



Roj: **STS 1354/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1354**

Id Cendoj: **28079140012022100247**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2022**

Nº de Recurso: **471/2020**

Nº de Resolución: **268/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 41, 11-06-2019,**  
**STSJ M 12095/2019,**  
**STS 1354/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 268/2022**

Fecha de sentencia: 28/03/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 471/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.5

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: AOL

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 471/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 268/2022**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García



D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 28 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Sonia , representada y defendida por el Letrado Sr. Fiol García, contra la sentencia nº 868/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de noviembre de 2019, en el recurso de suplicación nº 958/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 317/2019 de 11 de junio de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, en los autos nº 356/2019, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Roithmann Management Capital, S.L., y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido el fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de junio de 2019, el Juzgado de lo Social núm. 41 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D<sup>a</sup> Sonia contra la empresa ROITHMANN MANAGEMENT CAPITAL SL, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la parte actora, y asimismo declaro la extinción de la relación laboral con efectos de fecha 11-6-19, condenando a la empresa demandada a abonar al actor la suma de 813,78 euros brutos de indemnización más los salarios tramitación desde 30-1-19 a 22-4-19 (descontando 37 días), a razón de 32,88 euros diarios brutos. Y asimismo debo condenar y condeno a dicha empresa a abonar a la actora la suma de 1.082,21 euros brutos más el 10% de interés por mora".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto del HP 6º. El resultado de ello es el siguiente:

1º.- La parte actora ha venido prestando servicios en la empresa demandada desde el 1-10-18 en virtud de contrato indefinido, de emprendedores, al amparo del art. 4 de la Ley 3/12, pactando un período de prueba de un año, con la categoría profesional de auxiliar administrativa, percibiendo un salario mensual bruto con prorrata de pagas extras de 1.000,01, según la nómina de enero de 2019, y conforme al Convenio Colectivo de Despachos y oficinas de la Comunidad de Madrid, para una jornada semanal de 40 horas.

2º.- En fecha 30 de enero de 2019 la empresa le entrega carta en que comunica la extinción del contrato de trabajo por no haber superado las expectativas propias del período de prueba expresamente pactado.

3º.- La empresa ha despedido a varios trabajadores más en la misma fecha, en concreto 27, argumentando los mismos motivos. En este Juzgado se siguen autos de despido de otros trabajadores.

4º.- La empresa adeuda a la actora la nómina del mes de enero de 2019 y vacaciones pendientes de 2019.

5º.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo sindical ni de representación legal en la empresa.

6º.- La mercantil cesa su actividad el 03/02/2019 no constando que ejercite actividad en la actualidad. La parte actora ha prestado servicios para otras empresas durante 37 días y está de alta desde el 22-4-19 en Dealz España S.L.U."

7º.- Se ha agotado el trámite de conciliación previa".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el Recurso de Suplicación número 958/2019 formalizado por el letrado sustituto del Abogado del Estado, contra la sentencia número 317/2019 de fecha 11 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 41 de los de Madrid, en sus autos número 356/2019, seguidos a instancias de D<sup>a</sup> Sonia frente a ROITHMANN MANAGEMENT CAPITAL, S.L. siendo parte el Fondo de Garantía Salarial, en reclamación por despido y cantidad, revocamos parcialmente la resolución impugnada y absolvemos a los demandados de los pedimentos de la demanda relativos al despido, declarando el cese conforme a derecho y mantenemosla condena al pago de la cantidad salarial reclamada".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Fiol García, en representación de D<sup>a</sup> Sonia , mediante escrito de 20 de enero de 2020, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Tenerife) de 27 de octubre de 2016 (rec. 245/2016),



( Sede en Las Palmas de Gran Canaria) de 28 de enero de 2016 (rec. 581/2015) y de Barcelona de 22 de julio de 2011 (rec. 2323/2011). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 193.b) LRJS en relación con el art. 196 de dicho cuerpo legal. TERCERO.- Se alega la infracción de los arts. 6.4 y 7.2 CC, arts. 14.1, 55.4 ET y del art. 9.2 Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la C. Madrid. CUARTO.- Se alega la infracción del art. 4.4 Carta Social Europea en relación con el art. 96 CE y art. 49.1.c) RDL 2/2015, 23 octubre.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 5 de marzo de 2021 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Al hilo de un procedimiento de despido se plantean tres cuestiones por parte de la trabajadora recurrente. La primera, de corte estrictamente procesal, acerca de la variación de los hechos probados a través del recurso de suplicación. La segunda, sobre el carácter fraudulento del contrato de trabajo (en su modalidad de apoyo a emprendedores) y la consiguiente calificación como despido del cese acordado por la empresa durante el periodo de prueba. La última, a título subsidiario, acerca del eventual derecho a percibir la indemnización correspondiente al plazo de preaviso cuando el contrato termina por desistimiento empresarial.

#### 1. Hechos relevantes.

Tras su modificación por la Sala de lo Social del TSJ, la crónica judicial de lo ocurrido, y teniendo en cuenta las materias sobre las que existe controversia, ofrece los siguientes datos.

A) El 1 de octubre de 2018 la trabajadora se incorpora como auxiliar administrativa de la empresa demandada (Roithmann Management Capital SL), al amparo de un contrato indefinido de apoyo a emprendedores, incluyendo un periodo de prueba de un año.

B) El 30 de enero de 2019 la empresa entrega a la trabajadora escrito comunicándole la extinción del contrato de trabajo por no haber superado el periodo de prueba.

C) En la misma fecha la empresa ha extinguido otros 27 contratos de trabajo en iguales circunstancias.

D) La sociedad ha finalizado su actividad el 3 de febrero de 2019.

E) Desde 22 de abril de 2019 la trabajadora presta su actividad en otra empresa, al igual que lo hizo durante 37 días en el periodo que va desde su cuestionado cese hasta tal fecha.

