



Roj: **ATSJ PV 2/2014 - ECLI: ES:TSJPV:2014:2A**

Id Cendoj: **48020340012014200001**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2014**

Nº de Recurso: **2018/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO SALA DE LO SOCIAL EAEko AUZITEGI NAGUSIA LAN-ARLOKO SALA

Barroeta Aldama 10-7ª Planta -C.P./PK: 48001 Tel.: 94-4016656

N.I.G. / IZO: 48.04.4-13/003739

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48.020.44.4-2013/0003739

RECURSO DE LA SALA Nº/ SALAKO ERREKURTSOAREN ZK. :2018/2013 TIPO DE PROCEDIMIENTO/ PROZEDURA-MOTA : Recurso de suplicación / Erregutze-errekurtsoa

Sobre / Gaia : Desp.extin.cont.Jzdo. Origen / Jatorriko epaitegia : Juzgado de lo Social nº 6 de Bilbao / Bilboko Lan-arloko 6zk.ko EpaitegiaAutos de Origen / Jatorriko autoak : Despidos / Iraizpenak 369/2013

RECURRENTE/S/ ALDERDI ERREKURTSOGILEA/K : Paloma ABOGADO/ ABOKATUA : BEGOÑA HERNANDEZ FERNANDEZ PROCURADOR/ PROKURADOREA : RECURRIDO/S/ ALDERDI ERREKURRITUA/K : KULTUR KLUB EUSKADI S.L.ABOGADO / ABOKATUA : PROCURADOR/ PROKURADOREA :

AUTO SOBRE CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD

ILTMOS. SRES.PRESIDENTA:

DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR (PONENTE) .

MAGISTRADOS:

DON FLORENTINO EGUARAS MENDIRIDON

DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA

En Bilbao, a veintiuno de enero de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Con fecha 9 de Abril de 2013 tuvo entrada, por turno de reparto, ante el Juzgado de lo Social nº 6 de los Bilbao, demanda formulada por DOÑA Paloma contra "KULTUR KLUB EUSKADI, S.L.", el cual, una vez admitida a trámite, citó a comparecencia a las partes, asistiendo las mismas; y abierto el acto de juicio por S.Sª. las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos; practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron por su orden sus conclusiones.

SEGUNDO.-En la Sentencia emitida por el mencionado juzgado, la relación de *Hechos Probados* obrante en la misma es *la siguiente* :

1º.-) "Dña. Paloma ha prestado servicios para KULTUR KLUB EUSKADI SL (KKE) como Directora de área de espacios escénicos, percibiendo un salario de 2200 euros/mes.



2º.-) Fue alta en KKE el 18-6-2012 de acuerdo con un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, en el que se incluyó una cláusula que remitía a un periodo de prueba de un año.

3º.-) El 13-2-2013 KKE comunica a la actora su cese con efectos referidos al 15-2-2013 y a consecuencia de la no superación del periodo de prueba. El tenor literal de la carta se da aquí por reproducida.

4º.-) La papeleta de conciliación se instaría el 26-11-2012, produciéndose el acto conciliatorio el 26-12-2012.

TERCERO.- La Parte Dispositiva de la citada Sentencia *dice* :

"Que, desestimando la demanda interpuesta por Dña. Paloma frente a "KULTUR KLUB EUSKADI, S.L." en procedimiento por despido 369/2012, absuelvo a la entidad demandada de cuanto se le pedía.

CUARTO.-Frente a dicha Resolución se interpuso por la demandante, DOÑA Paloma , Recurso de Suplicación (*para su posterior elevación a esta Sala a fin de resolver sobre el mismo*) que fue impugnado por la - *Mercantil demandada* -, "KULTUR KLUB EUSKADI, S.L.".

QUINTO.-Finalizado por dicho órgano unipersonal, el trámite previo del Recurso de Suplicación, los autos fueron elevados a esta Sala.

