

# EDJ 2012/206744

Tribunal Supremo Sala 4ª, S 12-7-2012, rec. 2789/2011  
Pte: Martín Valverde, Antonio

## Resumen

*Desistimiento empresarial en período de prueba. No es despido improcedente. Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el albañil accionante contra sentencia que denegó la improcedencia de su despido producido durante el período de prueba. La incapacidad padecida por el recurrente, y que fue la causante de la extinción contractual, no indica sin más que ésta se haya producido debido a discriminación o a vulneración de ningún derecho fundamental, ni tampoco que haya habido abuso de derecho. El art. 14, 2 ET permite durante el período de prueba la rescisión unilateral del contrato por cualquiera de las partes, sin que sea preciso especificar la causa de la misma. Formula voto particular la Magistrada Excm. Sra. Dª Rosa María Virolés Piñol.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores art.14.2

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	6
VOTO PARTICULAR .....	6

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ABUSO DE DERECHO

CONTRATO DE TRABAJO

PERIODO DE PRUEBA

En general

Extinción del contrato durante el periodo de prueba

Incapacidad durante el periodo de prueba

Temporal

FRAUDE DE LEY

EN EL CONTRATO DE TRABAJO

En general

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Contratista, Empresa principal; Desfavorable a: Trabajador temporal

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

#### Legislación

Aplica art.14.2 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita art.96 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.3.1, art.3.5, art.4, art.14, art.19, art.20.1, art.49.1, art.55.1, art.55.4, art.55.5 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995.

TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita art.3.3 de RD 1438/1985 de 1 agosto 1985. Relación Laboral Especial de Representantes de Comercio

Cita art.260.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.14, art.38, art.43.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.7.1 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Jurisprudencia

Desestima el recurso interpuesto contra STSJ Cataluña Sala de lo Social de 7 junio 2011 (J2011/163732)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STS Sala 4ª de 18 abril 2011 (J2011/131421)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STS Sala 4ª de 23 noviembre 2009 (J2009/307236)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STS Sala 4ª de 14 mayo 2009 (J2009/120316)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STS Sala 4ª de 6 febrero 2009 (J2009/19193)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STS Sala 4ª de 12 diciembre 2008 (J2008/272961)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STS Sala 4ª de 3 octubre 2008 (J2008/222455)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STS Sala 4ª de 11 diciembre 2007 (J2007/347260)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STC Pleno de 7 noviembre 2007 (J2007/188657)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STS Sala 4ª de 2 abril 2007 (J2007/25412)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STC Sala 1ª de 12 febrero 2007 (J2007/8038)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STS Sala 4ª de 29 enero 2001 (J2001/1034)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STC Sala 2ª de 26 septiembre 1988 (J1988/482)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STC Sala 2ª de 14 abril 1988 (J1988/382)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STC Sala 2ª de 16 octubre 1984 (J1984/94)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STC Pleno de 23 noviembre 1983 (J1983/104)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STC Pleno de 22 noviembre 1983 (J1983/103)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - PERIODO DE PRUEBA - Extinción del contrato durante el periodo de prueba STC Sala 2ª de 23 noviembre 1981 (J1981/38)

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de julio de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Luis Ezquerro Escudero, en nombre y representación de D. Marcelino, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 7 de junio de 2011, recaída en el recurso de suplicación num. 1637/2011 EDJ 2011/163732, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 15 de Barcelona, dictada el 3 de septiembre de 2010, en los autos de juicio num. 368/2010, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Marcelino contra TIERRAS Y EXCAVACIONES 2000, S.L., CORSAN-CORVIAN CONSTRUCCIONES, S.A., GRUPO ISOLUX-CORSAN S.A., y MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde,

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de septiembre de 2010, el Juzgado de lo Social num. 15 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda interpuesta por Marcelino debo declarar y declaro improcedente su despido. Por ello procede la condena de la empresa demandada TIERRAS Y EXCAVACIONES 2000 S.L. a que, a su elección, que deberá ser ejercitada en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir al actor en su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que regían con anterioridad al despido o abonarle una indemnización ascendente a la suma de 15,94 euros, entendiéndose que procede la readmisión si no fuera ejercitada la opción en el indicado plazo. Con responsabilidad solidaria de TIERRAS Y EXCAVACIONES 2000 S.L., CORSAN-CORVIAN CONSTRUCCIONES S.A. y GRUPO ISOLUX-CORSAN S.A. respecto del abono, en uno u otro caso, de los salarios devengados desde la fecha del despido (17.03.2010) hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 65,61 EUR/día o hasta que el actor hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior. El derecho de opción se deberá ejercitar por la empresa mediante escrito o comparecencia ante la Secretaria de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, advirtiéndole a la demandada de que en el caso de no optar en el plazo y forma indicado se entenderá que procede la readmisión".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Marcelino comenzó a prestar servicios por cuenta de TIERRA Y EXCAVACIONES 2000 S.L. en fecha 16.03.10, mediante la formalización de contrato temporal por obra o servicio determinado, figurando en la cláusula sexta del mismo detalle de la obra o servicio a la que resultó destinado (folios 42,43). En el momento de la contratación el trabajador presentó la documentación acreditativa de su nivel de capacitación profesional y certificaciones sobre titulación y experiencia, conforme ha resultado expuesto por la parte demandada

