



Roj: **STSJ CAT 6721/2015 - ECLI: ES:TSJCAT:2015:6721**

Id Cendoj: **08019340012015104122**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2015**

Nº de Recurso: **134/2015**

Nº de Resolución: **4090/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL SANCHEZ BURRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08187 - 44 - 4 - 2013 - 8039004**

RM

**Recurso de Suplicación: 134/2015**

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMO. SR. IGNACIO M<sup>a</sup> PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGRO

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY

ILMA. SRA. M<sup>a</sup> DEL MAR GAN BUSTO

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

ILMA. SRA. ASCENSIÓN SOLÉ PUIG

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS

ILMO. SR. FELIX V. AZÓN VILAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA



ILMA. SRA. M<sup>a</sup> MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA

ILMA. SRA. JUANA VERA MARTÍNEZ

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

ILMO. SR. ENRIQUE JIMENEZ ASENJO GOMEZ

En Barcelona a 22 de junio de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

#### EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

#### **SENTENCIA núm. 4090/2015**

En el recurso de suplicación interpuesto por Sara frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Sabadell de fecha 26 de septiembre de 2014 dictada en el procedimiento Demandas nº 698/2013 y siendo recurrida Endermar, S.L. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ BURRIEL.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 26 de septiembre de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

"DESESTIMO la demanda promovida por DOÑA Sara contra ENDERMAR, S.L., DECLARO válida la extinción del contrato de trabajo de autos, con fecha de efectos de 5/07/2013, y ABSUELVO a la parte demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra por la parte actora."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.** En fecha 27/08/2012, las partes formalizaron un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, a tiempo completo. En la cláusula segunda del contrato se dice que la duración será indefinida, iniciándose la relación laboral el 27/08/2012 y se establece un período de prueba de un año en todo caso.

**SEGUNDO.** En virtud del referido contrato la trabajadora ha venido prestando servicios como oficial administrativa (grupo IV) y ha venido percibiendo la suma de 1.600'00 euros, incluida la parte proporcional de pagas extras.

**TERCERO.** En fecha 5/07/2013, la empresa notificó a la trabajadora un escrito del siguiente tenor literal: " *de acuerdo con la cláusula segunda del contrato de trabajo que nos vincula, desistimos con efectos de hoy de la relación laboral concertada, al entender que no ha superado el período de prueba* ".

**CUARTO.** Es de aplicación el Conveni col·lectiu de treball per al sector del lleure educatiu i sociocultural de Catalunya per als anys 2008-2010, publicado en el DO. Generalitat de Catalunya de 20 de febrero de 2009, que establece en su artículo 25 que e período de prueba habrá de formalizarse por escrito y no puede exceder de un mes para los grupos 3, 4 y 5.

**QUINTO.** ENDERMAR, S.L. es titular de dos cuentas de cotización: la cuenta NUM000 declara como CNAE el 5610 (Restaurantes y puesto de comidas) y la cuenta NUM001 declara como CNAE el 8559 (Otra educación n.o.c.p.)

**SEXTO.** Según informe de vida laboral, a fecha 27/08/2012, la cuenta NUM000 contaba con 23 trabajadores en alta y la cuenta NUM001 , con cuatro trabajadores, incluida la actora.

**SÉPTIMO.** DOÑA Sara presentó el 23 de julio de 2013 papeleta de conciliación por *acomiadament* ante el órgano correspondiente del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya y en fecha 18 de octubre de 2013 tuvo lugar el acto de conciliación ante el referido órgano, con el resultado de "SENSE AVINENÇA". "

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** Contra la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por Sara frente a la empresa ENDERMAR, S. L. en materia de despido, declarando válida la extinción del contrato de trabajo con fecha de efectos de 05.07.13 por no superación del período de prueba, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra, formula la parte actora recurso de suplicación que, debidamente amparado en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, articula en base a cuatro motivos destinados a revisar los hechos probados y examinar las normas sustantivas aplicadas, recurso que no ha sido impugnado de contrario.

**SEGUNDO.** - En trámite de revisión de los hechos declarados probados interesa la recurrente, en base a los documentos que designa, la modificación de los hechos probados cuarto y sexto para los que postula la siguiente redacción alternativa:

*"CUARTO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de Industria de Hostelería y Turismo de Cataluña, 2012-2013 (DOGC 6321/2013, de 22 de Febrero de 2013), que establece en su artículo 17 que el período de prueba habrá de suscribirse siempre por escrito y con sujeción a los límites de duración máxima previsto que no podrán exceder de 60 días para la categoría especial (grupo E) nivel 2" (Folio 28 reverso).*

*"SEXTO.- Según informe de vida laboral, a fecha 27/08/2012, a CCC NUM000 contaba con 23 trabajadores de alta y la CCC NUM001 con 4 trabajadores incluida la actora; en base a los TC2 de los meses de 07/2012 y 08/2012 se acredita que la empresa demandada contaba a finales del mes de julio/2012 con 55 trabajadores en alta y la CCC NUM001 con 9 trabajadores sin que la empresa haya acreditado que la plantilla media anual de la empresa sea inferior a 50 trabajadores". (Docs. obrantes a los folios 39 y 43 de autos).*

De conformidad a los criterios jurisprudenciales establecidos en orden a la revisión de los hechos declarados probados la modificación propuesta no se acoge. Por lo que hace al hecho probado cuarto la determinación del convenio colectivo aplicable constituye una valoración jurídica impropia de figurar en el relato fáctico pese a que se haga constar en el relato fáctico, al margen de que la concreción del período de prueba establecido en dicha regulación convencional carece de trascendencia a los efectos aquí debatidos según luego se verá. Respecto del añadido que se postula para el hecho probado sexto tampoco puede acogerse pues a tenor del documento obrante al folio 35 (informe de datos para la cotización) la empresa demandada, para el período 27.08.12 a 05.07.13, contaba con menos de 50 trabajadores