#### 2. Sentencia del Juzgado de lo Social.

Mediante su sentencia 317/2019 de 11 de junio el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid estima la demanda, declara que el cese habido constituye un despido improcedente, declara la extinción de la relación laboral con efectos de esa fecha y condena a la empresa al abono de la correspondiente indemnización (813,78 €) y los salarios de tramitación correspondientes, además de al pago de unos salarios atrasados (1.082,21 €). Sus núcleos argumentales son los siguientes:

A) El contrato de apoyo a emprendedores, previsto en el artículo 4º de la Ley 3/2012 permite la incorporación al mismo de un periodo de prueba con doce meses de duración. La STC 119/2014 de 16 julio avaló su constitucionalidad.

B) Aunque el RDL 28/2018 de 28 de diciembre derogó la referida modalidad contractual, su Disposición Transitoria Sexta prescribe que los preexistentes siguen regulados por la normativa vigente en el momento de su celebración.

C) La terminación del contrato por desistimiento durante el periodo de prueba no exige motivación, sin que ello comporte vulneración de la Carta Social Europea.

D) En el presente caso la contratación no persigue el fin legalmente previsto, sino que se ha utilizado de forma abusiva; además, la empresa ha despedido a la mayoría de la plantilla el mismo día y por igual motivo. Eso convierte el desistimiento en un despido improcedente, con las consecuencias particulares que derivan de



la situación empresarial (desaparecida), la comparecencia del FOGASA y la prestación de servicios en otras empresas por la trabajadora.

### **3. Sentencia de suplicación, recurrida.**

Mediante su sentencia 868/2019 de 11 de noviembre la Sección Quinta de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid estima el recurso de suplicación interpuesto por la Abogacía del Estado en nombre del FOGASA, revocando los pronunciamientos referidos al despido. Los fundamentos jurídicos de ello son los que siguen.

A) Ni se ha acreditado, ni puede presumirse el fraude respecto de la contratación laboral, "ni pueden establecerse términos comparativos entre la extinción del contrato de la demandante en periodo de prueba y el despido del resto de la plantilla por cese de actividad".

B) Invoca la doctrina de la STS 7/2019 de 9 enero (rcud. 108/2018) para concluir que el cierre de la empresa acredita que no han sido viables los puestos de trabajo creados al amparo de la modalidad de apoyo a emprendedores.

C) El derecho a percibir el importe equivalente a los salarios del inobservado plazo de preaviso no puede ampararse en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea. No puede considerarse directamente aplicable en ese pasaje, del mismo modo que tampoco lo son las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales. El legislador español no ha establecido la obligatoriedad de tal plazo de preaviso.

### **4. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.**

A) Con fecha 20 de enero de 2020 el Abogado y representante de la trabajadora formaliza el recurso que ahora resolvemos, estructurado en los tres motivos ya adelantados, cada uno de ellos respaldado en una distinta sentencia referencial.

B) Con fecha 8 de abril de 2021 el Abogado del Estado formaliza su impugnación al recurso, oponiendo dos causas de inadmisibilidad, referidas a la ausencia de contenido casacional y de contradicción. Asimismo, recalca la imposibilidad de reconocer el derecho al percibo de una indemnización silenciada por la legislación española.

C) Con fecha 22 de abril de 2021 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS, en sentido desfavorable al recurso. Descarta la ausencia de contradicción en los dos primeros motivos y expone las razones por las que debería fracasar el tercero.

### **5. El presupuesto de la contradicción entre sentencias.**

Antes de examinar el acierto de las tesis defendidas por el recurso, hay que examinar si concurre el requisito de contradicción. Se trata de exigencia de orden público que debemos controlar de oficio, además de que el Informe del Ministerio Fiscal y la impugnación han advertido sobre posibles insuficiencias a este respecto.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

## **SEGUNDO.- Límites a la revisión fáctica en suplicación (Motivo 1º del recurso).**

### **1. Formulación del motivo.**

Al amparo del artículo 207.c) LRJS (quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales), la recurrente denuncia la infracción del artículo 193.b) LRJS en relación al artículo 196 y la jurisprudencia de esta Sala contenida en la sentencia de contraste.

Argumenta que la STSJ recurrida modifica el relato de hechos probados amparándose únicamente en que la rectificación interesada no desvirtúa el tenor del ordinal citado, precisando sin embargo su contenido.



Añade que la infracción que comete la sentencia ahora recurrida es de contenido netamente procesal, no sustantivo, pues se atiende una modificación de hechos probados que previamente no han sido justificados por el recurrente (tal y como se puede comprobar en el recurso de suplicación). Añade que sus alegaciones en sentido contrario (en la impugnación al recurso de suplicación) ya advirtieron al respecto.

## **2. Sentencia referencial.**

A efectos comparativos el recurso invoca la STSJ Cataluña de 22 junio 2011 (rec. 2323/2011), recaída en procedimiento por despido seguido frente a Correos y Telégrafos. Confirma la desestimación de la demanda por despido y descarta la pretendida modificación del relato histórico.

Basa su decisión en que la suplicación no constituye una segunda instancia ni una apelación que permita una revisión ex novo de las pruebas practicadas en el juicio. Además, cualquier modificación o alteración en el relato de hechos declarados como acreditados por el juzgador a quo no solo ha de resultar trascendente a efectos de la resolución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial, obrante en autos, que patentice de manera clara, evidente y directa el error del juzgador cuya facultad de apreciación conjunta que, respecto de los elementos de convicción (concepto más amplio que al de medios de prueba aportados a los autos), el art. 97.2 LPI le otorga, sin que pueda verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada.

## **3. Consideraciones específicas.**

La contradicción entre las resoluciones opuestas no puede entenderse concurrente, de manera que el presupuesto para poder examinar el fondo del recurso es inexistente.

