

**Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba
del Contrato de Apoyo a Emprendedores:
La aplicación del control de convencionalidad en España.**

M^a Carmen Salcedo Beltrán¹

Artículo recibido el 12 de mayo de 2014

Artículo aceptado el 2 de junio de 2014

SUMARIO

1. Introducción: crisis económica, reformas legislativas y derechos sociales.
2. Marco regulador y principales características del contrato de apoyo a emprendedores.
3. La duración del período de prueba en los contratos laborales: decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011).
4. La aplicación del control de convencionalidad por la jurisdicción social.
 - 4.1. Pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales de primera instancia.
 - 4.1.1. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013.
 - 4.1.2. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014.
 - 4.1.3. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró de 29 de abril de 2014.
 - 4.2. Los “intentos” en los órganos jurisdiccionales colegiados: los Votos particulares.
 - 4.2.1. El auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de enero de 2014.

¹ Prof. Titular de Universidad del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Universidad de Valencia). *Membre du Réseau Académique sur La Charte Sociale Européenne (Conseil de l'Europe).*

4.2.2. El auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2014.

4.2.3. La sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2014.

5. Reflexiones finales.

1. Introducción: crisis económica, reformas legislativas y derechos sociales.

En los últimos años, la normativa laboral de gran parte de los Estados miembros de la Unión Europea está siendo objeto de numerosas reformas, debiendo establecerse su origen en la necesidad de hacer frente a la crisis económica. Un adecuado entendimiento de estas nuevas políticas adoptadas ha de partir de la solicitud de ayuda financiera, por algunos de esos países, a los organismos comunitarios, como consecuencia de la unión económica y monetaria, con la finalidad de poder hacer frente y superar el nivel de déficit público en el que se encuentran y que sitúa al país muy cerca de la bancarrota.

La concesión de los préstamos está supeditada a la adopción de todo un conjunto de medidas, y consiguientes modificaciones normativas, de tipo fiscal, laboral, mercantil, etc. de marcado carácter restrictivo², que vienen directa o indirectamente fijadas en los documentos y/o normativa comunitaria que recogen los compromisos a través de los que se canalizará la ayuda de forma aplazada, conforme se vayan cumpliendo, siendo reflejo este sistema de la creencia consistente en que todos los Estados miembros están obligados a mantener un déficit controlado, estando el incumplimiento del mismo en el origen de la crisis económica actual³.

² La opción que se planteó en su momento se centraba en determinar si para hacer frente a la crisis económica se debía de optar por aplicar políticas de estímulo o de austeridad, y, aunque en un principio, se aplicaron las primeras, finalmente se optó por las segundas, puesto que las de estímulo "(...) se asocian a la incentivación de la demanda y el empleo (...) [pero] atacan a la base del modelo (...) al incrementar el déficit y deuda y encarecen la financiación al generar desconfianza en el mercado (...)", concluyéndose que "(...) si el recorte corrige un déficit muy elevado, esto puede favorecer la actividad económica al ganar confianza y reducir la prima de riesgo". GÓMEZ URQUIJO, L.: En "El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión social en la Unión Europea". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, nº 42. Pág. 524.

³ En este sentido GÓMEZ URQUIJO señala que, con ello, se produce una conexión entre la crisis económica y la necesidad de recortar el gasto, existiendo teorías dispares en cuanto a las causas por las que se ha producido, estando el motivo, en opinión de la visión americana del problema europeo, "(...) en el exceso de gasto que supone el mantenimiento de los costosos Estados de bienestar europeos; mientras, las teorías que siguen la idea alemana de ortodoxia económica enfatizan la necesidad de mantener déficit controlados y deudas limitadas (...)", criticando la doctrina las dos posturas puesto que, atendiendo a los datos que se poseen, "(...) los miembros que sufren mayores problemas actualmente no son ni los que más gastaban en porcentaje sobre su PIB en sus Estados de Bienestar, ni todos los que tenían déficits muy elevados (de hecho, Irlanda y España tenían al

Un ejemplo de lo señalado es nuestro país, que, en los primeros meses de 2012 modificó el marco normativo laboral de forma considerable con la adopción de una de las normas que ha tenido más repercusión pública negativa; en concreto, el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, convalidado posteriormente, con algunas modificaciones a tener en cuenta, por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Su aprobación se justificó teóricamente, como señala la Exposición de Motivos, en la necesidad de proporcionar “(...) a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo”, que se encontraba en esos momentos gravemente afectado ante la crisis económica, aspecto que pone de manifiesto, por un lado, “(...) la insostenibilidad del modelo laboral español”, y, por otro lado, que “(...) las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas”.

Expresamente la norma se declara “(...) completa y equilibrada (...)”, en la que se “(...) trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social (...)”, afirmando que “(...) es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos”, teniendo presente que sus objetivos son la plasmación de la flexiseguridad y el cumplimiento de las demandas exigidas por las instituciones europeas.

Una de las novedades que se incluyeron con la aprobación de la reforma laboral fue la creación de un nuevo contrato laboral, el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, con un período de prueba de un año, dando cumplimiento con ello a la propuesta concreta de la Unión Europea consistente en “(...) ampliar el uso de acuerdos contractuales por tiempo indefinido, con un periodo de prueba suficientemente largo y un aumento gradual de los derechos de protección del empleo (...)”, recogida en la Agenda de nuevas calificaciones y empleo de 23 de noviembre de 2010⁴, iniciativa encuadrada dentro de la Estrategia Europea 2020.

Al mismo tiempo que se comenzaba a aplicar la norma aludida en España, el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS) adoptó una decisión de fondo el 23 de mayo de 2012, en la que se pronunció sobre la conformidad o no de ese período de prueba a la Carta Social Europea (en adelante, CSE), emitida tras haberse aprobado en Grecia la misma figura jurídica en el año 2010, primer país que solicitó ayuda financiera y que le fue exigida como uno de los condicionantes para recibirla, habiendo procedido los sindicatos a impugnarla.

El presente trabajo se dedica a mostrar la importancia que ha adquirido en España como consecuencia de que algunos órganos jurisdiccionales están procediendo, como fundamentación del fallo, a aplicar directamente ese Tratado y la

comienzo de la crisis superávits (...). En “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza...” *op. cit.* Pág. 522.

⁴ COM (2010) 682 final. El documento expone trece acciones clave destinadas a reformar los mercados de trabajo, mejorar las capacidades y ajustarlas a la demanda de los mercados

jurisprudencia del órgano que lo interpreta, en contra de la normativa nacional que lo vulnera, siendo una situación que carece de precedentes y que, atendiendo a los pronunciamientos que ya se han emitido, supone el inicio de un camino que pasa por el necesario conocimiento de la normativa internacional y de las criterios que rigen la jerarquía entre las fuentes del derecho.

2. Marco regulador y principales características del contrato de apoyo a emprendedores.

Como se ha apuntado, la creación de la nueva modalidad contractual denominada “contrato de apoyo a emprendedores” se puede calificar como uno de los aspectos más novedosos de la reforma laboral⁵. Calificado por el Gobierno como el <contrato estrella>, sus objetivos, declarados en el articulado de la Ley 3/2012, son los de “(...) *facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial (...)*”, configurándose, en un principio, como un contrato de trabajo que tiene como destinatarios las empresas de menos de 50 trabajadores, en la medida en que representan, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística incorporados en la Exposición de Motivos, el 99,23% de las empresas españolas, en suma, la mayor parte del tejido productivo de nuestro país.

Se trata de un contrato indefinido que puede concertarse con una jornada a tiempo completo o parcial⁶. Con carácter general, el régimen jurídico que se le aplica es el de los contratos regulados en el Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido ordinarios, con la única excepción de la duración del periodo de prueba (art. 4.3 de la Ley 3/2012)⁷, siendo éste el aspecto más polémico del contrato al establecer que su duración será “*de un año*”, con independencia del puesto de trabajo que se pretenda cubrir y de la capacitación previa que tenga el trabajador.

⁵ Su aprobación supuso la desaparición de otro contrato que hasta el momento estaba vigente, el contrato de fomento de la contratación indefinida, regulado en la Disposición adicional primera de Ley 12/2001, de 9 de julio, *de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*, que se ha de calificar de lógica en la medida en que el atractivo de este contrato que consistía en el establecimiento de una indemnización más reducida por despido objetivo declarado improcedente deja de tener sentido con la aprobación de la reforma puesto que se ha generalizado a todos los contratos y extinciones de carácter improcedente (Disposición derogatoria única b) de la Ley 3/2012).

⁶ Esta última posibilidad no estaba en la regulación originaria sino que se incorporó posteriormente (modificación del art. 4 de la Ley 3/2012 introducida por el art. 2 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, *de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*). Sobre el régimen jurídico de este contrato y su vulneración de la normativa internacional véase SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”. *Revista de Derecho Social*, 2013, nº 62. Págs. 93 a 122.

⁷ Esta aplicación subsidiaria de la normativa general conlleva que, en caso de incumplimiento de aspectos como la obligatoriedad de la forma escrita, la *presunción iuris tantum* del art. 8.2 del ET en cuanto a la consideración del contrato por tiempo indefinido y a jornada completa carezca de relevancia por presentar estas connotaciones el contrato, señalándose que la consecuencia será la pérdida de los incentivos y bonificaciones asociados al mismo y la consiguiente sanción administrativa. PÉREZ REY, J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”. *Revista de Derecho Social* Págs. 55 y 56.