en el acto de la vista. SEGUNDO.- La empleadora TIERRA Y EXCAVACIONES 2000 S.L. actúa en calidad de subcontrata de las codemandadas CORSAN-CORVIAN CONSTRUCCIÓN S.A. y GRUPO ISOLUX-CORSAN S.A. Participan todas ellas en las obras de construcción de la plataforma del tren de alta velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona en el tramo Sagrera-Nus de la Trinitat, participando el actor en los términos del contrato suscrito. TERCERO.- El trabajador demandante resultó contratado para ejercer la actividad con categoría profesional de Oficial 1ª Albañil, con percibo de un salario mensual bruto de 1.968,36 EUR/mes (65,61 EUR/día) con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias, conforme a convenio vigente. Extremos que no han resultado objeto de controversia entre las partes. CUARTO.- El mismo día 16.03.10, coincidiendo con el inicio de la prestación de servicios por parte del trabajador demandante, éste sufrió un accidente de trabajo determinante de Incapacidad Temporal por parte del mismo. Por la empresa se procedió a darle de baja en Seguridad Social a las 16:27 horas del siguiente día 17.03.10. QUINTO.- El informe de investigación de accidentes constata que el actor resultó lesionado con diagnóstico de sobreesfuerzo físico sobre el sistema musculoesquelético, afecto en columna y vértebras dorsolumbares. Ello ocurrió durante la 3ª hora de trabajo, a las 10:00 horas de la mañana del primer día de trabajo, realizando una actividad de carga en compañía de otro trabajador. El referido informe establece medidas correctoras consistentes en volver a formar al trabajador, dotarle de equipos de protección (fajas lumbalgia en caso necesario) y proporcionar a los trabajadores medios mecánicos para la manipulación manual de cargas (folio 102). SEXTO.- Consta celebrado sin avenencia entre las partes el acto de conciliación convocado para el día 30.04.10 por Serveis Territorials del Departament de Treball de la Generalitat. SÉPTIMO.- El demandante no ha ostentado cargo electivo o sindical de representación de trabajadores".

TERCERO.-.- Contra la anterior sentencia, la empresa TIERRAS Y EXCAVACIONES 2000 S.L. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 7 de junio de 2011 EDJ 2011/163732 , en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación que formula TIERRA Y EXCAVACIONES 2000 S.L, contra la sentencia del juzgado social 15 de BARCELONA, autos 368/2010, de fecha 3 de septiembre de 2010, seguidos a instancia de Marcelino, contra TIERRAS Y EXCAVACIONES 2000 S.L, CORSAN-CORVIAN CONSTRUCCION S.A, GRUPO ISOLUX-CORSAN S.A, y MINISTERIO FISCAL, como parte interesada, debemos de revocar y revocamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos, absolviendo a TIERRAS Y EXCAVACIONES 2000 S.L, CORSAN-CORVIAN CONSTRUCCIÓN S.A, GRUPO ISOLUX-CORSAN S.A., de los pedimentos deducidos en la demanda".

CUARTO.-.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la representación procesal de D. Marcelino, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 25 de noviembre de 2008, rec. 2524/2008.

QUINTO.-.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida y personada en el procedimiento TIERRAS Y EXCAVACIONES 2000, S.L., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar IMPROCEDENTE el recurso.

SEXTO.- - El día 5 de julio de 2012, previamente señalado al efecto, tuvieron lugar la votación y el fallo de la presente resolución. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excma. Sra. Dª Rosa María Viroles Piñol señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta por esta Sala del Tribunal Supremo, versa A) sobre el alcance y límites de la facultad de desistimiento del empresario durante el período de prueba del contrato de trabajo regulado en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 (ET); y versa también, contemplado el asunto desde el punto de vista de la actividad del órgano jurisdiccional, B) sobre el alcance y los límites del control de legalidad que el juez o tribunal puede llevar a cabo respecto de los actos del empresario de ejercicio de tal facultad de desistimiento.

Más en concreto, se trata de determinar: a) si la facultad de desistimiento reconocida al empresario en el artículo 14.2 ET EDL 1995/13475 a lo largo de la duración del período de prueba puede en principio ser ejercitada lícitamente para dar por terminada la relación laboral de un trabajador en situación de incapacidad temporal tras haber sufrido un accidente de trabajo en el curso de tal período, sin que se hayan acreditado circunstancias particulares en la motivación de la decisión empresarial; y 2) si el control de legalidad que corresponde al juez o tribunal que enjuicia litigios de esta naturaleza puede ir más allá de comprobar que el desistimiento empresarial supone o bien un ejercicio abusivo o fraudulento de dicha facultad empresarial, o bien un acto discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales del trabajador cesado.

Constan en la sentencia recurrida EDJ 2011/163732 los siguientes hechos o circunstancias: a) el demandante fue contratado el 16 de marzo de 2010 como oficial 1º albañil de una obra de construcción, figurando en su contrato de trabajo un pacto de prueba de quince días de duración; b) en el citado pacto de prueba los sujetos del contrato no han incluido acuerdo de interrupción de su cómputo por causa de incapacidad temporal; c) el mismo día 16 de marzo de 2010 en que inició la prestación de trabajo el trabajador sufrió un accidente de trabajo determinante de incapacidad temporal, accidente producido por "sobreesfuerzo" en una operación de "carga en compañía de otro trabajador"; d) al día siguiente al del contrato y el accidente, es decir el 17 de marzo de 2010, la empresa cursó la baja del trabajador en la Seguridad Social, dando con ello por extinguido el contrato de trabajo; y e) según afirma literalmente la sentencia de instancia,

"no consta acreditada circunstancia determinante suficiente de que la decisión extintiva haya estado basada en motivos específicamente discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales" (fundamento jurídico 2º).