**TERCERO.** - En los motivos destinados a la censura jurídica de la sentencia denuncia la recurrente que el artículo 4.3 del Real Decreto Ley 3/12, contraviene lo dispuesto en el art. 4.4 de la Carta Social Europea de 1961 ratificada por España por instrumento de 29.04.80 y que, a su tenor, el período de prueba de un año establecido en el contrato de trabajo resulta excesivo y contrario a los principios establecidos en la misma, siendo así, además, que el artículo 17 del convenio colectivo de aplicación -Convenio Colectivo de Industria de Hostelería y Turismo de Cataluña, 2012-2013- ya establece un período de prueba de 60 días para apreciar si la persona contratada reúne las características adecuadas para el desempeño del puesto de trabajo para el que ha sido contratada. Finalmente, conforme al artículo 7 del Código Civil la extinción contractual acordada por la empresa, cuando faltan 52 días para el cumplimiento de los 365 establecidos como período de prueba, debe considerarse, asimismo, un abuso de derecho, por lo que la finalización de la relación laboral acordada debe ser declarada como improcedente.

En relación con el contrato de emprendedores regulado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 8/2015, de 22 de enero, sobre la base de los argumentos vertidos en la sentencia 119/2014, de 16 de julio (recurso del Parlamento de Navarra), desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, Grupo Parlamentario la Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)] respectivamente contra diversos artículos y, en particular, contra el art.4.3 de la citada Ley 3/2012.

Así, con referencia a dicho precepto legal cabe hacer mención, en apretada síntesis, de los criterios aducidos a fin de rechazar la alegada inconstitucionalidad de aquél, sin perjuicio de dar por reproducidos in extenso los argumentos que constan en las sentencias citadas del Tribunal Constitucional y que podemos resumir en lo que aquí afecta, previo reconocimiento por el Tribunal de la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia laboral ex artículo 194.1.7º de la Constitución Española, en los siguiente extremos: a) respecto del art. 35.1 CE la medida controvertida tiene como finalidad incentivar la contratación indefinida, siendo una medida excepcional en la situación de crisis económica, tiene un alcance limitado y se trata de una medida integrada en un contrato en el que los beneficios que reporta al empleador (deducciones fiscales y bonificaciones en las cuotas empresariales de la seguridad social) se condicionan a la estabilidad en el empleo del trabajador, atemperándose dicha medida [es decir, el período de prueba de mayor duración] con otras, como son la eventual compatibilización del salario con la prestación de desempleo o el mantenimiento



del derecho a su percepción a la finalización así como que, a la superación del mayor período de prueba, se le anuda el carácter indefinido de la relación laboral; b) por lo que hace a la denunciada vulneración del art. 37.1 CE, la configuración legal como norma de derecho necesario absoluto de la duración del período de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador", razón por la cual, la decisión legislativa impugnada contribuye "a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico; c) en relación con la infracción del art. 24.1 CE, el Tribunal la rechaza sobre la base de que las decisiones empresariales de desistimiento adoptadas al amparo del citado art. 4.3 son revisables antes los jueces y tribunales cuando no se ajusten al régimen jurídico establecido en la Ley o se hayan adoptado por motivos discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales del trabajador, siempre teniendo presente que el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial o una indemnización derivada del mismo, al ser exigencias que la norma sustantiva no contempla en la configuración del período de prueba, d) finalmente, respecto de la vulneración denunciada del art. 14 CE, en tanto que al no reconocer indemnización a los trabajadores en caso de desistimiento empresarial durante el período de prueba, se estaría dispensando una diferencia de trato injustificada a los trabajadores indefinidos con período de prueba con relación a los trabajadores contratados temporalmente, quienes, por regla general, sí tienen derecho a ella, la no atribución de indemnización al trabajador por el desistimiento empresarial no supone una diferencia de trato contraria al art. 14 CE, sino que es una consecuencia intrínseca de la propia institución del período de prueba común a todos los contratos de trabajo. Debe desestimarse, por tanto, también este último motivo de impugnación del art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

En esta sentencia 8/2015 del Tribunal Constitucional (RTC/2015/8) -tanto en lo que se refiere a los fundamentos de derecho de la misma como a los razonamientos vertidos en el voto particular- ninguna referencia se hace a los tratados internacionales ni a la Carta Social Europea pese a que ésta sí consta aludida en los argumentos vertidos en el voto particular a la sentencia 119/2014, de 16 de julio, relativa al recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra, mientras que sí se analiza el art. 4.3 de la Ley 3/2012 con relación a la previsión contenida en el art. 2.2 del Convenio 158 de la OIT, teniendo a la vista el Informe emitido por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en la 321.ª reunión celebrada en Ginebra, de fecha 13.06.14, a raíz de la comunicación efectuada en fecha 10.05.12 por los sindicatos CCOO y UGT que, invocando el artículo 24 de la Constitución de la OIT, presentaban una reclamación en la que se alegaba el incumplimiento por parte del Gobierno de España del Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, siendo así que como consta en el artículo 96 CE los *"tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional"*, por lo que la nula referencia a la Carta Social Europea en los fundamentos de derecho de las sentencias del Tribunal Constitucional evidencian que el Tribunal Constitucional no se siente concernido por ella, y ello, habiendo debido de tener presente en la deliberación de las sentencias antes citadas la reiterada doctrina del propio Tribunal expuesta, entre otras, en la sentencia nº 145/2012 (RTC 2012/145) con relación a la supremacía del derecho comunitario en la que se afirma lo siguiente: "(...) **En tercer lugar, y como consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión** (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010 [JUR 2011, 427596], asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010 [TJCE 2010, 287], asunto *Elchinov*, C-173/09, apartado 31). **Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea** [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008 [TJCE 2008, 312], asunto *Michaniki* (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)]. Esta facultad de inaplicación se ha extendido también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores (véanse las Sentencias de 22 de junio de 1989 [TJCE 1989, 149], asunto *Costanzo*, 103/88, Rec. p. 1839, apartados 30 a 33; y de 9 de septiembre de 2003 [TJCE 2003, 245], asunto *CIF*, C-198/01, Rec. p. I-8055, apartado 50)".