A) La sentencia recurrida admite la revisión del HP 6º al desprenderse de un documento obrante en autos y porque completa lo que allí se deja consignado. La sentencia referencial rechaza la revisión porque no se trata de un error ni tiene incidencia en lo que allí se deja reflejado; además, la nueva redacción postulada se apoya en documentos ya tenidos en cuenta por el Juez a quo en relación con el resto de actividad probatoria.

B) Los documentos sobre los que se proyecta la valoración realizada por cada TSJ para formar su convicción son heterogéneos. La sentencia de contraste expone que cuanto se pretende añadir ni modifica ni contradice el relato de instancia. La sentencia ahora impugnada afirma que la modificación acogida "precisa" lo acaecido pues no es equiparable que la empresa se encuentre desaparecida (afirmación del Juzgado de lo Social) a que la misma haya cesado su actividad (rectificación acogida). Puesto que está en juego el eventual carácter fraudulento del contrato de trabajo y la decisión sobre el tema pasa por la ponderación de todos los elementos fácticos concurrentes, no parece caprichosa la consideración acogida sobre la relevancia de este cambio.

C) La estimación o desestimación de los motivos de un recurso de suplicación, en que se pretende la revisión de los hechos declarados probados en la resolución de instancia, con base en el art. 193.b) de la LRJS, depende de los hechos que se pretenden rectificar o adicionar y de los específicos documentos o pericias en que tal revisión se apoye, así como el vigor probatorio de éstos en relación con esos hechos. Por ello, es sumamente difícil que se produzca contradicción entre sentencias sobre este punto o cuestión; siendo indiscutible que cuando no hay proximidad de ningún tipo entre tales hechos, ni entre los documentos o elementos de las respectivas revisiones no puede apreciarse, en absoluto, la concurrencia de contradicción. En consecuencia, de todo lo anterior se desprende la falta de contradicción existente entre la sentencia recurrida y las de contraste.

## **4. Ausencia de contradicción.**

Las precedentes consideraciones abocan al fracaso del primero de los motivos del recurso, que debiera haberse inadmitido.

La posibilidad de que un recurso admitido a trámite finalice con una resolución mediante la cual se concluye que concurre una causa de inadmisión es acorde con nuestra jurisprudencia. Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTC 1036/2016 de 2 diciembre; 107/2017 de 8 febrero; 123/2017 de 14 febrero; 346/2017, de 25 abril; 434/2017 de 16 mayo).

Se trata de una consecuencia que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Con arreglo a reiterada jurisprudencia constitucional "La comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (Por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero y 200/2012, de 12 de noviembre).

## **TERCERO.- Contratación fraudulenta (Motivo 2º del recurso).**



El segundo motivo preconiza el carácter fraudulento del contrato de trabajo (en su modalidad de apoyo a emprendedores) y la consiguiente calificación como despido del cese acordado por la empresa durante el periodo de prueba.

### 1. Formulación del motivo.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 207.e) LRJS (infracción de las normas reguladoras del ordenamiento jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de controversia) la recurrente argumenta que el contrato de trabajo fue celebrado en fraude de ley, por lo que el aparente desistimiento empresarial del periodo de prueba no es tal, sino que equivale a un despido improcedente.

Denuncia la infracción de diversas normas: artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil; artículos 14.1, 55.4 y 56 ET; artículo 9.2 del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la Comunidad de Madrid.

### 2. Sentencia comparada.

A efectos del preceptivo contraste invoca el recurso la STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 octubre 2016, (rec. 245/2016), estimatoria del recurso de suplicación interpuesto por el trabajador.

El demandante trabajaba desde el 3 de septiembre de 2014, con la categoría profesional de Camarero de comedor y bares, por medio de un "contrato indefinido de apoyo a los emprendedores" a tiempo completo, que incluía un periodo de prueba "de un año en todo caso". Con fecha 17 de agosto de 2015 la empresa le comunicó el cese por no superar el periodo de prueba.

La sentencia concluye que la resolución del contrato de trabajo del actor amparándose en el periodo de prueba de un año recogido en el contrato se ha de calificar como un despido improcedente, al quedar acreditada la utilización fraudulenta de este contrato por parte de la empresa y al no estar amparado el cese en causa justificada.

### 3. Consideraciones específicas.

A) Son innegables ciertas similitudes entre los casos comparados. En ambos casos se trata de personas que prestan servicios en virtud de contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores, en los que se pactó un periodo de prueba de un año, siendo cesadas está vigente el citado periodo, alegando la no superación de la prueba.

Ahora bien, además de que ambas sentencias admiten la validez de ese extenso periodo de prueba, la contradicción es inexistente porque son diversos los supuestos de hecho y el alcance de los debates.

B) En la sentencia de contraste, el cese del demandante por no superación del periodo de prueba acaece pocos días antes de aquél concluyera, quedando acreditado que la empresa ha venido utilizando esta modalidad contractual de manera habitual y que los contratos han finalizado, en la mayoría de los casos, con la extinción durante el periodo de prueba.

En el presente caso la relación laboral se ha prolongado solo durante cuatro meses y la profesión desempeñada (de índole burocrática) es diversa a la propia del caso referencial (hostelería).

C) En el caso confrontado constan acreditados los siguientes extremos: 1) Los contratos por tiempo indefinido suscritos no alcanzan nunca o casi nunca el año de duración por una utilización sistemática de la facultad empresarial de resolver el contrato en el periodo de prueba de un año. 2) La empresa tiene una plantilla que normalmente ronda los veinte trabajadores, y resulta que en algo más de dos años transcurridos desde la introducción del contrato de apoyo a emprendedores, se han suscrito noventa y uno de esos contratos, solo tres de los cuales (y los tres resueltos por despido improcedente) llegaron a superar la duración de un año, finalizando casi todas esas contrataciones (cincuenta y dos de sesenta y nueve extinciones) por decisión unilateral de la empresa dentro del periodo de prueba. 3) Se valora que la empresa no ha creado empleo puesto que el número de trabajadores ocupados actualmente, diecinueve, es inferior al existente hacía dos años, veintidós, en el mismo mes. 4) Tampoco consta que la empresa demandada haya realizado ninguna actividad calificable como de emprendimiento, pues esencialmente sigue gestionando los dos mismos complejos hosteleros desde el año 1994, sin constar ni la apertura de nuevas instalaciones ni la ampliación de servicios.