En cuanto a los trabajadores con lo que puede concertarse, en principio, se puede celebrar con cualquier trabajador. Ahora bien, si la empresa quiere beneficiarse de los incentivos fiscales y/o bonificaciones fijados por la normativa, son los colectivos de jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive, y los mayores de 45 años los que aparecen priorizados en este sentido. En concreto, establece el art. 4.5 de la Ley 3/2012, en la contratación de los primeros, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año. En el caso de que estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado las cuantías se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

Por lo que se refiere al segundo colectivo, el de mayores de 45 años, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años⁸. Cuando estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Con respecto a los incentivos fiscales, la normativa se remite al art. 43 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en el que se determina que el primer trabajador contratado por las empresas menor de 30 años permitirá deducir de la cuota íntegra la cantidad de 3.000 euros. La doctrina laboralista, tras aprobarse el RDL 3/2012, puso de manifiesto la duda en cuanto a si para recibir este incentivo debía de tratarse del primer trabajador que contratara una empresa de nueva creación, o del primer trabajador contratado por cualquier entidad con esta modalidad contractual. Mayoritariamente se entendió que, atendiendo a la finalidad del contrato de apoyar a los emprendedores, se ha de tratar de empresas de nueva creación⁹, interpretación que se ha confirmado en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 determinando que son beneficiarias del mismo “(...) *las entidades que carezcan de personal contratado*”.

Las críticas, prácticamente unánimes, de la doctrina no tardaron mucho, puesto que ese carácter indefinido quedaba bastante relativizado al establecerse que no se

⁸ El RDL 3/2012 exigía respecto de este colectivo para poder beneficiarse de la bonificación que estuvieran “(...) *inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación (...)*”, requisito que ha sido suprimido en la Ley 3/2012. Se ha de señalar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2012 (asunto C-379/11) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la *Cour administrative* (Luxemburgo), ha resuelto que el 45 del Tratado citado debe interpretarse en el sentido de que “(...) *se opone a una normativa de un Estado miembro que supedita la concesión a los empleadores de una ayuda a la contratación de desempleados mayores de 45 años al requisito de que el desempleado contratado esté inscrito como demandante de empleo en ese mismo Estado miembro, cuando tal inscripción, (...) está supeditada a un requisito de residencia en el territorio nacional*”.

⁹ Por esta interpretación optan, entre otros, PÉREZ REY, J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores...” *op. cit.* Pág. 67, LÓPEZ TERRADA, E.: *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012. Ley 3/2012, de 6 de julio*. Valencia, 2012. Tirant lo Blanch. Pág. 30.

aplicará el régimen jurídico general del art. 14 del ET¹⁰, regulador del período de prueba, sino que será de un año, convirtiéndose con ello más bien en un contrato temporal no causal o en un contrato con un despido libre sin indemnización de un año de duración¹¹.

La situación llevó a que se realizara una mínima modificación en la convalidación del RDL 3/2012 realizada por la Ley 3/2012, y se incluyera una Disposición adicional novena por la que se determinó que sólo podrá utilizarse la modalidad contractual "(...) hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento (...)", estando actualmente en el 24,47% (agosto 2014).

La no supresión de este aspecto llevó, lógicamente, a que, escasos meses después de su convalidación, se impugnara esa regulación ante los órganos jurisdiccionales nacionales y las instancias supranacionales.

Así, en primer lugar están los recursos de inconstitucionalidad¹², habiéndose resuelto de momento uno de ellos, al que me referiré posteriormente en un apartado concreto.

En segundo lugar, por un lado, dos Quejas a la OIT presentadas por UGT y CCOO, plateándose una de ellas contra el período de prueba de este contrato por violación de derechos de los trabajadores protegidos en el Convenio nº 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador¹³. Y, por otro lado,

¹⁰ Dispone el art. 14 del ET, que, en principio, "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", señalando a continuación que "(...) 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 (...)", y en el caso de tratarse de empresas de menos de veinticinco trabajadores "(...) el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados".

¹¹ Véase, entre otros, VICENTE PALACIO, A.: En "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral (Una breve presentación de la reforma en el ámbito del Derecho Individual". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, nº 31 (extraído de www.iustel.com/v2/revistas/ (17/11/2012). Pág. 266. PRECIADO DOMÉNECH, C.H.: *Una primera aproximación al RDL 3/2012, de reforma laboral*. Albacete, 2012. ¿Hacia dónde va el Derecho del Trabajo? Análisis de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral. *Revista Jurídica de Cataluña*, 2012, nº 3. Pág. 37. Este aspecto ha supuesto que algún autor lo haya calificado como "un contrato híbrido, de un engendro que si bien alardea de su naturaleza indefinida y a tiempo completo, contiene a la vez una quiebra radical de los criterios de estabilidad en el empleo (...)". PÉREZ REY, J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores..." *op. cit.*, 2012, nº 57. Pág. 51.

¹² Recursos de inconstitucionalidad nº 5603-2012 contra los arts. 4, 14 uno, dos (por conexión) y tres y disposición adicional quinta (por conexión) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, interpuesto por el Parlamento de Navarra; nº 5610-2012, contra los artículos 4.3, 12. uno, 14.uno y dos, 18.tres y ocho y 23.uno, disposición adicional tercera y disposición final cuarta dos de la Ley 3/2012, interpuesto por el Grupo Parlamentario socialista y el de IU, ICV-EUiA, CHA, la Izquierda Plural el 4 de octubre de 2012 contra la Ley 3/2012, siendo admitido a trámite por Providencia de 30 de octubre de 2013 del Pleno del Tribunal Constitucional (véase en http://www.izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/Recurso_Inconstitucionalidad_ReformaLaboral_Oct2012.pdf (20/12/2013)).

¹³ El texto puede consultarse en <http://www.ugt.es/actualidad/2012/mayo/Queja%20OIT%20RDL%203-2012%20Despido.pdf> (20/12/2013). El Consejo de Administración decidió que la reclamación era admisible (GB.316/INS/15/5) y estableció un comité tripartito para examinarla (GB.317/INS/13/6, marzo de 2013). En

las alegaciones presentadas el 23 de julio de 2014, conforme al art. 23 de la CSE¹⁴, al CEDS por las organizaciones aludidas al procedimiento de control de Informes al que se somete a todos los Estados que han ratificado la CSE, originaria y/o revisada, y, en su caso, el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988¹⁵, que se resolverán emitiendo las Conclusiones en diciembre de 2014.

Ninguna de estas actuaciones ha sido atendida por el Gobierno, actuando en sentido contrario, pues lejos de suprimirlo, ha ampliado la posibilidad de celebrar este contrato a jornada parcial aprobando el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, *de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*.

Y, en tercer lugar, finalmente, y como era de esperar, los juzgados y tribunales ordinarios se han tenido que pronunciar sobre el establecimiento de ese período de prueba al haberse producido resoluciones contractuales durante el mismo, que serán analizados de forma completa en un apartado específico de este estudio. Para tener una perspectiva de cuántos contratos de esta modalidad se han formalizado, los últimos datos estadísticos señalan que, desde febrero de 2012 hasta junio de 2014, se han firmado 213.608 contratos de apoyo a emprendedores (en 2012 fueron 77.260, en 2013 ascendieron a 78.721 y hasta mediados de 2014, 57.627¹⁶) y que, en su concertación, se ha convertido en un factor preponderante el hecho de que pueda ser resuelto por parte del empresario durante un período de un año, pasando a un carácter secundario, los incentivos y bonificaciones que se le han atribuido, aspecto que se demuestra en el considerable incremento de las altas en las prestaciones de desempleo que tienen su origen en una finalización de la relación laboral durante el mismo¹⁷.

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0:NO:50012:P50012> [COMPLAINT](#)
[PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:3088009.es:NO.](#)

¹⁴ Entre otros aspectos, se solicita al CEDS que declare “*la existencia de violación del art. 4.4 de la Carta, por la aprobación de una modalidad contractual (contrato de apoyo a emprendedores) con un período de prueba de un año en todo caso, sin garantías ni plazo de preaviso para la extinción del empleo*”, argumentando esa solicitud en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011), y en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales españoles que han aplicado el control de convencionalidad respecto de la Carta Social Europea en este aspecto concreto. Pueden consultarse en http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/1880999-Alegaciones_de_CCO_y_UGT.pdf.

¹⁵ El 20 de septiembre de 2013 España presentó al CEDS el Informe 26e, correspondiente al ciclo XX-3 (2014) del procedimiento de control de Informes (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Reporting/StateReports/Spain26_fr.pdf).

Corresponde verificar el cumplimiento del Grupo 3 relativo a los Derechos relacionados con el trabajo, que comprende los arts. 2 (derecho a unas condiciones de trabajo equitativas), 4 (derecho a una remuneración equitativa), 5 (derecho sindical), 6 (derecho de negociación colectiva), de la CSE y 2 (derecho a información y consulta) y 3 (derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral) del Protocolo de 1988, y el período de referencia a tener en cuenta es la normativa y prácticas nacionales aprobadas entre el 1/1/2009 al 31/12/2012. Sobre el funcionamiento de este procedimiento véase SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*. Albacete, 2014. Bomarzo. Págs. 28 a 32.

¹⁶ http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html (5/8/2014).