SEXTO.- En fecha de 4 de diciembre de 2013 la Sala dictó Providencia acordando oír a las partes y al Ministerio Fiscal en el plazo común e improrrogable de diez días, para que alegaran lo que a su derecho conviniera sobre la pertinencia de plantear cuestión de constitucionalidad y/o sobre el fondo de la misma, debido a las dudas que la Sala alberga sobre la constitucionalidad del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Las dudas sobre la constitucionalidad de la norma antedicha se concretaron, en la mencionada Providencia, en los siguientes extremos:

a) principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE);

b) prohibición de arbitrariedad en los poderes públicos dispuesta en el art. 9.3 CE ;

c) derecho al trabajo contemplado en el art. 35.1 CE , en cuanto a derecho a no ser despedido si no concurre justa causa para ello, en relación a la posibilidad de extinción por desistimiento empresarial dentro del período de prueba y la posible excesiva duración

de éste en el contrato de referencia; d) artículo 37.1 CE que recoge el derecho constitucional a la negociación colectiva

laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios. e) artículo 24.1 CE en cuanto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; SEPTIMO.-La demandante, Dña. Paloma , ha presentado sus

alegaciones en fecha de 30 de diciembre 2013, manifestando, en esencia, que el artículo

4.3 Ley 3/12, es anticonstitucional. OCTAVO.-El MINISTERIO FISCAL presentó el día 20 de diciembre de 2013 su informe, en el que entendió la pertinencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por las causas a), b), c), d) y e) reseñadas en la anterior Providencia.

NOVENO.- La empresa demandada no ha hecho alegaciones al respecto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.-La instancia ha dictado Sentencia desestimando la demanda que, en reclamación por despido, dirigió Dña. Paloma frente a la empresa KULTUR KLUB EUSKADI, S.L., absolviendo a la demandada de lo pretendido.

La cuestión que se debate en este recurso de suplicación es de carácter exclusivamente jurídico, a saber, si el período de prueba previsto en el artículo 4.3 Ley 3/12 contraviene o no la Ley, el orden público social y la Constitución. Argumenta la demandante que se trata de un período de prueba excesivamente largo y que encaja mal con el carácter indefinido del contrato y que conlleva el despido acausal, libre y barato durante el mismo. Asimismo, la parte demandante entiende en su recurso que esta norma contraviene normas de carácter internacional.

A la hora de resolver el recurso, la Sala aprecia dificultades, ya que la norma a aplicar en el caso - artículo 4.3 LEY 3/2012 - puede ser contraria a diversos preceptos constitucionales, como luego se verá. Ello hace que este Tribunal haya de plantearse la elevación de cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 163 CE .



Este precepto prevé que " *Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos* " .

Mandato constitucional que reproduce en términos similares el artículo 5.2 de la LOPJ y el artículo 35.1 LOTC .

En el caso presente, la instancia ha considerado que la extinción del contrato de trabajo de la demandante, suscrito el día 18 de junio de 2012, operada el día 13 de febrero de 2013, esto es, prácticamente ocho meses después de su inicio, mediante desistimiento empresarial en el período de prueba pactado de un año, queda amparada por la norma referida y, por ello, no constituye despido.

Se aprecia así la trascendencia y relevancia de la norma en cuestión para la resolución del caso, pues el Fallo depende exclusivamente del precepto de referencia. En efecto, si dicha norma se reputara inconstitucional y, en consecuencia, no aplicable al caso, la extinción del contrato de trabajo de Dña. Paloma no constituiría un mero acto de desistimiento empresarial vigente el período de prueba, sino un despido.

La configuración jurídica de esta nueva modalidad contractual es, en esencia, la siguiente: a) sometimiento a un período de prueba de un año de duración, situándose en este punto la única excepción en relación al régimen jurídico común del contrato de trabajo indefinido ordinario; b) previsión de nuevos incentivos fiscales para la empresa que utilice esta modalidad contractual; c) posibilidad, por vez primera, de que la persona trabajadora compatibilice, si así lo desea, su salario con una parte de la prestación contributiva por desempleo no consumida; d) previsión de bonificaciones de las cuotas empresariales de Seguridad Social similares en esencia, aunque mejoradas, a las que rigieron para el contrato de fomento de la contratación indefinida; e) provisionalidad de esta modalidad contractual, a tenor de la Disposición Transitoria Novena.dos, que prevé que este tipo de contratos podrá celebrarse " *hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento* " .

En este marco regulador novedoso, la norma cuya constitucionalidad resulta dudosa para esta Sala y que resulta decisiva para la resolución del litigio presente en esta fase de suplicación, es el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que dice así: " *Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: (...) 3. El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. No podrá establecerse un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación* " .

Esta regulación del período de prueba excede sobradamente de los seis meses que, con carácter máximo absoluto, se prevé en el artículo 14 ET se pacte en defecto de Convenio Colectivo. Dada la repercusión que, en orden a la extinción del contrato y a sus consecuencias, tiene la regulación del período de prueba, se trata de una norma cuyo análisis ha de ser extremadamente cuidadoso desde el punto de vista de los derechos de las personas trabajadoras. En efecto, esta regulación supone que durante el año de período de prueba, el contrato de trabajo podrá ser extinguido por desistimiento empresarial, por tanto, sin causa, sin derecho a indemnización alguna, lo que plantea serias dudas de adecuación de esta previsión al texto constitucional.