SEGUNDO.-.- La sentencia recurrida EDJ 2011/163732 ha resuelto que el cese acordado por el empresario es ajustado a derecho. El fundamento de la decisión estriba en dos consideraciones. Afirma en primer lugar la Sala de suplicación, con referencia expresa a la sentencia de instancia, que no ha quedado "acreditado que se haya producido la extinción de la relación laboral debido a discriminación o a vulneración de ningún derecho fundamental". Y sostiene a continuación, con cita de nuestra sentencia de unificación de doctrina de 2 de abril de 2007 EDJ 2007/25412 , que, tal como está regulado en el artículo 14 ET EDL 1995/13475 , el período de prueba del contrato de trabajo permite a cualquiera de las partes rescindirlo unilateralmente, "sin que sea preciso especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora".

En un supuesto litigioso sustancialmente igual -cese por desistimiento de la relación de trabajo en período de prueba al día siguiente de padecer el trabajador un accidente de trabajo - la sentencia de contraste ha llegado a una conclusión distinta. Entiende la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que la dictó el 25 de noviembre de 2008, que tal cese constituye en el caso despido improcedente. Parte esta sentencia de contraste de reconocer que "el mero ejercicio por el empleador de la facultad de resolver el contrato mientras el trabajador se halla en situación de incapacidad temporal no puede valorarse como un abuso de derecho que convierta el cese en despido"; y entiende además que en principio, en una situación sobrevenida de incapacidad temporal durante el período de prueba, las "partes no están obligadas a mantener la relación hasta la finalización de incapacidad temporal o la expiración del plazo de prueba", excepto en el supuesto de "interrupción del cómputo del plazo pactado" por "acuerdo entre las partes". Pero, a pesar de sentar tales premisas, considera la Sala "por vía de presunciones" que la razón del desistimiento empresarial "radica en el hecho de que el actor había sufrido un accidente laboral", lo que según su criterio es contrario "a la buena fe y a la justicia, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico". La conclusión del argumento es que el cese ha sido ilícito por "abuso de derecho" del empresario.

Concurre a la vista de lo anterior la contradicción de sentencias que en este recurso especial de casación abre la puerta a la decisión del fondo del asunto.

TERCERO.-.- De conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal la solución correcta de la cuestión controvertida es la contenida en la sentencia recurrida EDJ 2011/163732 , por lo que el recurso debe ser desestimado. Vamos a exponer en este fundamento las consideraciones normativas sobre el instituto del período de prueba del contrato de trabajo que sustentan nuestra decisión. Y en el próximo fundamento aplicaremos dichas consideraciones normativas al supuesto litigioso enjuiciado. Ello nos permitirá tratar con cierto detalle el debate de unificación de doctrina suscitado por la confrontación de las sentencias comparadas.

El núcleo de la regulación del período de prueba del contrato de trabajo es, como han advertido tanto la sentencia recurrida EDJ 2011/163732 como la sentencia de contraste, la facultad de "desistimiento" de la relación laboral atribuida durante su transcurso tanto al empresario como al trabajador ("cualquiera de las partes") (art. 14.2 ET EDL 1995/13475 ), facultad que se ejercita en principio libremente y sin preaviso. Esta regulación especial de la extinción del contrato de trabajo en período de prueba es de aplicación solamente cuando hubiera sido acordada como pacto "escrito" en el momento de la celebración del contrato (art. 14.1 ET EDL 1995/13475 ). La libertad de desistimiento durante el período de prueba supone que ni el empresario ni el trabajador tienen, en principio, que especificar los motivos del cese, ni acreditar los hechos o circunstancias determinantes del mismo, ni tampoco expresar la decisión extintiva mediante una forma preestablecida. Basta la mera manifestación de la voluntad de dar por terminada la relación contractual con sujeción "a los límites de duración" previstos en el pacto de prueba (art. 14.1 ET EDL 1995/13475 ), duración máxima cuyo cómputo puede interrumpirse "siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes" (art. 14.3 ET EDL 1995/13475 ).

La finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado. En términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así: en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 ET EDL 1995/13475 , de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos. Mediante esta comprobación en el curso de la relación de trabajo se ahorran los "costes de transacción" (de tiempo, de esfuerzo y de dinero) que pudiera comportar una comprobación o verificación exhaustiva o completa antes de su conclusión. A tal efecto, durante el período o plazo de prueba, cuyo pacto cabe incardinar genéricamente entre "las causas (de extinción) consignadas válidamente en el contrato" (art. 49.1.b) ET EDL 1995/13475 ), no rigen las reglas comunes del despido o de la dimisión del trabajador; ni se exige "carta de despido" (art. 55.1 ET EDL 1995/13475 ), ni el empresario ha de expresar o acreditar las causas que motivan su decisión (art. 55.4 ET EDL 1995/13475 ), ni tampoco el trabajador se encuentra vinculado por un deber de preaviso (art. 49.1.d) ET EDL 1995/13475 ).