Estas concretas circunstancias son ajenas a la sentencia recurrida en la que nada hace lucir la existencia de fraude de ley, habiendo sido cesada la trabajadora poco más allá de los cuatro meses tras su contratación, y lo que es más decisivo, el cierre de la empresa evidencia que no han sido viables los puestos de trabajo creados y ocupados a través de esta modalidad contractual.

D) En suma, los presupuestos a partir de los que se sienta la correspondiente doctrina son muy diversos.



La referencial parte de que concurre una conducta empresarial consistente en "utilizar el texto de la Ley 3/2012 para conseguir unos fines diferentes a los perseguidos en la misma y prohibidos por el ordenamiento jurídico laboral (que, como regla general, no permite la extinción de un contrato por tiempo indefinido a instancias del empleador sin existir una causa justificada), es decir, un fraude de ley del artículo 6 párrafo 4º del Código Civil". La recurrida subraya que no encuentra indicio alguno del fraude de ley y que éste no puede presumirse, y así lo dice textualmente.

A su vez, como ya hemos advertido, la conclusión sobre el uso fraudulento de esta especie contractual viene basada en multitud de datos fácticos que no encuentran parangón con los enjuiciados en el presente caso. De ahí que no quepa hablar ni de hechos o situaciones similares, ni de debates análogos, ni, mucho menos, de doctrinas opuestas.

#### **4. Ausencia de contradicción.**

Las precedentes consideraciones abocan al segundo de los motivos del recurso, que debiera haberse inadmitido. Son reproducibles, por tanto, las consideraciones finales del precedente Fundamento.

#### **CUARTO.- Indemnización equivalente al plazo de preaviso (Motivo 3º del recurso).**

El último de los motivos, acertadamente formalizado como subsidiario de los anteriores, ya no combate la validez del contrato de apoyo a emprendedores, ni la del desistimiento empresarial al finalizar el cuarto mes de los doce que contemplaba el periodo de prueba. Lo que argumenta es que debiera haberse comunicado la terminación del contrato con un plazo de preaviso quincenal y que su omisión debe conllevar el pago de una indemnización equivalente a los salarios devengados durante tal periodo.

##### **1. Formulación del motivo.**

Denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea en relación al artículo 96 CE y el artículo 49.1.c) ET.

Interesa que se "condene a la empresa al pago del preaviso solicitado en su demanda, con amparo en lo dispuesto en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea que reconoce el derecho a todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del contrato, que fija en 15 días solicitando, por su omisión, una indemnización de 528 euros".

##### **2. Sentencia referencial.**

A efectos comparativos la recurrente aduce la STSJ Canarias (Las Palmas) de 28 enero 2016 (rec. 581/2015).

Por cuanto ahora interesa, la resolución referencial declara que si bien no procede declarar la existencia de despido pues ha existido una válida extinción del contrato, sí que procede fijar la correspondiente indemnización por falta de preaviso prevista en los artículos 49 y 51 ET.

##### **3. Consideraciones específicas.**

Respecto del concreto punto sometido a unificación doctrinal, pese a las diferencias de diverso tipo que median entre los casos resueltos por las sentencias confrontadas, consideramos que concurre la identidad de los datos relevantes así como, con mayor evidencia, de los debates y de la fundamentación de las solicitudes de indemnización.

En ambos casos nos encontramos con contratos de trabajo de apoyo a emprendedores al amparo de la Ley 3/2012 (hoy derogada por el RDL 28/2018), y que son extinguidos estando vigente el periodo de prueba de un año. En ambos supuestos se descarta la existencia de despido, pero, en lo que al motivo de casación importa, la sentencia recurrida no reconoce el derecho a un preaviso de 15 días, porque no está contemplado en nuestra legislación; tampoco considera que el art. 4.4. de la Carta Social Europea apoye esta solución, no obstante sostener lo contrario otros Tribunales Superiores de Justicia. Por el contrario, la sentencia de referencia proclama que en estos contratos existe el derecho al preaviso de 15 días.

##### **4. Concurrencia de contradicción.**

A la vista de cuanto antecede debemos unificar la solución del problema reseñado. En concreto, se trata de determinar si la Carta Social Europea (CSE) exige que el desistimiento empresarial del periodo de prueba sea comunicado con quince días de antelación a su efectiva operatividad.

#### **QUINTO.- Cuestiones procesales y estructura de nuestro razonamiento.**

##### **1. Competencia funcional.**

Despejado ese importante obstáculo procesal, es también conveniente advertir que, pese la magra cantidad reclamada como indemnización por inobservancia del plazo de preaviso (528 €), la recurribilidad de la



sentencia dictada por el Juzgado de lo Social era innegable toda vez que se ha ejercitado una acción por despido y procede en todo caso la suplicación frente a sentencias dictadas "en procesos por despido o extinción del contrato" ( art. 191.3.a LRJS).

## 2. Límites de la unificación doctrinal.

Dados los términos en que aparece formulada su doctrina por la sentencia referencial, conviene advertir que la coincidencia con su conclusión no comporta que abrecemos cuantas afirmaciones en ella se contienen.

Recordemos que cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues "superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas", sino que "debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada". Así lo exponen numerosas sentencias, como las de 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013), 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno), 91/2020 de 31 enero (rcud.3166/2017) o 606/2020 de 7 julio (rcud. 544/2019). Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. "Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores", siempre que resuelva "el debate planteado en suplicación" ( STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3).