¹⁷ Así se constata en el Informe de UGT “Más de un año de reforma laboral”, en el que se destaca que en 2012, un 82% de estos nuevos contratos firmados se ha empleado sin utilizar los incentivos

Con ello se demuestra que la pretendida estabilidad con la que se promocionaba este contrato de carácter indefinido era sólo teórica, ha quedado muy relativizada e incluso anulada, ya que muchos de esos contratos se resuelven durante el primer año, resultando muy atractiva la prerrogativa otorgada del período de prueba de un año, con independencia de que se pierdan los beneficios y/o incentivos asociados al mismo, que están supeditados al mantenimiento, por un lado, de la relación laboral durante al menos tres años desde la fecha de inicio y, por otro lado, del nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde su la celebración (art. 4.7 Ley 3/2012).

3. La duración del período de prueba en los contratos laborales: decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011).

Cumpliendo con la exigencia comunitaria consistente en que adoptara a finales de 2010 “una reforma de la legislación de protección del empleo, a fin de ampliar a un año el período de prueba en los nuevos trabajos (...)”, Grecia aprobó la Ley 3899 de 17 de diciembre de 2010¹⁸, en la que el art. 17.5 a) establece la ampliación del período de prueba en el trabajo de dos a doce meses para todos los trabajadores, sin disposiciones especiales según su especialización y la especificación del trabajo para el que son contratados, durante el que la empresa puede rescindir la relación laboral sin aviso previo, no teniendo el trabajador derecho a percibir indemnización alguna, salvo que se haya pactado en otro sentido por las partes contratantes.

Contra esta norma, la Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos contra Grecia (ADEDY) interpusieron la Reclamación nº 65/2011, presentada el 21 de febrero de 2011, admitida a trámite el 30 de junio de 2011, y resuelta en la decisión sobre el fondo de 23 de mayo de 2012.

En ella se solicitó que se declarara la violación del art. 4.4 de la CSE, argumentando, entre otros aspectos, que la duración del período de prueba debía estar en función de la cualificación que tenga un trabajador, no pudiendo ser la misma para todos, que iba en contra del principio de proporcionalidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que todo

fiscales, evidenciándolo los datos de altas de prestaciones contributivas de desempleo que en enero de 2013 se observa un incremento anual de las altas por despido en periodo de prueba del 31,4%.
Extraído de

http://www.ugt.es/actualidad/2013/agosto/Mas_de_un_año_de_reforma_laboral_UGT.pdf

(06/12/2013). Los datos del SEPE evidencian este aspecto pues en 2012 fueron de 18.155, en 2013 un total de 19.144 y entre los meses de enero a mayo de 2014 la cifra asciende ya a 18.168. Extraídos de http://www.empleo.gob.es/estadisticas/BEL/PRD/prd8_top_EXCEL.htm (5/8/2014).

¹⁸ Así lo señala expresamente la Comunicación de la Comisión al Consejo de 24 de febrero de 2011, relativa al seguimiento de la Decisión 2010/320/UE del Consejo, en la que se evalúan las medidas aplicadas por Grecia en el periodo comprendido entre noviembre de 2010 y mediados de febrero de 2011, determinándose que con la Ley 3899/2010 “(...) se han cumplido las exigencias de ampliar el periodo de prueba en los nuevos empleos a un año (...)”.

trabajador tenía derecho a un plazo de preaviso razonable cuando el empresario va a dar por finalizada la relación laboral.

Con anterioridad a esta resolución, el CEDS se había manifestado respecto del período de prueba y la necesidad o no de que las legislaciones establezcan un plazo de preaviso. Una vez delimitado el ámbito del precepto, aplicable a todos los casos de finalización de la relación laboral y no sólo a los de despido, en primer lugar, en las Conclusiones XIII-4, de 30 de septiembre de 1996, en relación con Bélgica, señaló que los Estados que acepten el precepto citado se comprometen a reconocer a todos los trabajadores el derecho a un plazo de preaviso razonable cuando finaliza una relación laboral.

En segundo lugar, en las Conclusiones XIV-2, de 30 de noviembre de 1998, en relación con Irlanda, se resolvió que, si bien la CSE admite el despido sin preaviso en caso de falta grave, se debe asegurar un determinado período razonable a todos los trabajadores, incluyendo a los funcionarios en los supuestos en que finalice su trabajo por otros motivos, no siendo conforme a ella una normativa que no lo recoja.

Por último, en tercer lugar, en las Conclusiones de 22 de octubre de 2010 en relación con Ucrania, estableció lo siguiente:

a) La principal finalidad del art. 4.4 de la CSE es la de ofrecer al trabajador un tiempo para explorar o sondear el mercado laboral con anterioridad a que su trabajo haya finalizado, siendo admisible que, en caso de que no se otorgue, perciba una compensación económica. En este sentido, este plazo, para ser acorde con el precepto aludido, debe tener en cuenta la antigüedad del trabajador.

b) A ello añadió que el derecho a ese plazo, cuando la relación se va a dar por finalizada, se aplica a todas las categorías de trabajadores, incluyendo a los que tienen una relación atípica y a aquellos que están en período de prueba, con un contrato de duración determinada o a tiempo parcial.

c) En consecuencia, resolvió que un plazo de preaviso de dos meses no es razonable para los trabajadores que tienen una antigüedad de diez o más años.

Frente a estas alegaciones sindicales, el Gobierno griego señaló que el preaviso que se recoge en la normativa únicamente no se aplica durante el período de prueba de un trabajador, siendo razonable la normativa que lo ha adoptado.

La decisión de fondo del CEDS, una vez examinada la norma griega sometida a impugnación, es unánime calificando que el art. 17.5 de la Ley 3899/2010 viola el art. 4.4 de la CSE, fundamentando su resolución, en principio, con los argumentos generales que a continuación se transcriben:

1º. Todos los trabajadores tienen derecho a la protección de sus derechos, que comprende disponer de un plazo de preaviso razonable en el caso de que concluya su relación laboral. Como no es posible especificar un concepto universal de qué debe entenderse por «razonable», se tendrá que analizar caso por caso, teniendo en cuenta el tiempo que se lleva prestando servicios.

2º. La finalidad del plazo de preaviso es la de proporcionar al trabajador la posibilidad de ir buscando otro empleo sin que haya perdido aún el anterior, admitiéndose que se le indemnice en el supuesto de que no se cumpla.

3º. Exclusivamente es legítimo el despido inmediato en caso de falta grave del trabajador.

4º. El CEDS no se había pronunciado hasta ahora sobre la duración específica de un período de prueba. Ahora bien, a grandes rasgos la doctrina emitida lo consideraba admisible siempre que su objetivo fuera que el empresario pudiera verificar la cualificación del trabajador y la adaptación del mismo a las exigencias del puesto que va a ocupar. Por ello, su marco jurídico no puede permitir que la duración sea muy larga de manera que se prive al trabajador de los derechos que tiene atribuidos en materia de preaviso e indemnización.

Trasladados a la concreta regulación aprobada por el Gobierno griego, se infringe el Tratado por los siguientes aspectos:

-Por un lado, por no establecer un plazo de preaviso ni indemnización compensatoria en caso de finalización del contrato de trabajo.

-Y, por otro lado, por la fijación de una duración tan amplia, no caracterizándola de razonable pues proporciona al empresario la capacidad para celebrar, de forma encubierta, un contrato temporal sin tener que fundamentarlo en una causa, permitiendo que se pueda dar finalizado sin observar ninguna formalidad durante el primer año. Claramente se deduce que esa duración no responde a la naturaleza jurídica de la institución del período de prueba, desnaturalizando su régimen jurídico y finalidad.

Tras la decisión de fondo, el 25 de octubre de 2012 la delegación griega comunicó que aceptaba la valoración del CEDS pero que justificaba la reforma legislativa en la crisis que sufre el país y en su carácter provisional. Por ello, manifestó su determinación de retirarla pero no de forma inmediata, avanzando que no cree que lo haga antes del 2015.

El Comité de Ministros emitió en la 1161ª reunión del 5 de febrero de 2013 la Resolución CM/ResChS(2013)3 por la que toma nota de las informaciones anteriores, destacando su caracterización así como que serán retiradas, requiriendo al Gobierno que le informe regularmente del cualquier progreso que realice en este sentido.

4. La aplicación del control de convencionalidad por la jurisdicción social.

4.1. Pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales de primera instancia.

4.1.1. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013.

Como he apuntado anteriormente, los juzgados y tribunales ordinarios se han tenido que pronunciar sobre el establecimiento de ese período de prueba al haberse producido resoluciones contractuales durante el mismo, siendo, en concreto, la

sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013 (nº 412/13), la primera que abordó este aspecto teniendo a la CSE y a la jurisprudencia del CEDS como parámetro de legalidad.

Antes de entrar en el análisis de la sentencia, quiero señalar de forma resumida que, con carácter previo, se había planteado ante los tribunales otra demanda en la que al trabajador se le había formalizado también el contrato de apoyo a emprendedores, que se resolvió en la STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 (Rec. 1868/2013). En ella se solicitó que el despido fuera declarado nulo, con base en el art. 6.4 del Código Civil, que regula el fraude de ley, interesando la nulidad de la cláusula contractual que establece el período de prueba. La sentencia, partiendo de que se trata de una modalidad contractual que “(...) *ha dado lugar a grandes controversias doctrinales, sindicales y políticas sobre su verdadera naturaleza jurídica y que incluso han motivado que se dude de su posible constitucionalidad (...)*”, afirmó que “(...) *la mayor especialidad de la nueva modalidad contractual es la regulación del periodo de prueba, frente a la regla general del artículo 14 del ET (...)*”.