Ahora bien, la libertad de desistimiento reconocida al empresario no es "omnímoda", sino que tiene ciertos límites, apuntados en la ley y que se ha encargado de concretar la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Por un lado, "(e)l empresario y el trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba" (art. 14.1 ET EDL 1995/13475 ); lo que significa que, salvo imposibilidad, el desistimiento no puede producirse sin que haya tenido lugar la comprobación sobre el terreno de que el mantenimiento de la relación de trabajo no conviene a los intereses de una u otra parte del contrato. Por otro lado, la decisión de desistimiento no debe comportar una discriminación o lesión de derechos fundamentales.

En este sentido, la doctrina constitucional ha declarado reiteradamente (STC 94/1984 EDJ 1984/94 , STC 166/1988 EDJ 1988/482 , STC 17/2007 EDJ 2007/8038 ) que se exceptúan de la regla general de libre resolución del contrario los supuestos de cese durante

el período de prueba que puedan producir "resultados inconstitucionales", como lo sería la discriminación en el empleo de una mujer embarazada tratada en dichas sentencias. A la misma conclusión ha llegado, como no podía ser de otra manera, la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, la cual ha declarado también en varias resoluciones que la facultad de desistimiento o rescisión unilateral durante el período de prueba es libre, salvo que "la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el artículo 14 CE EDL 1978/3879 o vulnere cualquier otro derecho fundamental" (entre otras, STS 2-4-2007, rcud 5013/2005 EDJ 2007/25412 ; STS 12-12-2008, rcud 3925/2007 EDJ 2008/272961 ; STS 6-2-2009, rcud 665/2008 EDJ 2009/19193 ; STS 14-5-2009, rcud 1097/2008 EDJ 2009/120316 ; STS 23-11-2009, rcud 3441/2008 EDJ 2009/307236 ).

CUARTO.-.- La proyección de las disposiciones y doctrinas jurisprudenciales expuestas en el fundamento anterior sobre los hechos y circunstancias de la presente controversia de unificación de doctrina merece un examen detenido, cuyos pasos o tramos sucesivos vamos a recorrer a renglón seguido.

El desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE EDL 1978/3879 , 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 EDJ 2001/1034 y STS 11-12-2007, rec. 4355/2006 EDJ 2007/347260 ). No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal.

Una argumentación un poco más larga requiere el rechazo de la aplicación de la doctrina sobre el fraude de ley y el abuso de derecho a nuestro supuesto litigioso. Como vimos, éste ha sido el sustento que ha procurado a su decisión la sentencia de contraste. Pero una consideración atenta de la realidad social de la gestión empresarial obliga a descartar tal calificación para la conducta del empresario (y la afirmación valdría también "mutatis mutandi"s para el trabajador) que haya decidido rescindir la relación de trabajo por incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente.

En verdad, el empresario que adopta tal decisión lo hace atendiendo a una contingencia sobrevenida en la organización del trabajo en la empresa que puede proporcionar una explicación razonable a su comportamiento desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos de la empresa. La explicación es la siguiente: la contingencia de la baja del trabajador en período de prueba puede obligar al empresario, y así sucederá a menudo, a la contratación para la cobertura del puesto de trabajo de otro trabajador, el cual tendría también una legítima expectativa de continuidad de su relación de trabajo.

A ello hay que añadir que la baja del trabajador en período de prueba produce normalmente el efecto de forzar al empresario (salvo el supuesto de acuerdo de interrupción del cómputo del plazo de prueba, que no se ha dado en el caso) a adoptar una decisión sobre la continuación o la extinción del contrato de trabajo del trabajador accidentado. Pues bien, si decide la extinción, en ejercicio de su facultad de desistimiento, deberá hacerlo, como lo han hecho los empresarios en los litigios de las sentencias comparadas, de manera inmediata o casi inmediata; en cualquier caso, antes de que transcurra el plazo de prueba acordado.

Parece evidente que la calificación de fraude de ley o abuso de derecho de la conducta empresarial enjuiciada no es sostenible a la luz de las consideraciones precedentes de gestión empresarial. Y lo mismo cabe decir de la omisión de la obligación de realizar las experiencias que constituyen el objeto del período de prueba; omisión que, en casos como los de las sentencias comparadas, se ha debido a la imposibilidad material de su realización por la situación de incapacidad temporal del trabajador, una situación de infortunio que no se deriva de incumplimientos de las partes del contrato de trabajo, pero que, en última instancia, constituye una vicisitud del contrato de trabajo por causa inherente o atinente a la persona del trabajador.

QUINTO.-.- El examen del litigio desde el punto de vista de la conducta del empresario que extingue el contrato de trabajo durante el período de prueba debe completarse ahora con el análisis correlativo del caso desde la perspectiva del control de legalidad de dicha conducta a cargo de los jueces y tribunales de la jurisdicción social.