Centrando exactamente las dudas de constitucionalidad, diremos, como ya ha sido avanzado más arriba, que las mismas se contraen a la determinación de la duración del período de prueba en un año, apartándose así de la regla general del artículo 14 ET, así como la afirmación de que éste lo será así "en todo caso". Y ello en relación con la previsión del artículo 4. 1 de la propia Ley 3/12, que reserva esta modalidad contractual a las empresas que tengan menos de 50 trabajadores.

SEGUNDO.-LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE

IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 14 CE .

El primer inciso del artículo 4.1 de la Ley 3/2012 declara la finalidad del "Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores", señalando que se crea " *con objeto de facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial* " . Con dicho objetivo se permite a las " *empresas de menos de 50 trabajadores* " la contratación bajo esta modalidad contractual.

Sabido es ya que la característica fundamental de este contrato es la fijación del dicho período de prueba de un año, lo que altera en gran medida la regulación ordinaria contenida en el artículo 14 ET .



La regulación del período de prueba en los términos antedichos afecta, pues, a contratos que pueden celebrarse en empresas de menos de 50 trabajadores, lo que en nuestra opinión afecta directamente al principio de igualdad ante la ley del artículo 14 CE, ya que en la naturaleza de esta modalidad contractual no se acierta a adivinar qué especificidad puedan tener dichas empresas hasta el punto de establecer la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo de estas características.

No brinda la norma explicación acerca de diferencias sustanciales de situación de unas y otras empresas que permitiera entender suficientemente justificada esta diferencia de trato entre las personas que contraten indefinidamente con empresa de menos de 50 trabajadores y las que lo hagan en empresa de plantilla superior.

No se observa tampoco justificación acerca de la diferencia de trato respecto de las personas trabajadoras contratadas en la misma empresa para la realización de tareas similares mediante contrato indefinido ordinario.

Tampoco se aprecia diferenciación justificativa suficiente en relación quienes sean contratadas en la misma empresa de menos de 50 trabajadores o en empresa de plantilla superior mediante cualquiera de las restantes modalidades contractuales para que se establezca un período de prueba de semejante duración, cuando el artículo 14 ET no contempla un período de prueba superior a seis meses.

No se observa diferencia alguna en los servicios a prestar ni en las condiciones de su prestación, por lo que la fijación de un período de prueba de un año se configura como una diferencia carente de justificación lógica.

Ninguna justificación se adivina para establecer un período de prueba de un año en esta modalidad contractual, ya que este período viene caracterizado por su finalidad de realizar las partes del contrato las experiencias que constituyan el objeto de la prueba - artículo 14.1 ET -, sin que en este concreto supuesto varíe el contenido de la prestación de servicios ni ninguna otra condición de trabajo que justifique esa ampliación del período de prueba en orden a la que legalmente se ha configurado como su estricta finalidad. Es evidente que resulta de todo punto irrelevante a los efectos del objetivo del período de prueba el tamaño de la plantilla de la empresa contratante y la modalidad contractual a que se refiera, aunque esta Sala es consciente de la diferenciación que prevé el propio artículo 14.1 ET en relación al período de prueba máximo para quienes no sean técnicos titulados, en empresas de menos de veinticinco trabajadores, supuesto en el que se eleva a tres meses la duración del período de prueba, en tanto que, en defecto de pacto en Convenio, la regla general para estas personas trabajadoras es la de un período de prueba no superior a dos meses.

Asimismo, ha de subrayarse que este período de prueba de un año va a ser aplicado a todos los supuestos en que se contrate bajo esta modalidad, sin tenerse en cuenta el concreto puesto de trabajo o las tareas a realizar, o la titulación de la persona trabajadora, a diferencia de lo que ocurre con la regulación general contenida en el artículo 14 ET, que sí recoge todas estas peculiaridades y acomoda el período de prueba en su duración en función de las mismas, distinguiendo entre personas técnicas tituladas y quienes no tengan este carácter.

Entre las muchas Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional analizando el principio de igualdad y no discriminación, destacamos la STC 119/2002, de 20 de mayo, que recrea jurisprudencia anterior, en los siguientes términos: " (...) 3. ... El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.



En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3 ; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2 ; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4 ; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6 ; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3 ; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6 ; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2 ; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6 ; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2 ; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4 ; 117/1998, de 2 de junio , FJ 8, por todas).