## 3. Ámbito material de la demanda por despido.

En numerosas ocasiones hemos explicado que "lo que el trabajador reclama cuando solicita la calificación del cese como despido nulo o improcedente no es otra cosa que el abono de la máxima indemnización legal que proceda, sin que sea necesario que se tenga que instar en la demanda la pretensión concreta de una específica cuantía indemnizatoria, de tal manera que la acción ejercitada en reclamación de la indemnización correspondiente al despido improcedente lleva en sí mismo implícita la de la menor indemnización que el antedicho precepto contempla para la extinción de los contratos temporales". En ese sentido, por todas, las SSTs 257/2017 de 28 marzo (rcud. 1664/2015); 198/2018 de 22 febrero (rcud. 68/2016); 312/2020 de 12 mayo (rcud. 2745/2018); 459/2020 de 16 junio (rcud. 3621/2017) y 182/2022 de 23 febrero (rcud. 3724/2018).

En consecuencia, debemos examinar si corresponde a la trabajadora recurrente una indemnización análoga a la reclamada (15 días pro el preaviso incumplido), aunque fuera por un título diverso.

## 4. Estructura de nuestro razonamiento.

Sobre la base de cuanto acabamos de exponer, el razonamiento que desembocará en la resolución del problema se desarrollará en los siguientes núcleos:

- 1) El contrato de apoyo a emprendedores no puede identificarse como de duración determinada y la validez del periodo de prueba anual que comporta se explica por su específica funcionalidad (Fundamento Sexto).
- 2) Las consecuencias patrimoniales de la terminación del contrato por decisión empresarial deben concordar con la ontología que posea la misma (Fundamento Séptimo).
- 3) La analogía del cese examinado con el despido objetivo, el principio de la buena fe contractual y la ajenidad inherente a la relación laboral inclinan a aplicar al caso el plazo de preaviso del artículo 53.1.c ET (Fundamento Octavo).
- 4º) El artículo 4.4. de la CSE concuerda mal con un desistimiento empresarial que carece de plazo de preaviso (Fundamento Noveno).

## SEXTO.- El contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

### 1. El contrato de apoyo a emprendedores.

La Ley 3/2012 contempló, entre las medidas de fomento de la contratación indefinida, un contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores para "facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial" en las empresas que tengan menos de 50 trabajadores. Desde su aprobación se vino polemizando sobre la regla conforme a la cual la duración del periodo de prueba "será de un año en todo caso", sin que pueda establecerse cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

La unificación doctrinal que afrontamos no versa sobre la validez ni del tipo de contrato en cuestión, ni del singular periodo de prueba que contenía, sino tan solo sobre las eventuales consecuencias patrimoniales





derivadas del desistimiento empresarial en ciertos casos. Sin embargo, solo descifrando su alcance e incidencia sobre la naturaleza del contrato de referencia podremos abordar con seguridad la tarea.

## 2. El control sobre la validez de los periodos de prueba dilatados.

A) El artículo 14 ET viene remitiendo la duración máxima del periodo de prueba a lo que dispongan los convenios colectivos, añadiendo unos topes supletorios conforme a los cuales "En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados".

B) Pese a esa remisión, aparentemente incondicionada, a lo previsto por el convenio colectivo, atendida la finalidad del periodo de prueba, nuestra doctrina ha venido censurando las previsiones desproporcionadas. En tal sentido es emblemática la solución acogida por la STS 12 noviembre 2007 (rcud. 4341/2006; *Telefónica Publicidad e Información*) considerando abusivo el periodo de dos años establecido en el Convenio Colectivo aplicable para determinado personal de ventas (promotor de entrada). Conforme a su conclusión, "no parece razonable admitir que el empresario necesite de un periodo de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características (la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica), que en principio no presenta -ni se describen- circunstancias tan particulares como para necesitar un periodo de prueba tan prolongado". En parecidos términos, la STS 20 julio 2011 (rec. 152/2010; *Yell Publicidad*) considera abusivo un periodo de prueba de doce meses para el personal del grupo de ventas pues "el sometimiento al periodo de prueba de un año de duración parece a todas luces excesivo, ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido".

C) Ahora bien, en nuestro caso no se está examinando el eventual carácter abusivo del periodo de prueba contemplado en un convenio colectivo, sino que es la Ley quien le ha asignado esa duración.

No solo eso, sino que la función que dogmáticamente corresponde al periodo de prueba, y que concuerda tanto con la regulación contenida en el artículo 14 ET cuanto con el presupuesto de la doctrina recién recordada, no es la que posee en la modalidad contractual de apoyo a emprendedores. Así se desprende de las consideraciones realizadas por la exposición de motivos de la Ley 3/2021 y de las argumentaciones acogidas por la STC 8/2015 de 22 enero (Pleno), reiterando y ampliando lo que ya dijera la STC 119/2014, de 16 de julio. Recordemos los trazos básicos de esta jurisprudencia constitucional.

## 2. Constitucionalidad del periodo de prueba anual.

Las citadas SSTC 119/2014 y 8/2015 entendieron que esta figura respeta el derecho a la negociación colectiva, a la no discriminación o a la tutela judicial pues engarza con las políticas de pleno empleo, permite comprobar la viabilidad económica del concreto puesto de trabajo y está sujeta a diversas restricciones: 1ª) Quiere incentivar la creación de empleo. 2ª) No solo permite comprobar la capacitación y aptitud del trabajador contratado sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado. 3ª) El contrato solo puede utilizarse por empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores y mientras la tasa de desempleo no se sitúe por debajo del 15 por ciento. 4ª) Para disfrutar los incentivos vinculados a este tipo de contrato, el empresario no podrá alterar el nivel de empleo en la empresa durante un año y deberá mantener en su puesto al trabajador durante al menos tres años más.

Estas consideraciones llevan a concluir que la previsión cuestionada constituye una medida legislativa coyuntural y legítima, adoptada en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo; atiende a la finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable, lo que conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo ( art. 40.1 CE). En suma: la duración de un año que la Ley asigna al periodo de prueba es compatible con la Ley Fundamental. La STC 140/2015, de 22 de junio reitera el criterio.