Como se ha visto, el desistimiento del contrato de trabajo en período de prueba es libre, dentro de los límites marcados por el respeto a los derechos fundamentales y a la lógica de economía de costes de transacción que inspira a este instituto jurídico. Por tanto, el control judicial de los actos de ejercicio de esta facultad de desistimiento se ha de ceñir únicamente a estos aspectos. Más allá de ellos la intervención judicial afectaría al derecho constitucional a la libertad de empresa ( art. 38 CE EDL 1978/3879 ), la cual impone al juez el respeto a las decisiones empresariales, siempre que tales decisiones hayan sido a su vez respetuosas con el marco legal y constitucional. De ahí que, una vez verificado que el cese del trabajador se ha producido durante el período de prueba, no resulte necesaria, ni siquiera pertinente, una indagación ulterior de los motivos de la decisión empresarial, salvo indicios de conducta inconstitucional, abusiva o fraudulenta; indicios que, insistimos, no concurren en principio en las decisiones de cese a raíz de una situación de incapacidad temporal por enfermedad o accidente.

En suma, con las salvedades señaladas, es el empresario titular del derecho a la libertad de empresa, y no el juez garante de la legalidad y de los derechos de todos los ciudadanos, el que debe decidir si conviene o no a su legítimo interés contractual el mantenimiento de una determinada relación de trabajo en período de prueba. Justamente por ello el legislador ha exonerado al empresario en tal supuesto de la expresión y de la acreditación de los motivos de su decisión de desistimiento.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Marcelino, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 7 de junio de 2011, recaída en el recurso de suplicación num. 1637/2011 EDJ 2011/163732 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 15 de Barcelona, dictada el 3 de septiembre de 2010, en los autos de juicio num. 368/2010, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Marcelino contra TIERRAS Y EXCAVACIONES 2000, S.L., CORSAN- CORVIAN CONSTRUCCIONES, S.A., GRUPO ISOLUX-CORSAN S.A., y MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , en relación con la sentencia de dicha Sala de 12 de julio de 2012, dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina num. 2789/2011.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 2789/2011, en el que expreso, con total respeto, mi discrepancia del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- Comparto la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas -sentencia recurrida EDJ 2011/163732 y sentencia designada de contraste-, pero no las conclusiones de la sentencia partiendo de las circunstancias concurrentes en el caso, que se dirán.

SEGUNDA.- 1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2011 EDJ 2011/163732 , en la que, con estimación del recurso deducido por la demandada "Tierras y Excavaciones 2000 SL", se desestima la demanda por despido rectora de autos. El actor ha venido prestando servicios para la mercantil demandada, subcontratista de las codemandadas, desde el 16-3-2010 en virtud de contrato por obra o servicio determinado y categoría profesional de Oficial 1<sup>a</sup> Albañil. El mismo día 16-3-2010, coincidiendo con el inicio de la prestación de servicios por parte del accionante, éste sufrió un accidente de trabajo determinante de Incapacidad Temporal, procediendo la empresa a darle de baja en la Seguridad Social a las 16,27 horas del día siguiente, el 17-3-2010. La sentencia de instancia califica el despido como improcedente, solución que no comparte la Sala de suplicación. Parte para ello de afirmar que en la cláusula tercera del contrato se estableció un periodo de prueba de 15 días, y la baja se produce dentro del periodo de prueba establecido, de ahí que la extinción de la relación laboral se declara ajustada a derecho.

2.- La parte actora disconforme con la sentencia de suplicación EDJ 2011/163732 , se alza en casación para la unificación de doctrina, en recurso en el que, tras superar el requisito de la contradicción, denuncia la infracción del art. 14.2 ET EDL 1995/13475 , en relación con el art. 43.1 CE EDL 1978/3879 , art. 3.1.c) y 3.5 ET EDL 1995/13475, 4.1.d) y 19.1 ET EDL 1995/13475 , así como 7.1.12 del Código Civil EDL 1889/1 . La sentencia de contraste la dictada por la Sala homónima del País Vasco de 25 de noviembre de 2008 (rec. 2524/08), en la que se aborda un supuesto que guarda notables identidades con el actual y en el que la cuestión litigiosa quedó ceñida a determinar si la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo del actor dos días después de su celebración, y al día siguiente de haber sufrido un accidente de trabajo, por no haber superado el periodo de prueba, vulnera preceptos de legalidad ordinaria, llegando la sentencia de contraste a una respuesta positiva. Razona al respecto que la libertad de desistimiento consagrada en el art. 14.2 ET EDL 1995/13475 no ha de entenderse en términos absolutos, puesto que no ampara decisiones calificables de fraudulentas en tanto que descansen en consideraciones ajenas a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba, sin que ni el art. 20.1 y 49.1 ET EDL 1995/13475 puedan amparar actos contrarios a la buena fe y a la justicia. Llegados a este punto, la sentencia entiende que la decisión empresarial objeto de examen, constituye un acto abusivo y antisocial, contrario a las exigencias de la buena fe ( STC 236/07 EDJ 2007/188657 ), llegando a la conclusión por el vía de las presunciones de que la verdadera y única razón del desistimiento empresarial radica en el hecho de que el actor había sufrido un accidente laboral. En definitiva, la Sala confirma la declarada improcedencia del despido, si bien su decisión descansa sobre argumentaciones distintas a las del Juez a quo.