Esto así, el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato (...)".

De ahí que se considere que el establecimiento de un período de prueba de un año con posibilidad de libre desistimiento empresarial y sin derecho a indemnización o resarcimiento alguno, en la modalidad contractual de referencia, contraría el principio de igualdad ante la Ley y de no discriminación del artículo 14 CE , al no constar ni adivinarse justificación lógica para el establecimiento de dicho prolongado período de prueba de un año ni su reserva a quienes resulten contratados por esta modalidad en empresas de menos de 50 trabajadores.

En definitiva, se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del artículo 14 CE .

TERCERO.-LA POSIBLE VULNERACIÓN DE LA INTERDICCIÓN DE

LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 9.3 CE .

El artículo 9.3 CE garantiza, entre otros principios, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En el caso que planteamos al Tribunal Constitucional, esta posible vulneración guarda íntima e inseparable relación con la vulneración del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación al que acabamos de referirnos en el apartado anterior.

La falta de elementos que justifiquen un período de prueba tan amplio supone que el legislador - también obligado por este principio constitucional - ha podido incurrir en la arbitrariedad prohibida. A ello debe añadirse que la institución del período de prueba y la libertad de desistimiento empresarial durante la vigencia del mismo no guardan relación alguna causa-efecto con el fomento del empleo.

El Tribunal Constitucional ha dictado un buen número de Sentencias analizando el alcance de esta interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por su cercanía en el tiempo y el interés de su argumentación, que recrea otras resoluciones anteriores, traemos a colación la STC 203/2013, de 5 de diciembre , en la que, a este respecto, se razonó como sigue: "(...) 4. *Tal y como hemos señalado en reiteradas ocasiones, aunque la Constitución no impide la existencia de leyes singulares, éstas no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa por lo que están sujetas a una serie de límites contenidos en la Constitución. Hemos recordado en la reciente STC 129/2013, de 4 de junio , FJ 4 que "[e]l principio de igualdad exige que la ley singular responda a una situación excepcional igualmente singular. 'Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la ley singular... debe responder a una situación excepcional igualmente singular'. En segundo lugar, 'la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediabiles por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular'. Finalmente no es posible condicionar o impedir por una ley singular el ejercicio de derechos fundamentales que son materia reservada a leyes generales (STC 166/1986, de 19 de diciembre , FJ 11)". Y concluimos por ello que "el canon de constitucionalidad que debe utilizar este Tribunal al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación" (STC 129/2013, de 4 de junio , FJ 4). Este es, en definitiva, el triple canon que habrá de superar cualquier ley singular para que pueda considerarse constitucional.*

5. Así, en primer lugar, la previsión por una ley singular de una regulación material distinta para un determinado supuesto de hecho, no sólo debe tener una justificación objetiva y razonable sino que, en atención al contenido de la norma, debe ser proporcionada a la situación excepcional que justifica la regulación singular: "Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular supuesto el más intenso de Ley diferenciadora debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta" [STC 166/1986, de 19 de diciembre , FJ 11 a)].

En aplicación de este primer límite habrá que analizar si la excepcionalidad del supuesto de hecho que regula la Ley impugnada tiene una justificación objetiva pues, de no ser así, ésta se habría creado arbitrariamente por el

legislador, para a continuación resolver si la ley impugnada contiene una regulación razonable y proporcionada para resolver esta situación excepcional: "según ello, la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas" [STC 166/1986, de 19 de diciembre , FJ 11 a)].

De acuerdo con lo hasta aquí razonado y dada la naturaleza de ley singular que ostenta la ley impugnada, habremos de comprobar si la excepcionalidad del supuesto de hecho contemplado tiene una justificación objetiva -en caso contrario la ley sería arbitraria- y si es así, si la utilización de la ley es una medida proporcionada a la excepcionalidad que ha justificado su aprobación.

6. Hemos señalado en relación a la arbitrariedad del legislador (art. 9.3 CE) que esta calificación exige una cierta prudencia y debe ejercerse de forma que no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas (STC 104/2000, de 13 de abril , FJ 8). Por ello, al examinar la Ley impugnada deberemos "verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (SSTC 116/1999, de 17 de junio, FJ 14 ; y 104/2000, de 13 de abril , FJ 8 y las citadas por ambas)". (SSTC 96/2002, de 25 de abril, FJ 6 , y 242/2004, de 16 de diciembre , FJ 7) (...)" .

