva, 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 200/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención reconoce en su considerando e) que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas "que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que "el concepto de "discapacidad" debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Prosigue afirmando que: "41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78.

42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57)."

Al historial del análisis de la Directiva 200/78 se añade la STJUE de 1-12-2016 (395/15), (**Daouidi**) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 200/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias."

Resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre "la enfermedad en cuanto tal" y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción "



Pues bien, como señala la Juez a quo en el presente caso no nos encontramos ante una enfermedad equiparable a discapacidad ya que ni partimos de un proceso médico de larga duración - así la Juez a quo da por reproducidos informes de alta obrando en autos tanto el alta hospitalaria como el del servicio de neurocirugía del centro médico El Carmen en mayo de 2018- de los que efectivamente no se deduce que la IT se vaya a prolongar de forma excesiva en tiempo; ni tampoco se desprenden las limitaciones en las que incide la recurrente, fundamentalmente a nivel psicológico que le impedirían volver a conducir ya que tales dolencias no se han considerado como probadas por la Magistrada de instancia, no constando datos al respecto en el relato fáctico. Por lo tanto se rechaza la pretensión de nulidad.

CUARTO .- Distinta respuesta ha de darse a la segunda de las cuestiones planteadas, y ello porque efectivamente entendemos con el recurrente que en el caso de autos se impone la notificación por escrito, aunque se trate de un desistimiento en periodo de prueba, lo que lleva a calificar el cese como un despido improcedente.

Efectivamente es abundante la jurisprudencia que establece , con apoyo en el art. 14 del ET , que una de las características fundamentales del régimen jurídico del período de prueba radica en que durante el mismo las partes del contrato de trabajo tienen reconocida la facultad de dar por terminada libre y unilateralmente su relación en cualquier momento, lo que configura una causa específica de extinción de la relación laboral en el período de prueba de los contratos sometidos a ésta, que no necesita ninguna justificación, la cual carece de trascendencia salvo que obedezca en realidad al propósito de vulnerar los derechos fundamentales del trabajador, y el ejercicio de tal facultad no se somete a ninguna formalidad no exigiéndose para su efectividad comunicación escrita ni expresión de la causa que la motiva, y en este sentido sentencias del Tribunal Supremo, como las de 14 de julio y 3 de diciembre de 1987 y 6 julio 1990 ha mantenido que para rescindir el contrato de trabajo durante el período de prueba no se precisa, en absoluto, especificar la causa que ha determinado tal decisión extintiva pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adopta, pronunciándose en este mismo sentido esta Sala, SS. 10 febrero , 11 mayo , 1 y 29 de junio 2000 , 13 julio y 12 diciembre 2001 , debe indicarse que la Ley 11/94 vino a dar un cambio sustancial a esta materia al otorgar a la negociación colectiva la facultad de decidir la fijación del periodo de prueba con carácter prioritario, de suerte que las reglas del Estatuto de los trabajadores han pasado a ser de carácter supletorio para el caso de que se fije en convenio colectivo tal cuestión.

Como antes indicamos estas sentencias se apoyan en el contenido del art. 14 del ET en donde nada se indica en relación a cómo ha de realizarse ese desistimiento. Pero tal doctrina ha de ser matizada cuando el convenio colectivo sí establece específicamente la forma en que ha de realizarse tal comunicación , que es lo que ocurre precisamente en el caso de autos, y ello porque el II Acuerdo General para empresas de transporte de mercancías por carretera , - al que se remite la DF2 del Convenio Colectivo del transporte terrestre de mercancías de Ourense- establece en su artículo 19 , entre otras cosas que: " Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso, sin necesidad de preaviso y sin que ninguna de las partes tenga derecho a indemnización alguna debiéndose comunicar el desistimiento por escrito."

No desconocemos que existen posturas discrepantes al respecto , y que existen sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia que sostiene que aun cuando el Convenio establezca ese formalismo la ausencia de notificación por escrito no tendría la consecuencia jurídica pretendida por el recurrente. Sin embargo nuestro criterio es que se impone cumplir la formalidad que establece el convenio y la consecuencia de no hacerlo supone calificar el cese como despido improcedente, como así lo ha declarado esta Sala de Suplicación en sentencia de 30 de noviembre de 2000 (rec 5012/2000) en consonancia con lo resuelto por otras Sala de suplicación (STSJ de Madrid de 21 de junio de 2004, rec 1447/2004) . Por otro lado hemos de rechazar el argumento que realiza la empresa en relación a que el periodo de prueba en este caso se rige por una normativa especial al estar fijado en el marco de un contrato indefinido a favor de emprendedores ya que el art. 4 de la Ley 3/2012 de 6 de julio , se remite a todos los efectos en lo establecido en el ET y en los convenios colectivos con la " única excepción de la duración" del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores , que será de un año en todo caso.

La estimación de la pretensión subsidiaria de la recurrente produce como efecto , y ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 E.T y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , que la empresa esté obligada a optar , en el plazo de 5 días , entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes del despido con abono de los salarios de tramitación conforme a la cuantía diaria de 40,07 € o al abono de una indemnización que teniendo en cuenta la antigüedad del actor, el salario regulador y la fecha del despido supone un total de 110,19 € (sueldo diario x 1 mes x 2,75)



VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. David de León Rey, actuando en nombre y representación de D. Joaquín contra la sentencia de fecha veinte de julio de dos mil dieciocho, dictada en los autos 295/2018 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, sobre despido, seguidos a instancia del recurrente contra la empresa TRANSPORTES LOPEZ TRABAZOS S.L., debemos revocar y revocamos la misma, y en consecuencia, estimando la pretensión subsidiaria de la parte demandante-recurrente declaramos, la improcedencia del despido efectuado y condenamos a la empresa indicada a que, a su opción que deberá de ejercitar en el plazo de cinco días contados a partir del siguiente de la notificación de esta sentencia, readmita inmediatamente al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el abono de los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, tomándose en consideración a tal efecto el salario diario de 40,07 €/día o bien a la extinción de la relación laboral con abono a la parte actora de una indemnización de 110,19 €.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

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 **** ++**).

Una vez firme, expídase 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.

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