TERCERA.- Se denuncia la infracción del art. 14.2 ET EDL 1995/13475 , en relación con el art. 43.1 CE EDL 1978/3879 , art. 3.1.c) y 3.5 ET EDL 1995/13475, 4.1.d) y 19.1 ET EDL 1995/13475 , así como 7.1.12 del Código Civil EDL 1889/1 . Tras un análisis de la doctrina, señala el recurrente que "la facultad de rescindir el contrato de trabajo dentro del periodo de prueba, sin tener que sujetarlo a la existencia de causa, alegación o probanza, la aplica e interpreta la sentencia del TSJ de Catalunya como una facultad omnímoda y

absoluta, al menos en sede de legalidad ordinaria", en tanto que la sentencia de contraste del TSJ del País Vasco considera que viene sujeta a una serie de límites que derivan de nuestro ordenamiento jurídico. Se admite en ambas sentencias el límite que suponen los derechos fundamentales...". Concluye señalando que "los derechos regulados en el art. 43.1 CE EDL 1978/3879 , así como los arts. 4 y 19 del ET EDL 1995/13475, son los que vienen a sufrir con la actuación del empresario. Una lesión indirecta, pero que impide el pleno uso y disfrute de los mismos, al aparejar una consecuencia lesiva, como es el despido, e incluso baja en la Seguridad Social, al accidente sufrido".

2.- Esta Sala IV del Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de abril de 2011 -Sala General con Voto Particular- (rcud. 2893/2010) EDJ 2011/131421 formulando una comparación de dos instituciones: el despido de un lado, y la extinción en periodo de prueba de otro, señala que:

" El art. 14 del ET EDL 1995/13475 , al que se remite el art. 3.3 del RD 1438/1985 EDL 1985/8986 , establece que: " 1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. En defecto de pacto en Convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

2. Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al 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.

3. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa.

Las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes".

No hay, pues, definición legal de la prueba en el contrato de trabajo, que podría concretarse en el periodo limitado de tiempo en el que las partes se someten a mutua experimentación a través de las correspondientes prestaciones sinalagmáticas.

La doctrina de esta Sala IV sobre el periodo de prueba ha venido señalando que es ésta " 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 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, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE EDL 1978/3879 o vulnere cualquier otro derecho fundamental " (en estos términos o análogos: STS de 2 de abril de 2007 -rcud. 5013/05 - EDJ 2007/25412 , 12 de diciembre de 2008 -rcud. 3925/2007 - EDJ 2008/272961 , 6 de febrero -rcud. 665/2008 - EDJ 2009/19193 , 14 de mayo -rcud.1097/2008 - EDJ 2009/120316 y 23 de noviembre de 2009 - rcud. 3441/2008 - EDJ 2009/307236 , entre otras).

Las diferencias con el despido, tanto objetivo, como disciplinario, se revelan sustanciales. Mientras que en esos dos supuestos de extinción por decisión unilateral del empleador la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la extinción, la terminación de la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa. Puede afirmarse que el periodo de prueba supone una excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario, pues durante su vigencia se produce una clara atenuación de la misma.

No obstante, la facultad resolutoria no es omnímoda para la empresa, pues la salvaguarda de los derechos constitucionales impone, en todo caso, límites a la libre resolución del contrato. Así lo declararon las STC 94/1984 EDJ 1984/94 y 166/1988 EDJ 1988/482 , al señalar que " la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, carecerá de transcendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales ".

De ello se infiere que la posibilidad de transponer al periodo de prueba el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica, pues durante la fase de prueba la regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación. Con independencia de la teórica catalogación de la resolución en periodo de prueba como un despido atípico -dentro de un concepto amplio de despido-, lo cierto es que el legislador la distingue de los dos supuestos a los que expresamente denomina "despido". Cabe cuestionarse, por tanto, cuales son, dentro de ese diferente régimen normativo, las lagunas legales que el periodo de prueba padece en relación a aquellos aspectos en que sí puede sostenerse una similitud jurídica esencial, como sería la de la indicada protección de los derechos constitucionales.

Ya se ha señalado que la doctrina jurisprudencial y constitucional sanciona con la nulidad de la conducta la decisión extintiva del empleador que se produzca con vulneración de derechos fundamentales, aun cuando se ampare en la facultad resolutoria del periodo de

prueba, de suerte que a estos supuestos han de aplicarse las reglas de distribución de la carga de la prueba en los mismos términos que para el despido nulo del primer párrafo del art. 55.5 ET. EDL 1995/13475

Así, la STC 17/2007 EDJ 2007/8038 acude a la apreciación de un panorama indiciario para imponer a la empresa la carga de la prueba de la justificación de su decisión en un supuesto de extinción durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada y concluye con la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. (...)

No hay duda por tanto de que no hay distinción alguna entre la extinción de la relación en periodo de prueba (por razón del embarazo en el caso allí examinado) y los despidos producidos con vulneración del derecho fundamental. Recordemos que, desde una perspectiva procesal, también en el caso de impugnación judicial del cese en la fase de prueba del contrato se acudiría a lo dispuesto en el art. 96 de la LPL. EDL 1995/13689 "

3.- Sentado lo anterior, resta por señalar y deviene necesario hacerlo -aunque de forma escueta- las circunstancias fácticas del caso concreto enjuiciado que resultan del relato fáctico de instancia:

a) El actor ha prestado servicios para la mercantil demandada, subcontratista de las codemandadas, desde el 16-3-2010 en virtud de contrato por obra o servicio determinado y categoría profesional de Oficial 1ª Albañil.