Pues bien, entendemos que el apartado 3 del artículo 4 de la Ley 3/2012 , en relación con su apartado 1, constituye, como hemos dicho en nuestro fundamento anterior, un tratamiento desigual y discriminatorio de las personas contratadas bajo la modalidad contractual descrita, que no responde a ninguna justificación objetiva en orden a establecer el dicho período de prueba en la modalidad contractual referida.

De ahí que entendamos también que esta decisión del legislador incurre en la arbitrariedad prohibida constitucionalmente, por lo que se plantea cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 9.3 CE .

CUARTO.-LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL

TRABAJO DEL ARTÍCULO 35.1 CE .

Dicho ha sido ya que una de las características singulares del período de prueba es la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo durante su vigencia mediante desistimiento empresarial, institución esencialmente acausal y no motivada, bien que limitada en el sentido de no alcanzar a la producción de resultados inconstitucionales y de no poder hacerse valer por causas ajenas al propio trabajo en contra de un derecho fundamental como es el de la igualdad recogido en el art. 14 CE - SSTC 94/1984 , 166/1988 , 198/1996 - .

De otro lado, hemos de recordar que la jurisprudencia constitucional ha razonado que la dimensión individual del derecho al trabajo se plasma, entre otras manifestaciones,

en el " *derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe justa causa* ", tal como se ha referido en las SSTC 22/1981 y 192/2003 .

Ha de entenderse que esta exigencia de causalidad en los despidos no se agota en los supuestos estrictos de decisión empresarial de proceder al " *despido* " , sino que debe considerarse aplicable también a cualquier supuesto de extinción contractual por decisión unilateral del empleador. Y ello en la misma línea que se contempla en el Convenio nº 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo - ratificado por España el 26 de abril de 1985 -, cuyo artículo 4 garantiza el derecho de la persona trabajadora a no ser privada de su trabajo " *sin causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta,*

o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa ...".

Pues bien, resulta evidente que el período de prueba constituye una excepción legal al principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por decisión empresarial. Se trata, sin duda, de una excepción que tiene justificación y razón de ser en la configuración de su propia finalidad, a la que antes hemos hecho alusión, esto es, a la comprobación por el empresario de las aptitudes profesionales de la persona trabajadora al inicio de la relación laboral y, por qué no, también a la comprobación por quien presta servicios del grado de adecuación de los mismos y de sus condiciones a sus expectativas.

Regulación excepcional que no puede abstraerse de la necesidad de objetivación de la misma y de proporcionalidad y razonabilidad en relación con la finalidad de la misma. En este sentido, la doctrina constitucional ha admitido que pueda haber razones que justifiquen una extinción no causal del contrato de



trabajo que, en lo que ahora interesa, se ha plasmado en esa posibilidad de que, en la primera fase del contrato, en el llamado período de prueba, se pueda producir tal extinción por desistimiento empresarial

- STC 166/1988 -, entendiéndose dicho período de prueba como un tiempo cuya finalidad es la de conocer las aptitudes de la persona trabajadora.

Requisitos de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que no se aprecia concurren en la regulación analizada, dado que, como más arriba se ha dicho y se reitera ahora resumidamente: se prevé un período de un año, sin conexión con el puesto de trabajo o los servicios encomendados ni la titulación de la persona trabajadora; se prevé un muy largo período de prueba, que excede de manera relevante de la regulación general del artículo 14 CE, sin justificación razonable, lo que merma extremadamente la protección de la persona trabajadora en relación con la extinción de su contrato y su derecho constitucional al trabajo en su vertiente individual de estabilidad en el empleo en el marco de un contrato denominado indefinido. Contrato indefinido que, pese a su denominación, tiene un período de prueba de un año y viene, en consecuencia, sometido a la posibilidad de extinción acausal durante el mismo.

Por último, aunque conscientes de que invocamos jurisprudencia ordinaria y no constitucional, conviene recordar que también se ha razonado que la legítima finalidad del período de prueba desaparece o pierde su sentido si se fija un plazo excesivo para su duración - SSTs de 12 de noviembre de 2007, RCU 4341/2006, y de 20 de julio de 2011, RCU 152/2010 -.

Así, se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del artículo 35.1 CE en cuanto al derecho al trabajo.

QUINTO.-POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL ARTÍCULO 37.1 CE .

La norma discutida puede también vulnerar el derecho constitucional a la negociación colectiva contenido en el artículo 37.1 CE .

El artículo 14 CE remite, en primer lugar, a los Convenios Colectivos la previsión de la duración del período de prueba y, sólo en defecto de regulación convencional, prevé unos períodos máximos.