No obstante añadió, que es un aspecto que deja “(...) *al margen (...)*” porque en el caso planteado “(...) *el empresario desistió del contrato, por no superación del período de prueba (...), antes del transcurso de 45 días desde su suscripción, por lo que no resulta decisivo para la decisión del pleito que el plazo legal precitado de un año pueda resultar, o no, ajustado a la legalidad constitucional, pues en cualquier caso no se habría vulnerado aquí el régimen general sobre el período de prueba previsto en el artículo 14 ET y en el convenio colectivo de aplicación, que establece, para la categoría profesional del actor, un período de prueba de 45 días (...)*”.

Se ha de apuntar también que la sentencia avanza que “(...) *un eventual desajuste a la Constitución del plazo fijado en la novedosa figura contractual comentada no determinaría la nulidad total de la cláusula sobre período de prueba pactada en el contrato, pues sólo quedaría, en su caso, afectado por la nulidad el exceso de duración respecto de la establecida convencionalmente, quedando rectificadas la cláusula ajustando este aspecto a la regulación del convenio colectivo, como un supuesto de nulidad parcial regulada en el art. 9.1 del ET (...)*”, con lo que seguiría estando sometido el contrato a un período de prueba, de acuerdo con lo que fijara la normativa legal o convencional que fuera aplicable, anulándose sólo el período de tiempo que excediera de lo establecido en ella (STS de 19 de octubre de 1987).

Resumidamente, no entra a valorar la legalidad del periodo de prueba ya que al trabajador se le comunicó la finalización de la relación laboral casi al mes y medio de haber comenzado, siendo el plazo previsto en el convenio colectivo aplicable, por lo que presenta unas connotaciones diferentes, pese a que el contrato formalizado a los trabajadores que interponen la demanda sea el mismo.

Realizada esta aclaración, el pronunciamiento del Juzgado de Barcelona aborda la situación de un trabajador al que se le formalizó un contrato de apoyo a emprendedores el 30 de marzo de 2012, con una jornada semanal de 40 horas y categoría profesional de peón, realizando funciones consistentes en coger neumáticos de un lugar y dejarlos en el montón destinado al reciclado o

pavimentado. En el contrato se incluyó una cláusula en la que se estableció un período de prueba de un año.

El 22 de marzo de 2013 se le entregó una carta, con efectos de esa fecha, en la que la empresa le comunicaba la finalización de su contrato por no superar el período de prueba. El trabajador impugnó la decisión empresarial solicitando que la extinción contractual fuera declarada improcedente, aspecto en el que centraré el análisis¹⁹.

Los argumentos que se utilizan para fundamentar la pretensión principal del demandante son básicamente dos. El primero de ellos señala que, atendiendo a la normativa general reguladora del período de prueba, la duración vendrá determinada por lo que disponga el convenio colectivo y, en defecto de éste, por la del art. 14 del ET. En la medida en que el convenio colectivo aplicable (Resolución de 17 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias) establece que la duración para el personal obrero y subalterno será de dos semanas, pudiéndose ampliar hasta los seis meses (art. 10), la extinción se ha realizado, según el demandante, no estando vigente el mismo.

El criterio no es valorado por la jueza, al considerar que en el supuesto que se plantea se ha de aplicar la Ley 3/2012 y no el art. 14 del ET ni el convenio colectivo, en virtud del principio de jerarquía normativa del art. 9.3 de la CE que, tal y como ha interpretado el Tribunal Supremo, es prioritario respecto del principio de norma más favorable (art. 3.3 ET).

La relevancia de esta sentencia se sitúa en el segundo de los argumentos que se alegan y que es acogido de forma favorable. Para ello, se hace referencia a la CSE, en concreto, al art. 4.4 y a la interpretación que ha realizado del mismo, como se ha apuntado en la páginas precedentes, el CEDS en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011).

La jueza entra a valorar la situación estableciendo que el caso de autos es “*idéntico*” al que se presentó al organismo europeo, lo que conlleva la lógica consecuencia de que resuelva en los mismos términos y determine que el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera el art. 4.4 de la CSE “*(...) pues no fija ni plazo de preaviso ni indemnización por finalización del contrato durante el periodo de prueba de un año, no pudiéndose entender como razonable un plazo de prueba de un año en el caso objeto de esta litis, como señala el Comité, pues los requerimientos del puesto de trabajo del actor, (...) no requieren de un año para que el empleador evalúe sus capacidades en atención a sus tareas*”.

A ello añade, algo que ya había avanzado la doctrina y el propio CEDS, en el sentido de que este tipo de período evidencia en realidad un contrato temporal de un año que se formaliza sin causa, “*(...) contraviniendo la legislación nacional en materia de*

¹⁹ En la demanda se solicita también el reconocimiento de un salario superior por realización de una jornada que supera a la ordinaria y la declaración de inconstitucionalidad del art. 56 del ET, no siendo valorados por el juzgador, el primero por falta de prueba y el segundo por estimar que concurre en la aprobación del RD Ley 3/2012 la extraordinaria y urgente necesidad que requiere, no modificando “*(...) ni el régimen general ni los elementos esenciales (...)*” de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la CE.

contratación temporal, puesto que a través del contrato de apoyo a emprendedores con un periodo de prueba de un año, durante el cual el empleador puede dar por finalizado el contrato sin previo aviso ni indemnización, se excluye la aplicación del art. 15 ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal (...)".

A mi juicio, este primer argumento que se utiliza para fundamentar el fallo, es correcto y ajustado a derecho, desde el momento en que la sentencia procede a aplicar el mismo principio de jerarquía normativa que había utilizado para no estimar aplicable la duración del período de prueba fijada en el convenio colectivo. De acuerdo con esto se ha de recordar que España ratificó el 2 de mayo de 1972 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, en la que se determina, entre otros aspectos, que "(...) *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*" (Parte III.27), que se plasma en los arts. 10.2 y 96 de la CE, en los que se reconoce expresamente que forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente, los Tratados internacionales válidamente celebrados, así como la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades "(...) *de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*".

Con ello se dota de rango normativo el control de convencionalidad, que ha sido delimitado por la doctrina como la posibilidad de que un órgano de la jurisdicción ordinaria no aplique una ley nacional en vigor, no declarada inconstitucional, por contradecir un tratado internacional (o la interpretación de dicho tratado efectuada por la instancia máxima de control establecida en él) integrado en el ordenamiento jurídico interno²⁰.

Las críticas realizadas a la sentencia en orden a que no debía haber utilizado el art. 10.2 de la CE, al estimar que sólo resulta aplicable a los derechos que tengan la caracterización de fundamentales, se trata de una apreciación que en la actualidad debería estar superada, puesto que como se ha argumentado, "(...) *atribuir el carácter de fundamental solamente a los derechos civiles y políticos en función de su nivel de garantías responde a una posición doctrinal sesgada asentada a su vez en una opción política restrictiva, tanto a escala nacional (el diseño del recurso de amparo en España) como internacional (mecanismo de peticiones individuales en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966), que se han visto superadas (así, la jurisprudencia social del Tribunal Constitucional español, o la más reciente introducción del sistema de denuncias individuales en el marco del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales)*"²¹.

A ello se ha de añadir, en mi opinión, que entender que sólo los derechos fundamentales y libertades públicas tienen que interpretarse de acuerdo con los

²⁰ JIMENA QUESADA, L.: *A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*. Navarra, 2013. Aranzadi. Págs. 24 y 25.

²¹ JIMENA QUESADA, L.: "La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales". En AA.VV. (Dir. DE LA OLIVA SANTOS A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P.): *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*. Aranzadi, 2012. Págs. 37 y 38.

Tratados internacionales supone no tener presentes los compromisos internacionales adquiridos por España, en cuanto a la aplicación del Derecho internacional, que, en ningún caso se supeditan a que un derecho sea caracterizado de una forma u otra, así como la no aplicación de un principio tan básico como es el de jerarquía normativa y que, sorprendentemente, resulta muy fácil materializarlo en conflictos entre normas nacionales o entre éstas y convenios colectivos, y, sin embargo, no lo es cuando ese mismo conflicto se da entre una norma nacional e una internacional, más si no es de la Unión Europea, cuestión que ha de ser objeto de crítica, siendo aconsejable un estudio de la aplicación de estas reglas en el derecho comparado dónde no resulta tan extraño este aspecto.

En segundo lugar, la sentencia del Juzgado, ante el argumento que se suele señalar actualmente, en orden a la justificación de las medidas restrictivas de derechos en la situación de crisis económica, haciendo referencia a Introducción general a las Conclusiones XIX-2 de 2009 del CEDS²², señala que la crisis no puede tener *“(…) como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la Carta y, por lo tanto, que los Gobiernos estaban obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los derechos de la Carta fuesen especialmente garantizados en el momento en que la necesidad de protección se hace sentir más (…)”*.

Se ha de recordar que el CEDS ha sido tajante desde hace tiempo a la hora de valorar la aplicación de la CSE en el contexto de la crisis económica global, habiendo emitido una doctrina que se ha convertido en un principio general de aplicación e interpretación de la CSE²³, que reproduzco literalmente dada su relevancia, al determinar que *“si el aumento del paro pone en peligro los sistemas de seguridad social, en la medida en que el número de beneficiarios aumenta mientras que los ingresos obtenidos por la fiscalidad y de las cotizaciones a la seguridad social disminuyen, las Partes, al suscribir la Carta Social Europea (…) han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica y el derecho a los servicios sociales”*.