Señalar, asimismo, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 05.02.15 que tiene por objeto decidir acerca de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, con relación a los artículos 2.2, letra b) y 4 del Convenio nº 158, sobre la terminación de la relación de trabajo,





adoptado el 22.06.82, por la Organización Internacional del trabajo y artículo 4.4 de la Carta Social Europea de 18.10.61, el Tribunal de Justicia se declara no competente, en virtud del artículo 267 del Tratado de la Unión, para pronunciarse en materia de interpretación de normas de derecho internacional que vinculan a los estados miembros pero que están excluidas de la esfera del derecho de la Unión.

Por último, conviene poner de manifiesto que por esta Sala se han dictado las sentencias de fecha 02.12.14 (rollo de suplicación nº 5253/14 [ AS 2015/344 ]) y 24.04.15 (rollo de suplicación nº 5035/13 ) y 10.03.15 (rollo de suplicación nº 7353/14 ) que, frente a supuestos similares al que aquí se examina, declaran la procedencia de la extinción contractual acordada por la empresa antes del término de un año del período de prueba establecido en el contrato de emprendedores regulado de manera definitiva en la Ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En igual sentido se han dictado, hasta la fecha, las sentencias del TSJ de Canarias de 31.07.14 (rollos de suplicación nº 979/2013 y 110/14 [JUR 2014/272620 y JUR 2014/272788 1376/14 respectivamente) y TSJ de Castilla y León de 22.04.15 (rollo de suplicación 164/15 [JUR 2015/127923]).

**CUARTO.-** Sentado cuanto antecede, la cuestión litigiosa, como dejamos dicho más arriba, consiste en determinar la validez de la cláusula del contrato de emprendedores relativa a la duración del período de prueba de un año ex artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de Julio, a la luz del artículo 4.4 de la Carta Social Europea que la recurrente invoca como infringido por la sentencia de instancia.

El artículo 4.4 de la Carta Social Europea en lo que aquí interesa establece lo siguiente:

*"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes contratantes se comprometen:*

(...)

*4.- A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo".*

En síntesis, la Carta Social Europea (en adelante CSE), como Tratado del Consejo de Europa fue adoptada en 1961 y ratificada por España el 29.04.80 (BOE de 26 de junio y 11 de Agosto), habiéndose añadido a la misma tres Protocolos en 1998, 1991 y 1995, ratificados por España los dos primeros el 24.01.00, pero no así el tercero de 1995 que establece el procedimiento de reclamaciones colectivas que permitiría a sindicatos, entidades sociales u organizaciones patronales demandar al Estado Español si las leyes dictadas o políticas públicas fueran contrarias a la CSE. En 1996 se da lugar a la Carta Social Europea revisada que España no ha ratificado. Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales controla la conformidad de la actuación de los Estados conforme a los compromisos adquiridos en el momento de la ratificación de la Carta mediante dos procedimientos: a) la emisión de Conclusiones mediante el análisis de los informes que presentan los Gobiernos y b) el dictado de Decisiones de fondo en un procedimiento cuasi-jurisdiccional, con un importante componente político (la resolución definitiva la toma el Consejo de Ministros del Consejo de Europa), ante el planteamiento de reclamaciones colectivas.

En relación con dicho artículo, el Comité Europeo de Derechos Sociales en sus Conclusiones XX-3 (2014), emitidas en Enero/2015 sobre el informe presentado por España relativas al grado de cumplimiento de los derechos laborales de la Carta Social Europea durante el período 2009-2012, inclusive la reforma laboral operada en España en el año 2012, se pronuncia en el sentido de que la falta de preaviso y la ausencia de indemnización no previstos en el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores ex artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no es conforme a lo establecido en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea. A su vez, en dichas Conclusiones se solicita al Estado Español que en el próximo informe indique el plazo de preaviso o/y la indemnización aplicable a la extinción del contrato durante el período de prueba establecido en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores , reservándose en el intervalo su posición sobre dicho punto.

Pues bien, a la vista de lo anterior la Sala entiende que no resulta de aplicación al caso el artículo 4.4 de la CSE y, por lo tanto, el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no contraviene dicho precepto y ello, por las siguientes razones. En primer lugar, la dificultad de aplicar directamente la CSE resulta de la propia técnica jurídica utilizada en términos generales, pues de su redacción, en lo que a la Parte II de la misma se refiere (la Parte I de la CSE es claramente programática) y en la que se enmarca el tan citado artículo 4.4 (recuérdese el rótulo del reseñado más arriba artículo 4 de la CSE), se desprenden claramente compromisos y obligaciones internacionales que los Estados quieren (no deben) asumir y una vez asumidas se imponen una serie de medidas internas para hacer efectivos dichos compromisos, es decir, la CSE no establece reglas de derecho que daban aplicarse a los particulares, sino que sólo obliga a los Estados a legislar en un determinado sentido. En segundo lugar, se establece en Anexo a la propia CSE (Parte III) que *"se entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente a la supervisión establecida en la Parte IV"*, es



decir, las disposiciones de la Carta, en principio, no constituyen sino obligaciones internacionales, las cuales, dado su formulación genérica, requieren la adopción de medidas nacionales para la aplicación de la Carta en el derecho interno a fin de ser invocadas por los particulares [imposibilidad de self-executing].