b) El mismo día 16-3-2010, coincidiendo con el inicio de la prestación de servicios por parte del accionante (en la tercera hora de trabajo), éste sufrió un accidente de trabajo determinante de Incapacidad Temporal, procediendo la empresa a darle de baja en la Seguridad Social a las 16,27 horas del día siguiente, el 17-3-2010.

c) Consta asimismo acreditado que "el informe de investigación de accidentes constata que el actor resultó lesionado con diagnóstico de sobreesfuerzo físico sobre el sistema musculoesquelético, afecto en columna y vértebras dorsolumbares. Ello ocurrió durante la 3ª hora de trabajo, a las 10,00 horas de la mañana del primer día de trabajo, realizando una actividad de carga en compañía de otro trabajador. El referido informe establece medidas correctoras consistentes en volver a formar al trabajador, dotarle de equipos de protección (fajas lumbalgia en caso necesario) y proporcionar a los trabajadores medios mecánicos para la manipulación manual de cargas (h.p. quinto de instancia -folio 102 de las actuaciones-).

d) Igualmente y con valor fáctico (FD 3º) se señala que " no existe prueba de que el trabajador -que había acreditado su nivel de formación al resultar contratado-, no estuviere capacitado para el trabajo. Tampoco hubo tiempo suficiente como para que la parte empresarial pudiera apercibirse de su falta de capacitación o preparación. Sin perjuicio de tampoco haber resultado acreditado que en ese escaso espacio de tiempo el trabajador hubiese recibido formación específica o sobre normativa de seguridad asociadas al puesto de trabajo (...)".

4.- La aportación de tales indicios, eran suficientes para -aún vigente el periodo de prueba-, que el empresario deba asumir la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, y que éstos razonablemente son ajenos a todo propósito discriminatorio ( STC 38/1981 EDJ 1981/38 ). Aún así, y concurriendo las circunstancias antes descritas, la empresa procedió al desistimiento contractual. Por ello, ha de estimarse que la buena doctrina se contiene en la sentencia aportada de contraste.

Resolución -como queda dicho- acorde con la doctrina de esta Sala IV antes referida aplicada al caso concreto; y que no se contradice con la sentencia citada por el Ministerio Fiscal en su informe ( STS 3/10/2008 -rcud. 2584/2007 - EDJ 2008/222455 ), que valora un supuesto de extinción de contrato durante el periodo de prueba de trabajador que se encuentra en incapacidad temporal derivada de enfermedad común como consecuencia de un desprendimiento de retina, y por lo tanto no coincidente.

CUARTA.- 1.- Analizando la doctrina constitucional sobre la extinción contractual durante el periodo de prueba, cabe recordar:

- La STC 94/1984 de 16-octubre EDJ 1984/94 al resolver el problema relativo a la posibilidad de valorar la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba desde la perspectiva del principio de igualdad y la prohibición de discriminación que contiene el art. 14 CE EDL 1978/3879 , señalando que no debían establecerse distinciones en razón a que se tratara de " despido causal fundado en una serie de motivos tasados " o de " decisión no motivada ", y afirmaba que " el problema no se plantea aquí como una cuestión de legalidad, sino en confrontación con un precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y cuyo predominio debe quedar garantizado. Y atendiendo al mandato constitucional habrá de completarse aquella proposición en el sentido de que la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales ", concluyendo " que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2 ET EDL 1995/13475 , y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ".

- La anterior doctrina se reitera en la ulterior STC 66/1988 de 26-septiembre EDJ 1988/382 , en la que, equiparando a efectos de protección de los derechos fundamentales la extinción contractual durante el período de prueba al despido, aplica a la extinción durante el periodo de prueba ex art. 14.2 ET EDL 1995/13475 los principios básicos de la extinción por despido obligando a la empresa a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria, argumentando que " En el caso... el INSALUD, como pudo haber hecho, no dio más explicación al despido que la de su voluntad resolutoria. (...) Este deber ha sido señalado, por lo demás, por este Tribunal Constitucional al propugnar con su doctrina el uso de la inversión del "onus probandi". Así se dijo ya en su STC 38/1981 EDJ 1981/38 ...: «un principio



de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional». Doctrina reiterada "mutatis mutandi", en las SSTC 103/1983 EDJ 1983/103 y 104/1983 EDJ 1983/104 . Es aplicable aquí, en consecuencia, por semejanza de los hechos, sustancialmente considerada, la doctrina precedentemente expuesta, y estimar que el INSALUD, pese a sus facultades resolutorias al amparo del art. 14.2 ET EDL 1995/13475 , traspasó indebidamente el ámbito de la legalidad, contra un derecho fundamental ( art. 14 C. E.), produciendo un acto arbitrario en cuanto discriminatorio por razón del sexo " .

2.- De todo ello resulta que, la protección legal y su desarrollo constitucional en el supuesto de situación de incapacidad temporal del trabajador a causa de accidente de trabajo, debe ser idéntica en los supuestos de despido que en los de extinción contractual durante el periodo de prueba, no pudiendo resultar soslayada la referida protección por la especialidad prevista en el art. 14.2 ET EDL 1995/13475 para el período de prueba. Así, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba que afecte a un trabajador en las circunstancias del actor, la sola concurrencia de dicho estado es dato suficiente para configurar como improcedente la decisión empresarial por causa de discriminación. Afirmación que se efectúa sin valorar la posible nulidad de la extinción, no solo por las circunstancias concurrentes y doctrina expresa, sino también porque el recurrente postula la revocación de la sentencia recurrida EDJ 2011/163732 para que se confirma la de instancia que declaró la improcedencia del despido de que fue objeto; y sin que el impugnante del recurso formule ninguna otra cuestión expresa, limitándose a un examen genérico del art. 14 ET EDL 1995/13475 y la doctrina que igualmente lo interpreta.