Añade que *“(…) lo que vale en materia de derecho a la salud y a la protección social no vale menos en materia de derecho del trabajo; y que, si la crisis puede legítimamente conducir, en unos u otros ámbitos, a reorganizar los dispositivos normativos y las prácticas vigentes con vista a limitar algunos costes para los presupuestos públicos o a aligerar las cargas que pesan sobre las empresas, semejante reorganización no debería traducirse en una precarización excesiva de los beneficiarios de los derechos reconocidos por la Carta.*

²² En http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/XIX-2_fr.pdf, pág. 13, sobre la crisis económica y su afectación a los derechos sociales

²³ NIVARD, C.: “Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures <anti-crise> grecques». *Lettre Actualités-Droits-Libertes du CREDOF*, 15 noviembre 2012. Pág. 1. Como afirma la autora, los derechos sociales no pueden ser unos derechos que se otorguen en tiempos de prosperidad y se supriman en períodos de regresión económica.

El Comité considera que una mayor flexibilidad en el trabajo para luchar contra el desempleo no puede conducir a privar a amplias categorías de asalariados, singularmente quienes ya no son titulares desde hace mucho tiempo de empleos estables, de sus derechos fundamentales en materia laboral, contra la arbitrariedad del empleador o los avatares de la coyuntura. Es precisamente a la instauración y al mantenimiento de tales derechos, en los dos ámbitos mencionados, a los que tienden justamente las disposiciones de la Carta. Renunciar a tales garantías tendría, a mayor abundamiento, no solamente como efecto el hacer recaer sobre los asalariados indebidamente una parte excesiva de las consecuencias de la crisis, sino incluso aceptar efectos pro-cíclicos susceptibles de agravar la crisis y de aumentar la carga de los regímenes sociales, en particular los asistenciales, a menos que ello no suponga compensar las pérdidas de recursos vinculadas al retroceso de las actividades, lo cual comportaría un atentado a las obligaciones de la Carta en materia de protección social”.

Esta referencia ha sido cuestionada, entre otros aspectos, por corresponder a períodos de tiempo diferentes al actual, debiendo señalarse que este mismo argumento está presente en las últimas decisiones de fondo del CEDS emitidas el 7 de octubre de 2012²⁴, recordando brevemente la jurisprudencia que determina que no puede ser un elemento a valorar en las restricciones o vulneraciones de los derechos sociales “(...) *la situación de crisis económica que tiene el país o que el origen de las medidas está en las obligaciones dictadas por la troika, puesto que el país debería haber realizado estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras medidas así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad (...)*”.

Con ello queda, a mi modo de ver, muy claro que los derechos sociales de los trabajadores han de ser garantizados en todo momento²⁵, no siendo admisibles restricciones a los mismos con fundamento en la crisis económica o la existencia de mandatos de otras instituciones internacionales, sean supranacionales o no, habiendo procedido la sentencia del Juzgado de Barcelona a aplicar, siguiendo el principio *iura novit curia*, la normativa vigente y los criterios de jerarquía entre ellas en caso de incompatibilidad.

4.1.2. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014.

²⁴ Reclamaciones nº 76, 77, 78, 79 y 80 por la Federación de pensionistas de Grecia (IKA-ETAM), Federación Panhelénica de pensionistas de servicios públicos (POPS), el Sindicato de pensionistas del ferrocarril (ISAP), la Federación Panhelénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad (POS-DEI), el Sindicato de pensionistas de la banca agrícola (ATE), la Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos contra Grecia (ADEDY) contra Grecia.

²⁵ Como acertadamente señala DELIYANNI-DIMITRAKOU los derechos sociales no son un lujo de manera que puedan ser suprimidos en tiempos de crisis y otorgados en tiempos de bonanza económica. En “La Charte sociale européenne et les mesures d’austérité grecques: à propos décision nº 65 y 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux ». *Revue du Droit du Travail*, 2013, nº 7/8. Pág. 461.

La siguiente sentencia que debe ser analizada en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad es la del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014 (nº 179/14), que aborda también una extinción contractual producida el 27 de noviembre de 2013, durante el período de prueba de un contrato de apoyo a emprendedores, celebrado el 29 de noviembre de 2012, siendo muy similar al supuesto anterior en cuanto al momento de la extinción puesto que se produce faltando escasamente dos días para cumplir el período aludido.

Se diferencia en que la trabajadora había informado, a principios de octubre de 2013, que estaba embarazada, y, por ello, solicita la declaración del despido como nulo o, subsidiariamente, improcedente pretendiendo demostrar, en cuanto a la primera petición, que la extinción se fundamenta en esa circunstancia, y en cuanto a la segunda, que no se habían producido los incumplimientos que alega la empresa en cuanto a omisiones y errores en la realización de los pedidos, que, a juicio de la empresa, generaron costes adicionales importantes.

Desestimada la primera reclamación, al haber demostrado la empresa que, previamente a la comunicación del embarazo, había iniciado un proceso de selección para sustituirla, el juzgador procede a examinar la segunda para lo que recurre a la normativa internacional y comunitaria aplicable en España.

Procede a citar, en primer lugar, la CSE, de la que predica su aplicabilidad en España tras su ratificación, deteniéndose en el art. 4.4, en la interpretación realizada por el CEDS en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011) que, a su vez, ha sido aprobada por el Comité de Ministros en la Resolución de 5 de febrero de 2013. De acuerdo con todo esto, la sentencia resuelve que *“(...) se ha de entender que el hecho de haberse fijado un período de prueba de un año por el art. 4.3 RDL 3/2012, sin indemnización por la extinción de la relación laboral, conculca el art. 4.4 de la Carta Social Europea de modo que no procede la aplicación del citado precepto legal interno, una vez que, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa garantizado por el art. 9.3 de la Constitución Española, debe prevalecer la norma internacional que resulta de aplicación, quedando sin efecto (...) el art. 4.3 del citado Real decreto Ley”*.

Confirma su interpretación amparándose en el art. 10.2 de la CE, que en su tenor literal dispone que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*, añadiendo que *“(...) no se debe olvidar que el art. 35 CE garantiza el derecho al trabajo, respecto el cual abarca el derecho del trabajador a la extinción remunerada, así como al reconocimiento de un plazo de preaviso”*.

En segundo lugar, recurre a la normativa de la OIT, recordando su ratificación por España, específicamente el Convenio nº 158 de la OIT, y, en tercer y último lugar, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puesto que la normativa reguladora del contrato de apoyo a emprendedores conculca el principio de igualdad y el derecho de todo trabajador a la protección en caso de despido

injustificado, recogidos en el texto comunitario y que son de aplicación directa en nuestro ordenamiento.

Con todos esos fundamentos, la sentencia opta por dejar sin efecto el art. 4.3 del RDL 3/2012, remitiéndose a la regulación que prevea, por aplicación analógica del art. 14 del ET, el convenio colectivo vigente en el momento de la contratación, que en este caso dispone que el período de prueba tendrá una duración máxima de seis meses para el grupo al que pertenece la actora (art. 23 Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección. Resolución de 4 de diciembre de 2013).

Al haberse superado con creces el mismo en el momento de la extinción, se declara improcedente.

4.1.3. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró de 29 de abril de 2014.

La tercera y última sentencia que debe ser analizada, mucho más relevante en relación con la CSE que la anterior, es la del Juzgado de lo Social de Mataró de 29 de abril de 2014 (nº 144/14). En ella, de nuevo, la situación es la un trabajador al que se le extingue el contrato de apoyo a emprendedores faltando, en este caso concreto, un día para que finalice el año del período de prueba, es decir, que la empresa ha agotado prácticamente todo el plazo estipulado legalmente, preavisando incluso con 16 días de antelación al trabajador su decisión de prescindir de él. Éste procede a impugnarlo solicitando que se declare improcedente.

El pronunciamiento, a la hora de proceder a su resolución, examina previamente tres pronunciamientos que son examinados en este estudio con el objetivo de determinar su aplicación al supuesto que se le ha planteado. En primer lugar, la STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013, que interpreta que no es aplicable ya que el supuesto de hecho planteado es diferente, pues aquí la resolución contractual se ha producido superando el período de prueba establecido a nivel convencional²⁶.

En segundo lugar, el auto del TSJ del País Vasco, al que se hará referencia en las páginas siguientes, reiterando el contenido del Voto particular en cuanto a la aplicabilidad directa de la normativa internacional.

En tercer y último lugar, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013, reiterando su contenido, al que me remito en el apartado analizado. Con todo estos fundamentos, el pronunciamiento resuelve que “(...) *el período de prueba resulta excesivo y carente de causa, habiéndose utilizado por la empresa demandada en manifiesto abuso de derecho, ya que agotó hasta el último momento el plazo anual del período de prueba, decisión que había tomado ya de*

²⁶ El art. 34.1 del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Barcelona para los años 2007-2012 (29/6/2007) determina que en las relaciones de trabajo podrán fijarse siempre que se concierte por escrito un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de: Grupos Profesionales 4 y 5: un mes.

antemano (...) amparándose en una normativa legal que en modo alguno faculta para tal actuación fraudulenta y abusiva.”