La necesaria sujeción de nuestra doctrina a la acuñada por el Tribunal Constitucional ( art. 5.1 LOPJ) descarta que debamos reexaminar la eventual abusividad del periodo de prueba que se dilata hasta doce meses.

## 3. Perspectiva del Derecho de la UE sobre abuso de temporalidad.

En su día, el Juzgado de lo Social 23 de Madrid conoció de la demanda presentada por una mujer que trabajó para una empresa de hostelería durante cinco meses y fue cesada por no haber superado el periodo de prueba incorporado al contrato de apoyo a emprendedores que había suscrito. La STJUE de 5 de febrero de 2015 (C-117/14) respondió lo siguiente:

\* Es cierto que la Carta Europea de Derechos Fundamentales proclama que todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 30). Pero los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de



la UE deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por él, no fuera de ellas; y respecto del periodo de prueba nada dice tal ordenamiento.

\* La Directiva 1999/70/CE, sobre contratos de duración determinada, solo se aplica a los que puedan considerarse como tales y el de emprendedores posee duración indefinida, por lo que no puede calificarse como contrato de duración determinada y queda fuera del ámbito de aplicación de la norma.

\* El artículo 151 TFUE, que expone los objetivos de la Unión y de los Estados miembros en materia de política social, no impone ninguna obligación concreta por lo que respecta a los períodos de prueba en los contratos de trabajo.

\* Aunque la protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato de trabajo sea uno de los medios que permiten alcanzar los objetivos fijados por el artículo 151 TFUE y el legislador de la UE tenga atribuidas competencias en este ámbito, quedan al margen del Derecho de la Unión las situaciones que no han sido objeto de medidas adoptadas con fundamento en esos artículos.

\* El Tribunal de Justicia no es competente 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.

\* A la vista de todo ello, la sentencia concluye que el Tribunal carece de competencia para responder a las cuestiones planteadas.

#### **4. Contemplación desde la Carta Social Europea.**

Según la versión de la CSE vigente para España en la fecha en que tiene lugar el cese sometido a nuestra consideración, el Comité de Expertos (regulado en el art. 25 y luego sustituido por el Comité Europeo de Derechos Sociales [CEDS]) debe elaborar "un informe que contenga sus conclusiones" (art. 27.2) sobre el cumplimiento por cada Estado de los compromisos asumidos.

Las conclusiones XX-3 (2014) del CEDS sobre el cumplimiento del art. 4 de la CSE por España consideran que el contrato de apoyo a emprendedores colisionaba con la misma por varios motivos, de los que ahora interesa destacar la ausencia de un periodo de preaviso para extinguir el contrato durante el dilatado periodo de prueba.

#### **5. Recapitulación.**

De cuanto antecede derivan importantes consecuencias a nuestros efectos: 1ª) El contrato de trabajo contemplado en el artículo 4º de la Ley 3/2012 no es temporal sino, como su propia rúbrica indica, de duración indefinida. 2ª) El periodo de prueba de doce meses incorporado a tales contratos no es contrario a la Constitución ni al Derecho de la UE. 3ª) Dada su duración indefinida, no podría pretenderse la obtención de indemnizaciones derivadas de la terminación de un contrato de trabajo de carácter temporal ( art. 49.1.c.I ET). 4ª) Tampoco puede pretenderse la observancia del preaviso inherente a la terminación de los contratos de duración determinada que han superado el año ( art. 49.1.c.IV ET), porque esa es la duración máxima del contrato de apoyo a emprendedores y porque, adicionalmente, aquí no se han superado los cuatro meses. 5ª) Queda por despejar la duda acerca de si otros enfoques, incluyendo la ausencia de un periodo razonable de preaviso cuando finaliza la relación laboral durante ese periodo de prueba a instancia de la empresa, arrojan un resultado distinto.

#### **SÉPTIMO.- Devengo de la indemnización correspondiente al final de cada contrato.**

Como hemos avanzado, las consecuencias patrimoniales de la terminación del contrato por decisión empresarial deben concordar con la ontología que posea la causa extintiva puesta en juego.

##### **1. Tipicidad indemnizatoria.**

En numerosas ocasiones hemos explicado que cuando termina la relación laboral nuestro ordenamiento no opta por una compensación de daños y perjuicios, sino que atiende a un principio de tipicidad resarcitoria. A salvo los supuestos en que haya mediado una vulneración de derechos fundamentales o en que exista una expresa previsión en contrario, lo que procede reconocer en cada caso es la indemnización anudada por el legislador atendiendo al tipo de contrato existente y a la causa por la que finaliza.

La STS 664/2019 de 25 septiembre (rcud. 2074/2018), con cita de precedentes varios, explica que "hemos negado que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato que carece de tal previsión legal, no sólo la que calcula la sentencia con arreglo a los 20 días del despido objetivo, sino, incluso, con arreglo a los 12 días que el art. 49.1 c) ET fija para los contratos para obra o servicio y acumulación de tareas, siendo ésta la voluntad del legislador nacional que ofrece una respuesta distinta a situaciones que no son plenamente equiparables".



La STS 346/2021 de 24 marzo (rcud. 4692/2018) con cita de numerosos precedentes, reitera la doctrina de la Sala establecida a partir de la STS Pleno de 13 de marzo de 2019 (R. 3970/2016), como consecuencia de las SSTJUE de 5 de junio de 2018 (asuntos Grupo Norte Facility C-574/16 y Montero Mateos C-677/16) y, más recientemente por la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto de Diego Porras II), que rectifican la doctrina contenida en la referida STJUE de 14 de diciembre de 2016 (asunto de Diego Porras C-596/14), en el sentido de que la finalización válida de los contratos temporales conlleva la indemnización que, en cada caso, esté prevista por el legislador, sin que por tanto pueda aplicarse a dichas extinciones la indemnización establecida para la extinción por las causas objetivas contempladas en el artículo 52 ET.