QUINTA.- La sentencia de esta Sala, en su voto mayoritario, se refiere a la sentencia antes referida ( STC 166/1988 EDJ 1988/482 y STC 17/2007 EDJ 2007/8038 ) señalando que :

" (...) la libertad de desistimiento reconocida al empresario no es "omnímoda", sino que tiene ciertos límites, apuntados en la ley y que se ha encargado de concretar la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Por un lado, " (e)l empresario y el trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba" ( art. 14.1 ET EDL 1995/13475 ); lo que significa que, salvo imposibilidad, el desistimiento no puede producirse sin que haya tenido lugar la comprobación sobre el terreno de que el mantenimiento de la relación de trabajo no conviene a los intereses de una u otra parte del contrato. Por otro lado, la decisión de desistimiento no debe comportar una discriminación o lesión de derechos fundamentales.

En este sentido, la doctrina constitucional ha declarado reiteradamente ( STC 94/1984 EDJ 1984/94 , STC 166/1988 EDJ 1988/482 , STC 17/2007 EDJ 2007/8038 ) que se exceptúan de la regla general de libre resolución del contrario los supuestos de cese durante el período de prueba que puedan producir "resultados inconstitucionales", como lo sería la discriminación en el empleo de una mujer embarazada tratada en dichas sentencias. A la misma conclusión ha llegado, como no podía ser de otra manera, la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, la cual ha declarado también en varias resoluciones que la facultad de desistimiento o rescisión unilateral durante el período de prueba es libre, salvo que "la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el artículo 14 CE EDL 1978/3879 o vulnere cualquier otro derecho fundamental" (entre otras, STS 2-4-2007, rcud 5013/2005 EDJ 2007/25412 ; STS 12-12-2008, rcud 3925/2007 EDJ 2008/272961 ; STS 6-2-2009, rcud 665/2008 EDJ 2009/19193 ; STS 14-5-2009, rcud 1097/2008 EDJ 2009/120316 ; STS 23-11-2009, rcud 3441/2008 EDJ 2009/307236 )."

Sigue la sentencia señalando que " El desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE EDL 1978/3879 , 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 EDJ 2001/1034 y STS 11-12-2007, rec. 4355/2006 EDJ 2007/347260 ). No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal."

Es en este punto que discrepa la que suscribe, que entiende que aplicando al caso la doctrina constitucional y jurisprudencial citada, debió llegarse a distinta solución y estimación del recurso, al entender -dicho sea una vez más con los debidos respetos al voto mayoritario-, que nos encontramos ante un supuesto excepcional y no ante una "mera" enfermedad, ante una decisión motivada por razón discriminatoria que viola "el artículo 14 CE EDL 1978/3879 o vulnere cualquier otro derecho fundamental". No olvidemos que el supuesto "desistimiento", es decir, la extinción del contrato, si bien se produce vigente el periodo de prueba, tiene lugar el mismo día de inicio de la relación laboral, tras haber sufrido el trabajador un accidente de trabajo en las tres primeras horas de la misma, que fue determinante de la situación de Incapacidad Temporal, dándose además la circunstancia de que el informe de investigación de accidentes (hecho probado 5º de la sentencia de instancia) señala en relación al mismo, que "...ello ocurrió durante la 3ª hora de trabajo, a las 10,00 horas de la mañana del primer día de trabajo, realizando una actividad de carga en compañía de otro trabajador. El referido informe establece medidas correctoras consistentes en volver a formar al trabajador, dotarle de equipos de protección (fajas lumbalgia en caso necesario) y proporcionar a los trabajadores medios mecánicos para la manipulación manual de cargas (folio 102)". Ante tales circunstancias (accidente de trabajo con establecimiento de medidas correctoras), entiendo, que no cabe calificar la extinción operada como "desistimiento", sino como despido tácito, con vulneración de derechos fundamentales del trabajador cuyos indicios son evidentes.

SEXTA.- Por todo lo expuesto, y visto el informe del Ministerio Fiscal, entiende la que suscribe, que la sentencia de contraste es la que contiene la doctrina jurídicamente correcta, por lo que, con estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia recurrida EDJ 2011/163732 debió ser casada y anulada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, ante la falta de acreditación empresarial de que el cese por alegada no superación del período de prueba no tiene relación alguna con el accidente de trabajo sufrido por el trabajador demandante, y no acreditarse que responde a una causa real, se imponía la desestimación del recurso de tal clase (suplicación) y confirmación de la sentencia de instancia, que estimaba la demanda. Se confirmaría así, la calificación de improcedente del despido operado, al no cuestionarse en el presente recurso la posible procedencia de la calificación de nulidad.

Es en el sentido expuesto que formulo el presente voto particular.

En Madrid, a 12 de julio de 2012.

Publicación. En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde así como el voto particular formulado por la Excma. Sr. Magistrada D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079140012012100636**