Y si la CSE no puede ser invocada a efectos de su aplicación directa, menos lo son las Conclusiones emitidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales. A tal efecto y con relación a la cuestión debatida en autos conviene recordar que en las Conclusiones XIX-3 (2010), emitidas por dicho Comité respecto del informe presentado por España en fecha 02.11.09 y relativas a los artículos 2, 4, 5 y 6 de la Carta y artículos 2 y 3 del Protocolo adicional de 1988, se afirmaba ya que la situación de España no era conforme al artículo 4.4 de la Carta por el motivo de que "en los contratos temporales de duración de menos de un año, el contrato se extingue sin preaviso alguno y en los contratos temporales de duración superior al año el plazo de preaviso es de 15 días", sin que conste que durante todo este período hasta la fecha se hayan invocado los preceptos de la Carta por los tribunales de justicia españoles a fin de declarar la nulidad de los contratos temporales por incumplimiento del plazo de preaviso o insuficiencia del mismo.

Conviene añadir, para una mejor comprensión de la cuestión que se analiza y como ha puesto de manifiesto la doctrina, que en las Conclusiones XX-3 (2014), emitidas en Enero/2015 más arriba citadas, el Comité no emite pronunciamiento alguno sobre la duración de un año del período de prueba establecido en el contrato de apoyo de emprendedores por la Ley 3/2012, ni el carácter inamovible del mismo, ni el hecho de constituir una incorporación encubierta de una modalidad de contratación temporal a-causal carente de indemnización [el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no vulnera el artículo 15 del ET pues constituye una excepción al régimen de contratos establecidos en éste último precepto]. Es decir, para el Comité, España incumpliría la CSE por su regulación del período de prueba [del contrato de emprendedores] en tanto en cuanto en este período no está establecido legalmente el derecho al preaviso, pues en efecto, lo que las Partes contratantes de la CSE se comprometen según se dispone en su artículo 4.4 es *"a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del contrato de trabajo"*.

**QUINTO.** - Ahora bien, no obstante cuanto hemos dicho respecto de la aplicación de la CSE, la interpretación que, en su caso, correspondería derivar del artículo 4.4 de la CSE a la luz de las Conclusiones emitidas por el Comité Europeo de derechos Sociales, para el supuesto que entendiéramos directamente aplicable como norma de derecho interno ex artículo 96 de la Constitución Española, no habría de ser la declaración de nulidad del período de prueba estipulado en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 y la consecuente declaración de improcedencia del despido que solicita la recurrente por haber extinguido la empresa el contrato de trabajo, pues de una interpretación literal del precepto no resulta posible extraer dicha pretensión, a juicio de la Sala, de lo allí establecido. Si así fuera, la declaración de nulidad afectaría, como hemos apuntado más arriba, a las extinciones contractuales de todos los contratos temporales de duración inferior y superior al año [por un plazo de preaviso de 15 días insuficiente para el Comité Europeo de derechos Sociales] que es lo que a juicio de éste incumple el art. 4.4 de la CSE, de ahí que, en su caso, la consecuencia a extraer de la aplicación del precepto internacional fuera la de indemnizar al trabajador/a que viera rescindido su contrato al amparo del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 por el salario correspondiente al tiempo que se estimara debiera tener el plazo de preaviso en este tipo de contratos, pero ni ésta ha sido la pretensión de la recurrente ni el Tribunal puede establecer una indemnización tasada que no ha sido regulada por la ley.

Finalmente, la Sala recuerda que en anteriores sentencias ha hecho constar, con referencia al contrato que examinamos, que "el plazo de un año [del período de prueba] parece excesivo si con ello se pretende conocer y valorar la aptitud de las partes y aún lo es más si tenemos en cuenta que no se aplica en función de la dificultad o especialización técnica de la actividad, sino de manera lineal, introduciendo deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo y que tiene mucho que ver con el derecho a no ver extinguido su contrato sin justa causa" ( Sentencia de 06.06.13, rollo de suplicación 1868/13 ), y si bien se niega que las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, en su interpretación de los preceptos de la CSE, tengan carácter vinculante para los tribunales judiciales de este país, no es menos que podemos admitir que las mismas pueden servir de fundamento o inspirar las decisiones que pueda adoptar un órgano judicial con relación a los preceptos de aquélla fijando el sentido pretendido en su ambigua redacción (así ha sucedido en el supuesto de resoluciones dictadas por el TJUE), pero en el presente caso no parece que la cuestión deba resolverse en el sentido propugnado en las referidas Conclusiones por mor del principio de seguridad jurídica, si se tiene presente que el contrato de apoyo a los emprendedores [con inclusión de la cláusula cuestionada], ha sido declarado constitucionalmente válido, por lo que no podemos declarar la nulidad de dicha cláusula cuando el contrato de trabajo suscrito entre empresa y trabajador se ha firmado cumpliendo la legislación vigente sin que dicho contrato haya sido denunciado por fraude de ley en el caso que ahora examinamos.



Por todo cuanto se ha razonado y expuesto procede desestimar el recurso de la recurrente y confirmar la sentencia de instancia.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la actora Sara contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Sabadell, de fecha 26 de Septiembre de 2.014 , dictada en los autos núm. 698/13, en materia de despido, seguidos a instancia de la actora, ahora recurrente, contra la empresa ENDERMAR, S. L., y, en consecuencia, confirmamos íntegramente dicha resolución. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### VOTO PARTICULAR.-

a la sentencia dictada en autos **134/2015**, que emite el Magistrado D. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH; al que se adhieren los Magistrados/as, Ilmos Sres/as : MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ, FELIX V. AZÓN VILAS, AMADOR GARCÍA ROS, MATILDE ARAGÓ GASSIOT, M<sup>a</sup> MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA, FELIPE SOLER FERRER y ASCENSIÓN SOLÉ PUIG

Haciendo uso de la facultad conferida por el art.260.2 de la LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en los autos **134/2015**, por discrepar, con la mayor consideración y respeto, de la opinión de la mayoría de la



Sala, y del criterio adoptado por ésta y entender que debió estimarse el recurso presentado por por D<sup>a</sup> Sara frente a la sentencia del Jutjat núm. 2 de Sabadell nº 237/14.