La regulación que ahora se analiza prevé que el período de prueba en esta modalidad contractual será de un año en todo caso. Nos hallamos, así, ante una regulación extraordinariamente rígida que cierra el paso a la negociación colectiva en esta materia para este supuesto, haciendo esta materia indisponible para los agentes sociales e impidiendo su adaptación y adecuación a las concretas circunstancias, particularidades y necesidades de los distintos sectores y empresas, a diferencia de la dicha regulación general.

Se impide, en definitiva, a la negociación colectiva y, por ende, a la libertad de las partes negociadoras, decidir, asumir compromisos y regular acerca de esta concreta materia, lo que puede estar contraviniendo el derecho constitucional referido. Materia que cae de lleno dentro del bloque de laboralidad al que se refiere la negociación colectiva en el derecho constitucional de referencia.

Por otra parte, ha de recordarse que el Convenio nº 154 OIT prevé que los Estados adopten medidas de fomento de la negociación colectiva, de modo que ésta sea posible para todos los empleados y todas las categorías de las ramas de actividad, así como que la negociación colectiva sea extendida a todas las materias relativas a las condiciones de trabajo y empleo.

En definitiva, se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del artículo 37.1 CE .

SEXTO.-LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA

JUDICIAL EFECTIVA DEL ARTÍCULO 24.1 CE .

Prevé el artículo 24.1 CE que " *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión* ".

La norma analizada prevé, como ya se ha reiterado sobradamente, un período de prueba de un año, durante el cual, a tenor del artículo 14.2 ET, cualquiera de las partes de la relación laboral podrá resolver el contrato. Claro está, sin derecho a indemnización o resarcimiento de ninguna clase.

El Tribunal Constitucional tiene razonado que " *la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (artículo 1 CE)* ", en STC 20/1994 . En dicha Resolución, se añadió que " *esa reacción frente a la decisión unilateral del empresario... es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto*



constitucional - en referencia al artículo 35.1 - y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el que garantiza la tutela judicial efectiva".

Por otra parte, la STC 103/1990, señaló a este respecto que "(...) en nuestro actual derecho positivo, existe una regla general mediante la cual a falta de una norma que expresamente disponga lo contrario, el cese en el empleo por voluntad del empresario sin justa causa lleva consigo, como mínimo, el abono de una indemnización, cualquiera que sea la naturaleza común o especial de relación laboral".

Finalmente, ha de recordarse también que el precitado Convenio nº 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo reconoce, en su artículo 9.1, la facultad de que un organismo externo pueda " examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada".

La regulación cuya constitucionalidad se pone en cuestión impide la discusión en sede judicial acerca de la justificación de la extinción del contrato en ese extraordinariamente prolongado período de tiempo de un año, dado que la persona trabajadora va a carecer de la capacidad de reacción frente a la decisión extintiva, al tratarse de un mero desistimiento empresarial en período de prueba, a salvo lo más arriba razonado en relación a la posible vulneración de derechos fundamentales.

En consecuencia, se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 24.1 CE en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva.

PARTE DISPOSITIVA

Esta Sala acuerda elevar cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional a fin de que por dicho Tribunal, previa admisión a trámite de esta cuestión y previa la tramitación procedente, resuelva acerca de los siguientes extremos:

- a) si la regulación contenida en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en relación con el apartado 1 del mismo artículo vulnera lo previsto en el artículo 14 CE en cuanto al principio de igualdad ante la Ley y no discriminación;
- b) si la regulación contenida en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en relación con el apartado 1 del mismo artículo vulnera lo previsto en el artículo 9.3 CE respecto a la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos;
- c) si la regulación contenida en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en relación con el apartado 1 del mismo artículo vulnera lo previsto en el artículo 35.1 CE en relación con el derecho al trabajo contemplado en el mismo;
- d) si la regulación contenida en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en relación con el apartado 1 del mismo artículo vulnera lo previsto en el artículo 37.1 CE que consagra el derecho a la negociación colectiva;
- e) si la regulación contenida en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en relación con el apartado 1 del mismo artículo vulnera lo previsto en el artículo 24.1 CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva.

Remítase al Tribunal Constitucional la presente Resolución junto con el Testimonio de los autos principales y las alegaciones realizadas por las partes y el Ministerio Fiscal.

Notifíquese este Auto a las partes, advirtiéndoles que contra el mismo no cabe Recurso alguno - artículo 186.4 LRJS -.

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a cumplimentar lo acordado. Doy fé.