## 2. Tipicidad extintiva del desistimiento empresarial.

Las SSTs 112 julio 2012 (rcud. 2789) y 20 enero 2014 (rcud. 375/2013) recopilaron diversos criterios de esta Sala acerca del periodo de prueba. Son los siguientes:

a) que "el núcleo de la regulación del período de prueba del contrato de trabajo es ....la facultad de "desistimiento" de la relación laboral atribuida durante su transcurso tanto al empresario como al trabajador ("cualquiera de las partes") ( art. 14.2 ET), facultad que se ejercita en principio libremente y sin preaviso"; b) que el "período de prueba es de aplicación solamente cuando hubiera sido acordada como pacto "escrito" en el momento de la celebración del contrato ( art. 14.1 ET)"; c) que "la libertad de desistimiento durante el período de prueba supone que ni el empresario ni el trabajador tienen, en principio, que especificar los motivos del cese, ni acreditar los hechos o circunstancias determinantes del mismo, ni tampoco expresar la decisión extintiva mediante una forma preestablecida"; d) que "la finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado"; e) que, "en términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así: en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 ET, de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos"; y f) que "a tal efecto, durante el período o plazo de prueba, cuyo pacto cabe incardinar genéricamente entre "las causas (de extinción) consignadas válidamente en el contrato" / art. 49.1.b) ET], no rigen las reglas comunes del despido o de la dimisión del trabajador; ni se exige "carta de despido" ( art. 55.1 ET), ni el empresario ha de expresar o acreditar las causas que motivan su decisión ( art. 55.4 ET), ni tampoco el trabajador se encuentra vinculado por un deber de preaviso [ art. 49.1.d) ET]".

## 3. Valoración conclusiva.

A) Nuestra doctrina viene sosteniendo que el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba se subsume en una causa extintiva que, a tenor del artículo 49.1.b ET carece de indemnización específica. No estando prevista la misma, resulta imposible lucrarla salvo que la misma derive de otras previsiones.

La misma conclusión puede sentarse respecto del eventual preaviso para comunicar el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Ni el artículo 14 ET (que regula esa institución) ni el artículo 49 ET o preceptos concordantes lo establecen.

Además, cuando el legislador ha querido que el desistimiento empresarial vaya precedido de un plazo de preaviso lo ha establecido de manera expresa. Es lo que sucede en el contrato de alta dirección: el artículo 11.1 del RD 1382/1985 de 1 de agosto lo fija en tres meses, aunque permite su ampliación hasta seis si así se pacta. En el caso del empleo doméstico, el artículo 11.3 del RD 1620/2011 de 14 noviembre establece un preaviso mínimo de veinte días cuando la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año.

En definitiva, nuestra legislación no dispone expresamente que el desistimiento durante el periodo de prueba comporte ni una indemnización, ni la necesidad de observar un plazo de preaviso.

B) Ahora bien, todo lo anterior es del todo válido cuando estamos ante un genuino periodo de prueba y ante un desistimiento empresarial ajustado a esa caracterización. Si su establecimiento y duración obedecen a los fines de política legislativa referenciados esa construcción quiebra por la base, al menos en su aspecto dogmático.

Ha quedado acreditado que estamos ante una empresa que activa el desistimiento por causas inherentes a sus problemas de viabilidad, no por razones de orden individual o asociadas al desagrado con la forma de prestar su actividad la trabajadora. El desistimiento contra el que reclama la trabajadora, al igual que el de otras veintisiete personas de la misma empresa, está estrechamente ligado a la imposibilidad empresarial de consolidar los empleos creados.



C) Recordemos que la duración máxima del periodo de prueba para el perfil profesional de la trabajadora es de dos meses ( art. 9.1.b del Convenio Colectivo aplicable; BOCM 26 octubre 2019), coincidentes con el límite supletorio previsto por la Ley, que la terminación del contrato de la trabajadora recurrente se le comunicó tras cuatro meses de actividad y que simultáneamente la empresa desistió de otros 27 contratos, cesando su actividad de manera inmediata.

D) Consideramos que cuando el "periodo de prueba" del contrato de apoyo a emprendedores finaliza, por iniciativa empresarial y transcurrido el tiempo máximo de su duración ordinaria, el supuesto no puede subsumirse en la causa del artículo 49.1.b ET, como viene manteniendo nuestra doctrina.

Puesto que el legislador ha querido extender a ese tiempo (insistamos, más allá del máximo que en la misma empresa es posible fijar para el resto de modalidades contractuales) y a esa funcionalidad (atenta a las posibilidades económicas o similares de la empresa) la figura del desistimiento es claro que no cabe identificar como un despido esa voluntad empresarial. No, al menos, desde la perspectiva de las consecuencias indemnizatorias que derivan del artículo 49 ET y preceptos concordantes.

Pero aunque no estamos ante un despido objetivo, sino ante un desistimiento empresarial, su causa posee esa impronta y, del mismo modo que resulta inadecuado subsumir al supuesto en el artículo 49.1.b ET, cobra sentido la duda sobre si el preaviso debe operar en tal supuesto.

#### **OCTAVO.- Argumentos para aplicar el plazo de preaviso propio del despido por causas objetivas.**

Llegado a este punto de nuestro razonamiento, debemos concluir explicitando las razones que nos conducen a estimar la pretensión de la trabajadora, bien que por argumentos sustancialmente diversos a los de la sentencia referencial.

A) Pese a no estar ante un despido por causas objetivas, es claro el parentesco del desistimiento acaecido con tal figura ("causas económicas, técnicas, organizativas o de producción").

El artículo 53.1.c) ET prescribe que en toda extinción por ese motivo debe existir "un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo", con independencia de cuánto haya durado la previa prestación de servicios.