### 1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La cuestión que se plantea en el recurso consiste en resolver si el art. 4.3 de la Ley 3/12 de 6 de julio puede o no ser inaplicable por los Jueces españoles al contravenir el art.4.4 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961.

La opinión mayoritaria de la Sala considera que no resulta de aplicación al caso el artículo 4.4 de la CSE y, por lo tanto, el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no contraviene dicho precepto , y ello, en síntesis, por las siguientes razones:

1) Por la dificultad de aplicar directamente la CSE, que resulta de la propia técnica jurídica utilizada en términos generales, pues del artículo 4.4 se desprenden claramente compromisos y obligaciones internacionales que los Estados quieren (no deben) asumir y una vez asumidas, se imponen una serie de medidas internas para hacer efectivos dichos compromisos, es decir, la CSE no establece reglas de derecho que deban aplicarse a los particulares.

2) Porque se establece en Anexo a la propia CSE (Parte III) que "se entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente a la supervisión establecida en la Parte IV", es decir, las disposiciones de la Carta, en principio, no constituyen sino obligaciones internacionales, las cuales, dado su formulación genérica, requieren la adopción de medidas nacionales para la aplicación de la Carta en el derecho interno a fin de ser invocadas por los particulares [imposibilidad de self-executing].

3) Porque si la CSE no puede ser invocada a efectos de su aplicación directa, menos lo son las Conclusiones emitidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales

4) Porque dado que el contrato de apoyo a los emprendedores [con inclusión de la cláusula cuestionada], ha sido declarado constitucionalmente válido, por mor del principio de seguridad jurídica, no puede ahora declararse la nulidad de dicha cláusula cuando el contrato de trabajo suscrito entre empresa y trabajador se ha firmado cumpliendo la legislación vigente, sin que dicho contrato haya sido denunciado por fraude de ley en el caso de autos.

No comparto esta postura por los siguientes motivos:

### 2.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL C.A.E

El art. 4.3 de la Ley 3/12 dispone: 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 periodo 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 periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

La ley española no prevé ningún plazo de preaviso en caso de terminación por desistimiento unilateral del empresario.

### 3.- CARTA SOCIAL EUROPEA Y SU VALOR JURÍDICO

La Carta Social Europea es el Tratado más importante en la protección de los derechos humanos sociales en el ámbito de Europa Occidental.

Se adopta en Turín el 18 de octubre de 1961, en el seno del Consejo de Europa (creado el 05/05/1949) y entra en vigor el 26 de febrero de 1965

España se incorporó al Consejo e Europa el 24/11/1977 y ratificó la versión originaria de la CSE el 29/04/1980 (Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961.Publicado en: «BOE» núm. 153, de 26 de junio de 1980).

La Carta tiene los siguientes Protocolos:

- Protocolo Adicional 5/05/1988: ratificado por España (Instrumento de ratificación de 24 enero 2000)
- Protocolo 21/10/1991 : firmado el 21/10/1991; (Instrumento de ratificación 24 de enero de 2000)
- Protocolo 09/11/1995. No ratificado por España
- Carta Social Europea revisada de 03/05/1996: firmada el 23/10/00, pero no ratificada por España.



## VALOR JURÍDICO de la CSE:

El valor jurídico de la CSE es el propio de un Tratado internacional, conforme se define en el art.2.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales y en el art.2.1 de la Convención de Viena sobre derecho de Tratados de 23 de mayo de 1969.

La CSE y su Protocolo de 1988, son derecho objetivo, forman parte de nuestro ordenamiento interno ( art.96 CE ). Conforme al art.29 de la Ley 25/14 (LTI) "Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados".

A parte de ser derecho objetivo, la CSE -además- es parámetro interpretativo. Como todo tratado internacional que regula derechos fundamentales y libertades públicas tiene un valor interpretativo de éstos, ( art.10.2 CE ), como así reconoció en su día el TC en su STC 145/1991 de 1 de julio, al afirmar que la CSE es parámetro interpretativo del art.14 y 35.1 ET junto con el art.7.a, i) el PIDESC, el art.2.1 Convenio 100 OIT, en función de interpretar el derecho a la igualdad salarial por razón de sexo que no ha de referirse al mismo trabajo sino a trabajos del mismo valor.

En cuanto a su rango en la jerarquía normativa: La CSE y su Protocolo de 1988 prevalecen sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional (art.31 LTI)

La jerarquía normativa superior del tratado sobre la ley, se reconoce por la Convención de Viena de 23/05/69 que dice: *"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46"*.

Este valor supra legal de los Tratados ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia: como ejemplo el dictamen de 26 de abril de 1988 sobre la aplicabilidad del Acuerdo de sede de la ONU frente a lo dispuesto por una ley posterior norteamericana: "es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no puedan prevalecer sobre las del tratado". (Rec 1988: 35, pár 57) .

El rango superior del tratado sobre la Ley ha sido reconocido también por por la Sala IV del TS, por ejemplo en STS de 5 de junio de 2000 ( STS de 5 junio 2000 . RJ 2000\4650) .

En cuanto a la aplicación del tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales; conforme al art. 30 LTI: "Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes".

Los tratados internacionales, en tanto que confieran derechos y obligaciones a los particulares, serán directamente invocables ante los tribunales. Para ello se exige que sus disposiciones sean "self-executing".

En cambio, los tratados internacionales a menudo contienen disposiciones que no son aplicables directamente (not self-executing), a las que se refiere el art.30 LTI.A ellas se refiere, por ejemplo, la STS (Sala I) 5/10/00 RJ 2000/8135) .

### **La naturaleza self-executing o not -self executing de la CSE y, en concreto de su art.4.4.**

La Parte II de la CSE, que contiene el art. 4, empieza diciendo "Las Partes contratantes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes:..."