De nuevo, la valoración de la CSE, de la jurisprudencia del CEDS y del principio de jerarquía normativa llevan a estimar la demanda del trabajador y a declarar el despido improcedente, condenando a la empresa a readmitir al trabajador o al abono de la indemnización correspondiente

4.2. Los “intentos” de los órganos jurisdiccionales colegiados: los Votos particulares.

Junto a estas tres sentencias que aplicaron el control de convencionalidad como fundamento de su fallo, se ha de señalar también que ha habido intentos por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de pronunciarse en el mismo sentido e utilizando la misma técnica, pero, de momento, dos están paralizados por las discrepancias entre los componentes, al ser órganos colegiados, sobre la aplicabilidad directa de la CSE y la vinculación a la jurisprudencia del CEDS.

Esto ha llevado a que planteen autos sobre cuestión de inconstitucionalidad (auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de enero de 2014 y auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2014), que están pendientes de resolver, en los que se incluyen Votos particulares de los magistrados que consideran que no es necesario.

También se incluye en este apartado el Voto particular emitido por tres magistrados a la reciente sentencia que ha emitido el Tribunal Constitucional, en la que se también se predica la aplicación del control de convencionalidad en ese aspecto.

4.2.1. El auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de enero de 2014.

Siguiendo con la misma situación de un contrato de apoyo a emprendedores que se extingue durante el período de prueba, la cuestión volvió a plantearse en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El supuesto se centra en una trabajadora contratada el 18 de junio de 2012, a la que se le comunica la extinción de su contrato el 13 de febrero de 2013, por no superación del período aludido, que procedió a impugnar solicitando que se declarara el despido improcedente, que no fue estimada por el Juzgado nº 6 de Bilbao.

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación, que, por el momento, no ha sido resuelto porque se ha presentado el 21 de enero de 2014 una cuestión de inconstitucionalidad, en la que se planteó la compatibilidad de ese período con la CE, específicamente con el principio de igualdad ante la ley (art. 14), la prohibición de arbitrariedad en los poderes públicos (art. 9.3), el derecho al trabajo en cuanto a no ser despedido si no concurre justa causa para ello, en relación a la posibilidad de extinción por desistimiento empresarial y la posible excesiva duración de éste en el contrato de referencia (art. 35.1), el derecho a la negociación colectiva

laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1) y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1).

Destaca de ese auto, a efectos de este estudio, el Voto particular que emite uno de los Magistrados en el que manifiesta su conformidad *“con todos y cada uno de los razonamientos que expresa”*, declarando que su desacuerdo es sobre su sustanciación, puesto que interpreta que *“a la luz de la normativa comunitaria era de aplicación directa la misma, y por tanto se podía prescindir de este procedimiento teniendo por no puesta la posibilidad de que el contrato de trabajo se extinga por no superación del período de prueba en el primera año”*.

Como fundamento en su emisión aporta normativa y jurisprudencia comunitaria (Directiva 1999/70 relativa a los trabajos de duración determinada y la STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10), normativa de la OIT (en concreto el Convenio nº 158 relativo a la terminación de la relación de trabajo, que no permite su finalización a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad, conducta o basada en funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (art. 4) y que se deben garantizar las medidas frente a los contratos de trabajo de duración determinada cuyo objetivo sea eludir la protección del Convenio) y la CSE *“que establece que todos los trabajadores tienen derecho a la protección en caso de despido”*, añadiendo a continuación el derecho que reconoce la Directiva 1999/70, relativa a los trabajos de duración determinada, a un trabajo estable existiendo una clara restricción en orden al trato desigual de los trabajadores temporales con los fijos.

Se ha de apuntar, como breve crítica a este Voto particular, que su razonamiento se centra prácticamente en la aplicabilidad directa de la normativa comunitaria, pudiendo haberla invocado también expresamente de la CSE y de la jurisprudencia del CEDS, que parece que incardina dentro de la primera, con el consiguiente riesgo de ser erróneamente considerada como normativa de la UE.

4.2.2. El auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2014.

El penúltimo pronunciamiento que se ha de examinar es el auto sobre cuestión de inconstitucionalidad del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2014, muy significativo al contener dos Votos particulares que abordan la cuestión relativa a la invocación directa de la CSE al período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores.

El supuesto de hecho es similar a los anteriores, en cuanto a la modalidad contractual formalizada y la extinción del contrato durante el período de prueba, diferenciándole que la finalización se produce superados escasamente los dos meses desde que el contrato se formalizó, superando el fijado por el Convenio

colectivo aplicable (Industria de Hostelería de Cataluña vigente en ese momento²⁷), pero dentro del año que prevé el art. 4.3 de la Ley 3/2012.

Con estas circunstancias, del total de Magistrados de la Sala, 25 en concreto, 16 deciden elevar cuestión de inconstitucionalidad por infringir la normativa los arts. 9.3, 14, 24.1 y 35.1 de la CE. Ahora bien, me detengo en los dos Votos particulares del auto discrepantes, no sólo con su interposición sino entre ellos mismos.

El primero, suscrito por un total de 7 magistrados, interpreta que el caso debería haberse resuelto aplicando directamente el art. 4.4 de la CSE y el art. 4 del Convenio de la OIT, confirmando la interpretación de la sentencia del Juzgado nº 2 de Barcelona que se emitió el 19 de noviembre de 2013.

Especifica literalmente que ese período de prueba “(...) debería declararse nulo por contrario al derecho (...) e imponerse el canon de razonabilidad que establecen los textos internacionales, todo ello por los siguientes motivos:

-Por disposición del art. 96.1 de la Constitución y del artículo 1.5 del Código Civil, el Convenio 158 OIT y la Carta Social Europea, forman parte del ordenamiento interno español y deben aplicarse directamente en España. Es cierto que estas normas obligan a los Estados firmantes, deben ser instrumentadas por la legislación de cada uno de ellos y ofrecen un amplio margen a ésta, por lo que una vez integrados en la legislación, el texto de los convenios pasa a ser una mera orientación sin aplicación directa (STS 2.11.2004 Rec. 5502/2003), pero en los casos en que el Convenio internacional establece un precepto claro y evidentemente opuesto a la norma interna, el conflicto debe resolverse a favor de la norma internacional (que también es norma interna y tiene rango superior), así se ha reconocido implícitamente por el Tribunal Constitucional en sentencia 38/1981, respecto a la inversión de la carga de la prueba en despidos antisindicales, y por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de febrero de 2010 (Recurso 1782/2009), en el caso de coincidencia entre período de vacaciones y baja laboral aplicando el convenio 32 OIT “actuando como obligado elemento interpretativo” y explícitamente por el TS en sentencia de 4 de noviembre de 1987 (sentencia 2019/87) seguida de otras muchas de igual contenido en la aplicación el artículo 7 del convenio 158 OIT que establece que debe ofrecerse al trabajador la posibilidad de defensa de los cargos formulados en despido disciplinario.

-La contradicción entre el período de prueba de un año (...) y el canon de razonabilidad que establecen tanto el Convenio 158 OIT como la Carta Social Europea, se desprende directamente de la hermenéutica de las propias disposiciones nacionales (...), incluyendo al art. 14 del ET, no siendo éste “(...) un simple tiempo habilitado para el desistimiento contractual, sino un tiempo de prueba efectiva vinculada a un objeto y articulada a través de determinadas experiencias, tiempo en el que se pretende conocer y se debe valorar la aptitud de las partes, lo que comporta que no pueda establecerse sin más un período de un año sin objeto ni

²⁷ Art. 17 de la Resolución EMO/305/2013, de 7 de enero, por el que se aprueba el Convenio para los años 2012 y 2013, que prevé en máximo de 60 días para los ayudantes de cocina.

contenido y cuya única virtualidad (...) es imponer un largo período de inestabilidad contractual (...)".

Estos argumentos son complementados con jurisprudencia del TS sobre el criterio de razonabilidad aplicado al período de prueba²⁸, así como con un pronunciamiento precedente de la misma Sala²⁹, pasando a continuación a citar expresamente el contenido de la decisión de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012, Reclamación nº 65.

De acuerdo con lo expresado exactamente en ese Voto particular, a mi juicio resulta sorprendente que a continuación afirme que estas decisiones "(...) *no vinculan a los jueces españoles, pero no lo es menos que constituyen la interpretación auténtica de la Carta y por ello no podemos prescindir de la decisión del Comité cuando abordamos el análisis de qué cosa pueda significar un período de prueba de duración "razonable" en los términos de las normas internacionales citadas*", derivándose, por ello, que están obligados a declarar "(...) *que el período de prueba de un año no es un tiempo de prueba razonable lo que implica que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 en tanto que establece un período de prueba de un año "en todo caso" (...) es contrario a la Carta Social Europea y al Convenio 158 de la OIT*".

En definitiva, determina que el CEDS es el órgano que realiza la interpretación auténtica de la CSE, que necesariamente hay que tener en cuenta, y, sin embargo, no vinculante para los jueces, siendo difícil entender este aspecto, y hasta contradictorio. En todo caso, me quedo con la afirmación final en cuanto a que el recurso de suplicación que interpuso la empresa debió de ser desestimado teniendo en cuenta la normativa internacional aplicable directamente.