VOTO PARTICULAR

que formula el Ilmo. Sr. Magistrado DON FLORENTINO EGUARAS MENDIRIDON en el Recurso de Suplicación 2018/2013, y en concreto al Auto dictado el 21 de Enero de 2014 sobre Cuestión de Inconstitucionalidad, el que en base al Artículo 260 L.O.P.J., se apoya en el siguiente Razonamiento Jurídico, que paso a exponer:

UNICO.- Conste ya desde ahora mi plena conformidad con todos y cada uno de los razonamientos que expresa el Auto del que me separo, pues entiendo que el mismo es ajustado plenamente a derecho y recoge plenamente todas las causas de posible inconstitucionalidad que contiene el contrato de trabajo por tiempo indefinido de



apoyo a los emprendedores, en relación a la extensión del período de prueba desde el contenido del Artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores a un año, en todo caso, según refiere el Artículo 4 del R.D. 3/2012, de 10 de Febrero de Medidas Urgentes para la reforma laboral.

Mi disconformidad no se sustenta en el desacuerdo con la cuestión que se plantea y sus fundamentos, sino porque entiendo que no era necesaria su sustanciación puesto 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 primer año. Me baso para ello en una jurisprudencia permanente que señala que los tribunales nacionales pueden aplicar directamente la normativa comunitaria cuando la misma de manera manifiesta acredita una contradicción con la normativa interna (*T.J.C.E. 8 de Septiembre de 2011, C-177/10, entre las muchas existentes*). Con esta prerrogativa y posibilidad entiendo que no es necesario el que se sustancie la cuestión de inconstitucionalidad porque directamente esta Sala podía tener por no puesta la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en base a no superar el período de prueba. En primer término dentro del derecho comunitario siempre tienen aplicación los convenios de la O.I.T., y el convenio 158 relativo a la terminación de la relación de trabajo establece claramente dos cuestiones: por un lado, que conforme a su Artículo 4 no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio; y, segundo, que se deberán garantizar las medidas frente a los contratos de trabajo de duración determinada, cuyo objetivo sea eludir la protección del convenio. A ello aúno el que la Carta Social Europea establece que todos los trabajadores tienen derecho a la protección en caso de despido, y que se reconoce el derecho a un trabajo estable existiendo una clara restricción en orden al trato desigual de los trabajadores temporales con los fijos (*Directiva 1999/70, relativa a los trabajos de duración determinada*).

Me apoyo en esta normativa para entender que difícilmente puede existir un trato que determine la consecuencia que ha pretendido el legislador nacional: en realidad bajo el amparo de una normativa de trabajador indefinido se consagra una cláusula que limita no sólo temporalmente el trabajo, sino que otorga peor calidad a este tipo de contrato que a cualquier otro que sea tanto temporal como fijo. Es decir, se produce la gran paradoja de que un contrato indefinido resulta con un trato peyorativo tanto respecto al resto de contratos indefinidos como a los contratos temporales, pues recoge un arco temporal de auténtico arcano, misterio, indefinición y nebulosa respecto a la situación del trabajador, al que se introduce en una senda de indefensión y desprotección. Por un lado, se evidencia su clara indefensión en que en contra del derecho a la acción y al denominado principio de efectividad, queda el trabajador sin ninguna posible reclamación frente a su cese, pues entiende que el período de prueba no es controlable salvo en aquéllos casos en los cuales exista una vulneración de un derecho fundamental o básico; y, de otro lado, el extenso tiempo en el cual puede ser ejercitado el período de prueba contraría el equilibrio que respecto a otros contratos existe, vulnerándose la condición no sólo de estabilidad, sino de igualdad en el trato. Así observemos que si la regla general de la contratación dentro de la normativa comunitaria es el contrato indefinido (*TJCE 23 de Abril de 2009, C-378 A 380/07, y TJUE 26 de Enero de 2012, C-586/10*), observaremos que la fijación de un período de un año en términos genéricos y objetivos, supone no sólo una quiebra de la igualdad con otro tipo de contratos indefinidos, sino con los mismos contratos temporales, pues en realidad se está creando una contratación de naturaleza absolutamente temporal, en la que ni tan siquiera existe un control de tal circunstancia, tanto en su formalidad como en su contenido material, quedando al libre arbitrio de una de las partes contratantes la posible resolución y extinción del vínculo nacido. Si uno de los principios básicos que recoge la normativa comunitaria, entre otras la directiva 1999/70 a la que he aludido es, precisamente, la estabilidad en el empleo, difícilmente puede por una norma que se encuadra dentro de la normalidad jurídica, quebrarse este principio vulnerando aquélla estabilidad (*estabilidad permanentemente reivindicada por el Alto Tribunal, TJCE 10 de Marzo de 2011, C-109/2009*). En efecto, si es misión de la normativa comunitaria evitar cualquier tipo de abuso del derecho en este caso el abuso se está produciendo, y se produce tanto desde esa perspectiva de igualdad como de la duración del contrato, pues a mi entender se está ofertando un trato absolutamente desigual, pero que incide en una denominación y una estructura que realmente está consagrando una temporalidad, la que mediante un mecanismo puramente historicista y cronológico quiere solventar todas las limitaciones que para la contratación temporal se establecen, y que lógicamente no pueden ser admisibles dentro de la protección que el trabajador a tiempo no indefinido mantiene.