La Parte III (art.20) dispone "Cada Parte Contratante se compromete a considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados, conforme a lo dispuesto en el párrafo de introducción de dicha parte.

b) A considerarse obligada al menos por cinco de los 6 artículos siguiente de la Parte II de la Carta: artículo, 1,5,12,13,16 y 19

c) A considerarse obligada además, por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la carta que elija dicha parte contratante, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados al os que quedará obligada no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados.

España ha ratificado los 72 párrafos que contiene la Carta, incluido el art.4.

Como es obvio se distingue entre la Parte I, como de contenido programático (declaración de objetivos) y la Parte II, como de contenido jurídico vinculante para las partes. La cuestión es determinar el alcance de esta vinculación.



La CSE en su Anexo dice ; "Parte III . Se entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente al control establecido en la Parte IV" (sistema de informes) .

La lectura de este precepto pudiera hacer pensar que impide la aplicación interna y directa de la CSE, pero ello, que sería lógico en otros sistemas de derecho comparado, no tiene cabida en el nuestro ( art.96 CE ) en que el contenido de la CSE forma parte del ordenamiento interno.

Los tratadistas de D<sup>a</sup> internacional (ej. JANSEN PEVTSCHIN G., citado por PARDELL VEÁ, A. "Los derechos sindicales en la Carta Social Europea. Ed. Bosch 1989. pág 80; entre otros) han interpretado la disposición del Anexo en el sentido de que se dirige a evitar diferentes interpretaciones que puedan surgir de los Estados, reservando, por tanto, la competencia para la interpretación de sus preceptos a los órganos que crea la propia CSE

Por tanto, la CSE es derecho interno, y las disposiciones self-executing contenidas en la misma son inmediatamente aplicables a sus destinatarios y vinculan a los órganos judiciales y administrativos del estado, del mismo modo que las demás normas jurídicas de producción interna.

Para parte de la doctrina, la CSE sólo contiene 2 disposiciones self- executing

- el art.6.4 : Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las Partes Contratantes se comprometen: (...)Y reconocen:

*4. El derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor.*

- el art.18.4: Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de las otras Partes Contratantes, las Partes Contratantes se comprometen: (...) Y reconocen:

*4. El derecho de sus ciudadanos a salir del país para ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás Partes Contratantes.*

Para estos autores, el resto de disposiciones de la CSE son "not self-executing" por lo que exigen medidas legislativas para su ejecución y por tanto constituyen un mandato dirigido a los órganos estatales investidos de poder normativo, que, en caso de incumplimiento originará la responsabilidad ante los órganos de control de la CSE, pero no ante los tribunales nacionales.

Sin embargo, para otros autores, y para numerosas resoluciones judiciales españolas (SJS nº 2 Barcelona nº 19 noviembre 2013; SJS nº 1 Tarragona, de 2 de abril de 2014; SJS nº 1 de Mataró de 29 de abril de 2014; SJS nº 9 de Madrid de 28 de marzo e 2014; SJS nº 3 19 de Barcelona de 5 y 11 de noviembre; Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo de 27 de noviembre. Auto sobre cuestión de inconstitucionalidad del TSJ País Vasco de 21 de enero de 2014 y auto sobre cuestión e inconstitucionalidad del TSJ Catalunya de 26 de mayo de 2014 ), **la Carta, en la materia que nos ocupa (art.4.4) es directamente aplicable.**

Esta **conclusión es la más acertada, por las siguientes razones:**

- La CSE distingue con nitidez una Parte I, como de contenido programático de la Parte II, como de contenido jurídico vinculante, y el art.4.4 se halla en la parte II.

- La vinculación de cada Estado a la CSE, en función de los derechos seleccionados, consiste en el deber del Estado de :

- a) Respetar los derechos: no impedir el goce o disfrute de los mismos
- b) Proteger los derechos: impedir que el estado o terceros obstaculicen el goce y ejercicio de los derechos seleccionados
- c) Cumplirlos o satisfacerlos: facilitar que las personas puedan acceder al goce y ejercicio de los derechos

Así se desprende del art. 29 Ley 25/14 : "**Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado** deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados". El poder judicial está vinculado también por este precepto, por lo que debe velar por el adecuado cumplimiento de la CSE.

- Los deberes de respeto, protección y cumplimiento en un ordenamiento como el Español en que la norma internacional se incorpora al ordenamiento interno ( art.96 CE ) impone a los Jueces inaplicar la ley claramente contraria a la CSE por imponerlo así el art.31 de la Ley 25/14 : "**Las normas jurídicas contenidas en los tratados**



**internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno** en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional."

Por otro lado, **el contenido de la norma (art.4.4 CSE) es suficientemente claro: "reconocer un plazo razonable de preaviso" para que el juez nacional impida que la ley obstaculice el ejercicio del derecho al preaviso razonable** . Evidentemente tal norma tiene 2 contenidos positivos claros:

- 1) Establecer un plazo de preaviso .
- 2) Que dicho plazo sea razonable .

La norma española sujeta ahora al control de convencionalidad no cumple el primer imperativo, por lo que todo juicio de razonabilidad relativo al segundo es superfluo, dado que no se fija plazo de preaviso alguno. La existencia de un plazo de preaviso no es un contenido programático o que vincule sólo al Estado, sino que es una norma directamente invocable por el trabajador/a en el marco de sus relaciones jurídicas y cuyo incumplimiento por el Estado con una norma contraria, que no fija dicho plazo, no puede ser obviada por los Tribunales españoles, que se hallan vinculados solamente a la CE y al imperio de la ley, en este caso al art.96 CE y al art.31 de la LTI que imponen inaplicar la norma interna contraria al Tratado.

Es más, el propio art.4 de la CSE establece que el ejercicio de los derechos que contiene, entre otros el plazo razonable de preaviso, debe asegurarse mediante convenios colectivos libremente pactados, por los medios legales de fijación de salario o por cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales, entre los que cabe como no, la inaplicación de la ley contraria a tratado, como impone el art.31 Ley 25/14 .