El segundo Voto particular, formulado por dos magistrados, y discrepante del criterio de la mayoría y del Voto anteriormente analizado, es una muestra del desconocimiento de la normativa internacional, pues cierra el tema señalando que no se pueden invocar ninguno de los textos internacionales apuntados puesto que

²⁸ Con referencia a la STS de 12 de noviembre de 2007 (Rec. 4341/2007) en la que se plantea la legalidad de la regulación por el X Convenio Colectivo de la empresa Telefónica, que en su art. 14 e) determina que para el personal de ventas, "(...) *dadas las características inherentes al desempeño del puesto y la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado que permita al trabajador adquirir la experiencia que como vendedor debe poseer, se establece para el Promotor de Entrada, un período de prueba de dos años (...)*". La sentencia se pronunció en el sentido de que "(...) *no parece razonable admitir que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características (...) que en principio no presenta –ni se describen- circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado*".

La pretendida justificación que se contiene en el convenio colectivo, en el sentido de que es necesario llevar a cabo un período de formación adecuado "(...) *no se compagina bien con las características de un puesto de trabajo como el que nos ocupa, y, aparte de no hacerse constar que tal formación se haya impartido ni durante cuánto tiempo, resultaría excesiva a todas luces –a no ser que se quiera vincular el período de prueba a una formación continua- sobre todo si se compara con el resto del personal de ventas, incluidos los que ocupan puestos de mayor categoría y complejidad, para los que se establece un período de prueba de 6 meses solamente*". Por todo ello, se declara "(...) *abusivo y nulo el pacto que fijó al trabajador un período de prueba de 2 años (...)*", constituyendo el cese de trabajador un despido improcedente.

²⁹ Se trata de la STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013, Rec. 1868/2013. Véase *supra* punto 4.1.1.

“(...) el término razonable (...) es sumamente indeterminado, y el Convenio de la OIT, junto a la existencia de causa justificada relativa al trabajador admite “las necesidades de funcionamiento de la empresa”.

Con este argumento, al que añade la legalidad y constitucionalidad del período de prueba del art. 4.3 de la Ley 3/2012 con base a que *“(...) puede ser utilizado por la empresa basándose en sus necesidades de funcionamiento, y que su aplicación no es automática, pudiéndola impugnar el trabajador afectado si considera que existe una violación de un derecho fundamental, fraude de ley, o un claro abuso de derecho, que lo convierta en un despido”*, considera que no se debería haber interpuesto el recurso de inconstitucionalidad y haber resuelto aplicando el ordenamiento jurídico a los hechos declarados probados.

A mi juicio, este Voto parte de una visión muy limitada del ordenamiento jurídico, pues siguiendo su redacción, señala que hay que aplicarlo, pero en esa labor valorar únicamente la normativa aprobada por nuestras instituciones nacionales, olvidando que dentro del marco normativo, y del sistema de fuentes, se encuentra también el derecho internacional.

4.2.3. La sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2014

El 5 de octubre de 2012 el Parlamento de Navarra presentó un recurso de inconstitucionalidad (nº 5603-2012) contra varios preceptos de la Ley 3/2012, de 6 julio, habiéndose emitido la sentencia el 16 de julio de 2014.

Centrándome en la impugnación contra el precepto regulador del contrato de apoyo a emprendedores y su período de prueba (art. 4), a juicio del letrado que representa a la institución demandante, vulnera varios preceptos de la CE, específicamente los arts. 14 (derecho a la igualdad), 24 (derecho a la tutela judicial efectiva), 37 (derecho a la negociación colectiva) y 35 (derecho al trabajo), señalando que su aprobación ha supuesto:

a) En primer lugar, un desapoderamiento a la autonomía colectiva negocial de toda intervención y decisión respecto al período probatorio.

b) En segundo lugar, instituye un régimen diferenciado y uniforme de duración sin distinguir en función de la cualificación del trabajador contratado, con una duración exorbitante que duplica la establecida, con carácter general para los técnicos titulados, en seis veces a la prevista para quienes carecen de la misma y en cuatro a la contemplada para las empresas de menos de veinticinco trabajadores.

c) En tercer y último lugar, se otorga al empresario el despido del trabajador durante un año de prestación de servicios, sin derecho a indemnización y con exoneración del control judicial sobre la decisión empresarial.

En suma, su instauración supone *“un fraude constitucional mediante la indebida utilización por la ley de un impropio período de prueba con el objeto de soslayar las exigencia de estabilidad que el derecho constitucional al trabajo reclama, con prohibición de los despidos sin justa causa”*, realizando una breve referencia al

Convenio nº 158 de la OIT, pudiendo haber incluido también a la CSE y a la jurisprudencia del CEDS, puesto que, si bien en la fecha de presentación del recurso todavía no se había hecho pública la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (fue el 19 de octubre de 2012), sí que se había pronunciado en años anteriores sobre aspectos tan importantes como la no regresión de los derechos sociales en tiempos de crisis o la finalidad del período de prueba que ya se han analizado anteriormente.

Las alegaciones han sido desestimadas, mereciendo especial atención los argumentos que se han utilizado para ello, avanzando que no se efectúa ninguna referencia a la CSE ni a la jurisprudencia del CEDS que, en el momento de dictarse la sentencia ya era sobradamente conocida por la aplicación que estaban realizando los órganos jurisdiccionales de primera instancia, omisión interesada ya que, de haberlo hecho, debería haber llevado a la admisión, al menos, de esa parte del recurso.

Lejos de adoptar un papel similar al de su homólogo portugués, que, al analizar la legitimidad de algunas de las reformas realizadas en su país, ha considerado prevalente la seguridad y confianza de los ciudadanos frente a meras decisiones políticas³⁰, el Tribunal Constitucional la caracteriza de legítima, razonable y proporcionada, no vulnerando ningún precepto de la CE aludidos, con base, en lo siguiente³¹:

a) El problema que puede plantear el art. 4.3 de la Ley 3/2012 “(...) *no es un problema de causalidad del despido, ni de existencia de una reacción adecuada frente al despido sin causa (...), el desistimiento durante el período de prueba no constituye un despido, sino la plasmación a través de una declaración de voluntad, de una condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato*”.

Su afectación al derecho a la estabilidad en el empleo origina su conexión con el art. 35.1 de la CE. Con esta premisa, recordando que se trata de un derecho que no es absoluto ni incondicional sino que puede ser sometido a limitaciones, ante la

³⁰ Véase, entre otras, entre otras, las sentencias 353/2012, de 5 de julio de 2012, 474/2013, de 29 de agosto, 602/2013, de 20 de septiembre y 575/2014, de 14 de agosto. Se trata, como ha señalado GUILLEM CARRAU de unos pronunciamientos muy importantes de los que hay que destacar las referencias a que el legislador no tiene una libertad ilimitada para adoptar medidas “(...) *incluso en el cuadro de una crisis económica y financiera grave*”, que la aplicación de un juicio de proporcionalidad sobre ellas lleva a concluir que no pueden admitirse ya que “*3 años de efecto acumulativo y continuado de sacrificio, que incrementaba el ya existente de congelación de salarios, no resultaba equilibrado por haber otras soluciones alternativas para la reducción del déficit tanto por el lado del gasto como por el de los ingresos*”, y que determinadas reducciones son tan elevadas que afectan a una existencia digna. En “El Constitucional portugués ante a las medidas de ajuste: la sentencia de 5 de abril de 2013”. *Cuadernos Miguel Jiménez Abad*, 2013, nº 5. Págs. 70 a 75. Véase un comentario al primer pronunciamiento en VILLALVA LAVA, M.: “Comentario a la STC portugués 353/2012 de 5 de julio, que declara inconstitucional, la supresión de las pagas extraordinarias de vacaciones y navidad de los empleados públicos y jubilados durante los años 2012, 2013 y 2014”. *Diario La Ley*, 2012, nº 7907. Págs. 1 a 11.

³¹ La sentencia no entra a valorar si un período de prueba de un año desnaturaliza en sí esa institución regulada con carácter general en el art. 14 del ET, pues considera que se trata de un debate ajeno al control constitucional al ser de configuración legal, “(...) *por lo que la determinación de su contenido corresponde al legislador ordinario, con el límite, obviamente, de que la regulación de ésta u otras instituciones laborales no contravenga las exigencias constitucionales*”.

necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, se admite que una política orientada al pleno empleo efectuada por los poderes públicos (art. 40 CE) legitima esa regulación, y es lo que ha ocurrido con esta figura, pues con su establecimiento se pretende “(...) *facilitar la contratación de trabajadores por parte de pequeñas y medianas empresas que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo estable*”.

b) Confirma esa consideración que se trata de una medida de carácter coyuntural (hasta que la tasa de desempleo se sitúe en un 15%), que el contrato no puede ser utilizado por todas las empresas –no tienen que haber realizado extinciones improcedentes en los seis meses anteriores a su celebración-, que tiene como destinatarias las empresas que han sufrido con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica o que su establecimiento “(...) *pretende ofrecer una respuesta que entiende adecuada a una situación de grave crisis de empleo* (...)”.

c) A ello se añade que ese período es tan largo porque pretende constatar “(...) *no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado* (...), si (...) *es viable económicamente* (...), *reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial* (...)”.

d) Asimismo, la medida tiene fijada, a su vez, compensaciones que atemperan el carácter gravoso que le puede suponer al trabajador, al permitirle compatibilizar el cobro de una prestación de desempleo con el salario o que, una vez superado, permitirá al trabajador consolidar todos sus derechos y pasará a ser un trabajador indefinido.

e) Finalmente, destaco algunas afirmaciones de la sentencia del tipo que “*antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el derecho de acceso al mismo*”, o que el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza una justificación causal de la terminación de la relación laboral o una indemnización.