La tutela judicial efectiva es un derecho proclamado desde la vertiente de la existencia del propio hombre (*T.E.D.H. 4 de Mayo de 2006, 28.340/02*), y dentro de la normativa comunitaria también se consagra este derecho (*TJCE 16 de Julio de 2009, C-12/08*), señalándose que la tutela judicial efectiva constituye un derecho comunitario y si aceptásemos la aplicación de la normativa que se cuestiona encontraríamos que el trabajador no tiene posibilidad de llevar a cabo una pretensión reclamatoria, pues siempre se le dirá que en el período de prueba el empleador puede desistir del contrato, lo que en realidad deja sin contenido efectivo la posibilidad del



ejercicio de la acción, suprimiéndose ese derecho a la tutela tantas veces consagrado (*TJCE 22 de Diciembre de 2010, C 444 y 456/09*). Desde esta perspectiva, y lo relaciono con el comienzo de mi fundamentación, no existe posibilidad dentro de nuestro ordenamiento de que se constituyan lugares de vacío, sin control jurisdiccional pues ello supone tanto como mantener la irracionalidad de las relaciones, en cuanto que el derecho es la manifestación, precisamente, de la razón, y la articulación de un mecanismo de resolución de conflictos. Desde aquí el que nuevamente relacione el principio de igualdad, principio que en modo alguno puede conducir a situaciones de discriminación, admitiéndose, exclusivamente, que la misma pueda existir cuando existan fundadas causas objetivas (*TJCE 26 de Mayo de 2005, C-301/02*) . La igualdad es un principio también comunitario (*TJCE 10 de Mayo de 2011, C-147/2008* y *18 de Noviembre de 2010, C-356/09*) . Se produce una clara discriminación del trabajador que está sometido al contrato de emprendedores, y ello porque el resto del colectivo de trabajadores indefinidos o temporales no queda grabado con una cláusula extintiva como la que examinamos, sufriendo un trato peyorativo el trabajador que le hace, sin causa razonada, justificativa y objetiva ser de peor condición, e incluso diferenciando entre diversas empresas, de tal manera que el contrato que se examina en el caso concreto lleva consigo el que una empresa con cincuenta y un trabajadores no pueda realizarlo, mientras que en el umbral inferior es posible; ello implica que en igualdad de situaciones, el demandante se encuentra discriminado con los contratados indefinidos de empresas que superen ese umbral numérico, con los contratados temporales que pudiesen existir, o con el resto de contratados indefinidos de la misma empresa que no hubiesen quedado sometidos a este tipo de contratación. La igualdad debe ser proclamada en toda su entidad, extensión y contenido, de tal manera que la introducción de situaciones sin justificar (*y la norma no justifica en absoluto esta contratación con ese período de igualdad*) , implica el que se produzca una conculcación de ese derecho básico y fundamental de la Unión Europea, y en tal sentido nos basta la lectura de la carta de los derechos fundamentales de la Unión para comprender que el Artículo 20 nos regula la igualdad y el Artículo 21 la no discriminación, derechos a los que fácilmente podemos añadir el derecho a la protección en caso de despido injustificado, Artículo 30, así como el de que todo trabajador tiene derecho a la tutela judicial efectiva del Artículo 47 de la misma carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, quedando obligados a que el nivel de protección que ésta ofrece pueda ser limitada en modo alguno por cualquier derecho.

Conforme indicaba al inicio del presente razonamiento, y siempre a mi entender, el Tribunal tenía facultades suficientes para aplicar la normativa comunitaria de forma directa, y por tanto evitar la sustanciación de la cuestión que plantea el Auto del que discrepo.

Así, por este mi Voto Particular, lo pronuncio, mando y firmo.