Por tanto, y al contrario de lo que sostiene la tesis mayoritaria: sí hay una obligación clara y precisa :fijar un plazo de preaviso, y sí hay un claro incumplimiento de la misma por el legislador interno de dicha obligación.

En cuanto **al argumento sobre que la inaplicación del art.4.3 de la Ley 3/12 supondría atentar contra la seguridad jurídica** , dicho argumento no es compartible, toda vez que **la infracción del principio de jerarquía normativa al aplicar la ley interna en contra de lo previsto en el tratado es lo que hace peligrar la seguridad jurídica** . Nuestro TC, en STC 27/81 de 20 de julio , ya dejó claro que la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, de jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, ... La seguridad jurídica es la suma de estos principios equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (F 10).

Por tanto, **inaplicar una ley contraria a un tratado no sólo no es contrario a la seguridad jurídica**, sino que en tanto que cumplimiento estricto del principio de jerarquía normativa **es requisito indispensable para que podamos hablar de cumplimiento del principio de seguridad jurídica** , pues seguridad jurídica y jerarquía normativa no son una disyuntiva sino el todo y la parte, no se da la primera sin la segunda.

#### **4.- EL INFORME DEL CEDS (conclusiones XX-2 (2013)) y SU VALOR**

Las conclusiones XX-3 (2014) del Comité europeo de Derechos sociales sobre el cumplimiento del art.4 de la CDS por España dicen:

" El Comité concluye que la situación en España no está en conformidad con el artículo 4§4 de la Carta de 1961 sobre la base de que :

- el período de preaviso aplicable a los contratos de duración indeterminada y de duración determinada no es razonable por las circunstancias siguientes :
- el despido a la expiración del contrato de trabajo o el logro de su objetivo;
- la terminación del contrato de trabajo por la muerte o jubilación de la persona física empleadora o por disolución de la sociedad empleador , más allá de tres años de servicio ;
- la terminación del contrato de trabajo por causas objetivas más allá del la duración de servicio de seis meses.
- el período de preaviso se excluye en el despido durante el período de prueba del personal contratado para apoyo a los emprendedores ;
- el plazo de preaviso está a disposición de las partes en el contrato de trabajo .

Sobre el valor de las conclusiones del Comité Europeo de Derechos sociales: las mismas constituyen Jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales, y en este sentido lo recoge las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de noviembre de 2012 (rec. 494/12 ), o de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011, 191434) , (rec. 2256/2008 ) , entre otras. Por todo ello, es posible que un órgano jurisdiccional resuelva de forma contraria a lo regulado en una norma de rango legal interna, cuando su contenido es contrario a lo que regula un Tratado internacional o a la interpretación que



realiza el órgano que lo supervisa. Y así lo han expresado las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292 ) o 136/2011, de 13 de septiembre (RTC 2011, 136) .

Resulta interesante en este punto la doctrina contencioso-administrativa, que no alberga dudas sobre la naturaleza jurisprudencial de las conclusiones del CEDS: STS (Sala III) de 25 mayo 2012. RJ 2012\7032 , que confirma la de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011, 191434) , (rec. 2256/2008 ) , dictadas a propósito de la objeción de conciencia y la asignatura de educación para la ciudadanía:

" Un aspecto fundamental de la decisión adoptada por la instancia máxima de protección de la Carta Social Europea radica en su seguimiento por el Estado condenado: efectivamente, desde la perspectiva de la ejecución de la decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales, resulta interesante la lectura de la Resolución CM/ResChS(2009)7 adoptada el 21 de octubre de 2009 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se da cuenta de la actitud positiva de las autoridades croatas de retirar el material pedagógico controvertido del listado de manuales para el año académico 2009/2010.

Por supuesto, y a la luz de los mandatos interpretativo y aplicativo incluidos en la Constitución española de 1978 (artículos 10.2 y 96 , respectivamente), esta jurisprudencia europea (que resulta vinculante para España a la luz de dichos mandatos constitucionales) daría pie para que los recurrentes pretendieran la exclusión de contenidos curriculares o la retirada de los libros de texto que incluyeran manifestaciones precisas y concretas que atentaran contra la dignidad y los derechos fundamentales."

Por ello, la naturaleza jurisprudencial de las conclusiones del CEDS, se asume con total naturalidad por la doctrina contenciosa.

## 5.- LAS SENTENCIAS DEL TC SOBRE EL C.A.E

Antes de entrar a analizar las SSTC 119/14 y 8/15 hay que dejar claro que las mismas en nada afectan a lo que aquí se debate: si el art.4.3 de la Ley 3/12 es contrario a la CSE y, por tanto, hay que inaplicarlo.

En efecto tales resoluciones no inciden sobre la relación entre la Ley 3/12 y la CSE, porque el propio TC ha dicho en STC. 180/1993 de 31 mayo que ha dejado a la jurisdicción ordinaria el control de convencionalidad (adecuación de la ley al Tratado) : " Como ya quedó establecido de manera general en relación con los tratados internacionales, la supuesta contradicción entre éstos y las leyes y otras disposiciones normativas posteriores -por lo que aquí interesa también las anteriores- no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional , sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan [ STC 49/1988 ( RTC 1988\49)]".