Una lectura de la sentencia muestra no sólo el incumplimiento de la CSE y de la jurisprudencia de la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011) que resolvió expresamente sobre el período de prueba de un año, sino que incumple toda la emitida anteriormente en cuanto a que la crisis económica no puede justificar la restricción de derechos sociales.

A mi juicio, ninguno de los argumentos señalados en la sentencia es admisible desde el punto de vista del ordenamiento laboral y supone un absoluto desprecio a los derechos sociales básicos, admitiendo la posibilidad de su reducción o supresión por motivos estrictamente económicos. La gran mayoría de ellos permiten concluir que la crisis económica legitima a un país a adoptar cualquier medida con independencia de los derechos laborales que reconoce la normativa nacional, internacional e incluso la Constitución Española, dejando de ser lo que su propia denominación indica “derechos” para pasar a ser simples prerrogativas supeditadas

al arbitrio del legislador, que dependiendo de la coyuntura económica los otorga o los elimina. Esta sentencia es, en suma, un ejemplo que entiende que es fundamental crear empleo, aunque sea sin derechos.

Si hay un aspecto que ha de ser objeto de valoración positiva en el pronunciamiento es el Voto particular que formula el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhieren dos miembros más, muy fundamentado, siendo un ejemplo a valorar en cuanto a la consideración de los derechos sociales y a la articulación correcta del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral.

En el mismo se manifiesta su disconformidad con la decisión finalmente adoptada, declarando que determinados preceptos debían haber sido declarados inconstitucionales, entre otros, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 “(...) *por violación del principio de causalidad de las decisiones empresariales de extinguir los contratos de trabajo, en su condición individual del derecho constitucional*”.

Entre los razonamientos que se emiten, una vez se recuerda la doctrina constitucional más importante que se ha adoptado en relación con el art. 35 de la CE, se procede a examinar y traer a colación los compromisos internacionales que España tiene asumidos, vinculantes para el legislador, una vez se han observado los requerimientos constitucionales de los arts. 93, para la normativa comunitaria, y 96.1, con referencia a los tratados internacionales, recordando la exigencia del art. 10.2 en orden a la necesaria interpretación de los derechos reconocidos en el texto constitucional “(...) *conforme, se dice expresamente, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias*”.

Entre los más relevantes, tras la referencia al art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el derecho “*de todo trabajador a una protección en caso de despido justificado*”, se remite a la CSE, en concreto a sus arts. 24 y 4.4. Me limito al segundo de ellos, puesto que el primero pertenece a la versión del Tratado revisada, que no está ratificada por España y que podría ser fácilmente cuestionada. En él recuerda que su adopción conlleva la obligación por las Partes firmantes a reconocer el derecho “*de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo*”, complementándolo con la interpretación realizada por unanimidad, al aprobar una legislación con un período de prueba en los mismos términos, por el CEDS en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012, en cuanto a que el concepto de período de prueba “(...) *no debería ser tan amplio y su duración tan prolongada (a fin de evitar) que las garantías relativas a la notificación y el pago de una indemnización por despido se convirtieran en ineficaces*”, refrendada por el Comité de Ministros.

En opinión de los magistrados un período de prueba de un año no supera el canon de proporcionalidad necesario y debe ser declarado inconstitucionalidad, puesto que no atiende a su finalidad primera y esencial, que es la de permitir al empresario desistir del contrato de trabajo sin necesidad de alegar justa causa ni de abonar resarcimiento económico alguno en el supuesto de que el trabajador no haya superado satisfactoriamente la prueba.

En consecuencia, “(...) es una institución pensada y diseñada sobre todo para que el empresario pueda realizar una óptima elección del trabajador en el ejercicio de su libertad de contratación”; su ordenación jurídica no permite “(...) excesos legislativos, no resultando admisibles aquellas regulaciones que no respondan a su función o que no respeten el principio de proporcionalidad entre el derecho que se pretende facilitar, la libertad de empresa (art. 38 CE), y el derecho que se sacrifica, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE)”.

Teniendo clara esa finalidad, se abordan de forma detenida sus funciones, distinguiendo entre las manifiestas o típicas y las latentes, de lo que son las disfunciones. En cuanto a las primeras, se distingue entre la principal y la secundaria, que comprenden permitir al empresario la verificación de las aptitudes, habilidades y capacitaciones del trabajador a través de la experimentación de la relación de trabajo, y la oportunidad de complementar durante ese período determinadas actividades formativas del trabajador así como la que se pone a disposición de ambas partes de ir definiendo el contenido de la relación laboral.

Por lo que se refiere a las segundas, fundamentalmente son la eliminación de contratos defectuosos y la agilización de la contratación laboral. Por ello, son utilizaciones desviadas del mismo el control político y personal de los trabajadores de nuevo ingreso, el fraude a la prohibición del despido *ad nutum* y la elusión de la causalidad en los contratos de trabajo temporal.

Con todos estos argumentos, el límite temporal es decisivo, y aplicados a la institución que se impugna, se ha de concluir que su duración no es razonable pues “(...) no logra superar el más benevolente test de constitucionalidad (...)”, señalando respecto de los argumentos establecidos en la sentencia que justifican la constitucionalidad del período de prueba de un año que “(...) una inteligencia meramente gramatical (...) manifiesta inadecuación”, por lo siguiente:

a) El carácter coyuntural de la medida no constituye en modo alguno un parámetro de constitucionalidad.

b) La vinculación a la necesidad de cumplir con el mandato de llevar a cabo una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) “(...) carece de la menor consistencia constitucional y legal”. La primera se pone de manifiesto resultando paradójico “(...) animar a la contratación mediante el fácil expediente, que es precisamente lo que persigue la extensión a un año de la duración del período de prueba de facilitar la extinción de los contratos” y, sorprendente, “(...) que en una economía social de mercado las políticas de creación de empleo deban tener que articularse, de manera mecánica, a través de medidas restrictivas (...)”.

Y la segunda, en la mezcla de realidades que realiza el legislador, pues la creación de empleo estable es una finalidad que puede cumplir el contrato pero no su período de prueba, poniendo en tela de juicio este aspecto los datos estadísticos, que han demostrado que este contrato no ha supuesto más de un 0.8% del total de la contratación, añadiendo, además, que la regulación actual en modo alguno supone la creación de empleo, de manera que se puede concertar para puestos de trabajo

ya existentes, debiendo haber exigido que sólo pudiera perfeccionarse para puestos de nueva creación.

Similar crítica se realiza al argumento de que la medida tiene como objetivo reducir la tasa de paro, puesto que su admisión lleva a reconocer al legislador “(...) *un pasaporte para paralizar, bloquear y, en última instancia, invalidar el ejercicio de la mayor parte de los derechos laborales constitucionales de matriz individual*”.

En conclusión, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 debería haberse declarado inconstitucional ya que “*lejos de conciliar los intereses de las partes de la nueva modalidad de contrato de trabajo (...) restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE*”, privando al trabajador de sus derechos laborales individuales –la garantía de no ver su contrato extinguido sin justa causa- al atribuir al empresario el beneficio, estrictamente económico, de ahorrarse la indemnización que pudiera corresponder al trabajador despedido una vez superado el período de prueba conforme a las reglas del régimen común.

5. Reflexiones finales.

El estudio que se ha realizado ha mostrado la importancia que ha adquirido la CSE en España como consecuencia de que algunos órganos jurisdiccionales están procediendo, como fundamentación del fallo, a aplicar directamente ese Tratado y la jurisprudencia del órgano que lo interpreta, en contra de la normativa nacional que lo vulnera, siendo una situación que carece de precedentes y que, atendiendo a los pronunciamientos que ya se han emitido, supone el inicio de un camino que pasa por su imprescindible conocimiento por todos los operadores jurídicos como instrumento que garantiza los derechos sociales.

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional no se debe pensar que la legitimidad, y consiguiente admisibilidad, del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores se ha de dar por resuelta y finalizada pues se trata de un pronunciamiento del que se seguirá escribiendo por dos motivos.

El primero porque los órganos jurisdiccionales que tienen pendientes resoluciones sobre el mismo deberían resolver siguiendo la línea de las tres sentencias de primera instancia analizadas anteriormente que, por invocación del control de convencionalidad, han inaplicado la normativa que lo regula por vulneración de la CSE mostrando con ello “*no un acto de rebeldía sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España*”³².

Y el segundo porque la Ley 3/2012, que contiene la regulación del contrato de apoyo a emprendedores, incluido el polémico período de prueba, está siendo objeto de examen en estos momentos por el CEDS, a través del procedimiento de Informes, en cuanto a su compatibilidad con la CSE, dictándose a final de 2014 las

³² JIMENA QUESADA, L.: “La protección internacional de los derechos sociales y laborales. La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista de Derecho Social*, 2014, nº 65. Págs. 25 y 26.

Conclusiones. Dado que los sindicatos han presentado alegaciones, advirtiendo de la existencia de esta regulación, estimo que, por coherencia con la jurisprudencia manifestada en un supuesto idéntico, la Conclusión del CEDS será de no conformidad, manifestando que existe una violación del art. 4.4 de la CSE, exigiéndole a España que proceda a derogar o modificar la normativa señalada.

Con ello, se confirmará la valoración realizada por todas las sentencias que se han pronunciado declarando improcedentes las extinciones contractuales y el Voto particular de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, dejando en clara evidencia la criticable postura adoptada que éste ha adoptado.