La STC 119/14 y 8/15 se ocupan de la constitucionalidad del art.4.3 Ley 3/12 y los argumentos del TC pueden sintetizarse como sigue:

1) El CAE. ( Art.4.3 ley 3/2012 ) no afecta al derecho al trabajo el art.35 CE :

- El período de prueba del CAE no afecta al derecho al trabajo porque: constituye una medida que cuenta con una justificación legitimadora, y resulta razonable y proporcionada en atención a los fines perseguidos por el legislador con su establecimiento (Reitera doctrina STC 119/14 ). En síntesis:

-persigue como finalidad incentivar la contratación indefinida de colectivos vulnerables

- tiene carácter excepcional y limitado en el tiempo, pues sólo podrá aplicarse hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100

- Posee un alcance limitado en tanto que se aplica sólo en empresas de pequeñas dimensiones

-Los beneficios que reporta al empleador (deducciones fiscales y bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social) se condicionan a la estabilidad en el empleo del trabajador contratado y al mantenimiento del nivel de empleo del resto de la plantilla

-La medida puede calificarse, igualmente, como necesaria e idónea para la consecución de la legítima finalidad pretendida (creación de empleo estable), puesto que es un incentivo para que las pequeñas empresas elijan la fórmula de la contratación indefinida, al ofrecérseles, como contrapartida, la oportunidad de rescindir libremente el contrato durante un año, permitiéndoles durante tal período de tiempo no sólo constatar las aptitudes profesionales del trabajador contratado, sino también verificar si el puesto de trabajo que se crea con carácter indefinido resulta viable económicamente

- El período de prueba del CAE no afecta al derecho a la negociación colectiva ( art.37.1 CE ): la configuración legal como norma de derecho necesario absoluto de la duración del período de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de





la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador".

- El período de prueba del CAE no afecta a la tutela judicial efectiva ( art.24.1 CE ): el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ) no garantiza el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial o una indemnización derivada del mismo, al ser exigencias que la norma sustantiva no contempla en la configuración del período de prueba [FJ 3 D)]

- El período de prueba del CAE no afecta al principio de igualdad de trato ( art.14 CE ): la no atribución de indemnización al trabajador por el desistimiento empresarial no supone una diferencia de trato contraria al art. 14 CE , sino que es una consecuencia intrínseca de la propia institución del período de prueba común a todos los contratos de trabajo

Como puede verse, ninguno de los pronunciamientos del TC hace mención al derecho "A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo", ni tampoco hace mención a la adecuación de la Ley a la CSE y, ni tan siquiera, acude a la CSE como parámetro interpretativo, porque el propio TC considera que no es competente para efectuar un juicio de convencionalidad de las leyes, que corresponde en todo caso a la jurisdicción ordinaria.

## 6.- LA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL C.A.E

La STJUE 5 febrero 2015 : Caso Grima Janet Nisttahuz Poclava contra Jose María Ariza Toledano . ( TJCE 2015\3) no afecta para nada a la relación entre Ley 3/12 y CSE.

En dicho caso se resuelven 2 cuestiones prejudiciales planteadas por el JS nº 23 de Madrid:

«1) ¿Es contrari[a] al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el artículo 30 de la [Carta], la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, durante el cual permite el libre desistimiento?

2) ¿Lesiona los objetivos y la regulación de la Directiva 1999/70/CE [y, de este modo, las cláusulas 1 y 3 del Acuerdo marco] el período de prueba de un año a que se somete el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores?»

El TJUE concluye que un contrato como el «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores» previsto por el Derecho español no es un contrato de duración determinada comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999//70, y por tanto, no puede pronunciarse sobre la vulneración del art.30 de la CDFUE, porque al aplicar la Ley 3/12 el órgano judicial español no aplica derecho de la Unión (art.51 CDFUE).

Sin embargo, hay que poner énfasis en que el TJUE no se pronuncia, porque no es competente sobre la relación entre la Ley 3/12 y la CSE y se encarga de manifestarlo con total rotundidad en el FJ 43 de la sentencia que comentamos:

"43. En la motivación de su resolución, el órgano jurisdiccional remitente también invoca los artículos 2.2, letra b), y 4 del Convenio nº 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptado el 22 de junio de 1982, en Ginebra, por la Organización Internacional del Trabajo, y la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de . Es preciso señalar que el Tribunal de Justicia no es competente, en virtud del artículo 267 TFUE , para pronunciarse en materia de interpretación de normas de Derecho internacional que vinculan a los Estados miembros pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión (véanse las sentencias Vandeweghe y otros, 130/73, EU:C:1973:131, apartado 2; TNT Express Nederland [TJCE 2010, 132] , C-533/08, EU:C:2010:243, apartado 61, el auto Corpul National al Politistilor, C-134/12, EU:C:2012:288, apartado 14, y la sentencia Qurbani [TJCE 2014, 281] , C-481/13, EU:C:2014:2101, apartado 22)."

## 6.- CONCLUSIONES

1) La cuestión que se plantea para resolver : si el art. 4.3 de la Ley 3/12 de 6 de julio puede o no ser inaplicado por los Jueces españoles al contravenir el art.4.4 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, es cuestión que no han resuelto (ni podrían) el TC o el TJUE, por ser los suyos ámbitos competenciales ajenos al control de convencionalidad, de adecuación de la Ley al Tratado .

2) EL art. 4.3 de la Ley 3/12 de 6 de julio es contrario al art.4.4 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, pues así lo ha entendido el CEDS en sus conclusiones XX-2 (2013)).

3) El art.4.4 de la CSE es suficientemente claro y preciso para que los jueces nacionales cumplan con lo que impone el art.31 Ley 25/14 e inapliquen la Ley 3/12 al caso concreto por prevalecer sobre la misma la CSE,



respetando así las obligaciones emanadas de dicha CSE y velando por el adecuado cumplimiento de la misma ( art.29 Ley 25/14 )

En el punto de las consecuencias jurídicas de la inaplicación del art.4.3 de la Ley 3/12 , las mismas consistirían en la inaplicación del período de prueba de un año, y por tanto, en la sujeción al régimen común del art.14 ET y las normas Convencionales, en su caso, aplicables; si bien también podría valorarse, a efectos dialécticos (al no haber resultado postulado en el recurso), que comportara la indemnización correspondiente a al preaviso razonable, en la línea que, de forma reiterada, viene siendo reconocida por la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en supuestos de incumplimiento del plazo de preaviso legalmente previsto ( sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 2015 -recurso 7293/2014).

En Barcelona, 22 de junio de 2015.

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