Puesto que el contrato de trabajo no finaliza por motivo inherente a la persona cesada y se está utilizando el desistimiento empresarial por razones análogas a las que justifican el despido objetivo, el silencio de la Ley 3/2021 bien podría considerarse compatible con la aplicación analógica de esta figura. El artículo 4.1 CC viene disponiendo que "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

Existiendo en nuestro Derecho un plazo de preaviso de quince días para la comunicación de una extinción contractual por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas ( art. 53.1.c ET), la identidad de razón que concurre respecto de casos como el ahora abordado inclina a extender la aplicación de referido plazo (o su equivalente monetario, si se incumpliere). Ello es así no por un deseo de equiparación entre situaciones entroncadas, pero no idénticas, sino porque la analogía ( art. 4.1 CC) entre la causa por la que se admite el desistimiento empresarial y el despido objetivo impide subsumirlo en el artículo 49.1.b) ET, quedando entonces prácticamente al margen del listado legal y sin regulación específica.

B) El artículo 20.2 ET dispone que "el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe". Este verdadero principio general de Derecho queda mal parado si el empleador conoce la existencia de problemas que convierten en inviables los puestos de trabajo generados al amparo de un contrato de apoyo a emprendedores y, estando exente de aplicar las reglas propias del despido por circunstancias objetivas, ni siquiera advierte a su empleada con cierta antelación de su próximo cese.

Del mismo modo que para la dimisión de quien trabaja se exige la observancia de un plazo de preaviso ( art. 49.1.d ET), el desistimiento empresarial en un periodo de prueba que se extiende más allá de lo adecuado a su genuina finalidad debiera ir acompañado de similar advertencia.

C) En el caso del contrato de apoyo a emprendedores, la validez constitucional del periodo de prueba se ha basado en la atribución al mismo de una funcionalidad diversa a la propia que tal institución posee con arreglo a la dogmática implícita en su arquitectura jurídica y, desde luego, a nuestra consolidada doctrina. En esta modalidad contractual, cuando la terminación del periodo de prueba invocada por la empresa tiene lugar transcurrido el plazo máximo que, en condiciones ordinarias, sería posible debe entenderse que el desistimiento se basa en esa funcionalidad alternativa a la clásica. Desde luego, así sucede en el presente asunto.



Aceptar que el periodo de prueba juegue como mecanismo de adecuación de plantillas sin los equilibrios propios del despido por causas objetivas u otras medidas de reestructuración empresarial es una decisión legislativa legítima, como se ha expuesto. Ahora bien, en la medida en que el diseño normativo lo permita, la propia nota de ajenidad inherente a la relación laboral ( art. 1,1 ET) pide que exista cierta contraprestación o equilibrio.

La observancia de un plazo de preaviso, inmediatamente anterior al cese material, o su equivalente monetario, aparece como un contrapeso adecuado.

D) Por último, que la aplicación de tal plazo de preaviso concuerde con las exigencias de la CSE constituye resorte hermenéutico importante, sobre cuyo verdadero alcance, pese a no ser la única razón de nuestra decisión, conviene indagar detenidamente, dado que ha sido el principal argumento tanto de la recurrente cuanto de la sentencia referencial.

#### **NOVENO.- Incidencia de la Carta Social Europea.**

Descartada la oposición del contrato de apoyo a emprendedores y de su periodo de prueba anual tanto a la Constitución cuanto al Derecho de la Unión Europea (como hemos expuesto), hemos de advertir que tampoco cabe hablar de oposición a la CSE por parte de ambas figuras. Lo único que está en juego, sin que ello minimice la enjundia de la cuestión, es si sería exigible un plazo de preaviso razonable cuando el empleador desiste del contrato en casos como el presente.

##### **1. La norma cuya infracción se denuncia.**

A) La Carta Social Europea (CSE) fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mediante Instrumento de 29 de abril (BOE 26 junio 1980) y entró en vigor para nuestro país el 5 de junio de ese mismo año.

La Parte II de la CSE contiene un rico contenido de derechos laborales y sociales, introducidos por la regla general conforme a la cual "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". Dentro de esa Parte II se encuentra el artículo 4º, sobre "derecho a una remuneración equitativa"; como una de sus manifestaciones, los Estados se comprometen "a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación de la relación laboral" (apartado 4). El citado artículo cuarto finaliza disponiendo que "el ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concluidos, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales". Asimismo, en el Anexo se advierte que el artículo 4.4 "se interpretará en el sentido de que no prohíbe un despido inmediato en caso de infracción grave". La ratificación española a la CSE originaria no contiene reserva alguna sobre ese artículo.

B) La Carta Social Europea (revisada) se abrió a la firma el 3 de mayo 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación hasta el 29 de abril de 2021 (BOE 11 junio 2021). En BOE 8 de junio de 2021 aparece asimismo el Instrumento Internacional ratificando el Protocolo Adicional estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas. La CSE revisada y el Protocolo entraron en vigor el 1 de julio de 2021.

En la Parte V de la CSE (revisada) se prescribe que "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas".

C) Las dos reseñadas cuestiones (sistema de reclamaciones colectivas; declaración de la Parte V) son inaplicables, por razones cronológicas a nuestro caso, dado que el desistimiento impugnado acaece el 30 de enero de 2019.

Pero no debe olvidarse que tanto las previsiones constitucionales ( art. 96) cuanto las reglas sobre la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales muestran que "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" (art. 30.1).

D) Por otro lado, la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal



Constitucional [ SSTC 10/2019 (FJ 4º), 23/2019 (FJ 2º), 35/2019 (FJ 2º), 36/2019 (FJ 2º), 80/2019 (FJ 3º) y 87/2019].

E) Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias.

## **2. Virtualidad del artículo 4.4 CSE.**

Debemos recordar que, en el momento de producirse la terminación del contrato de trabajo de la recurrente, la CSE reconocía "el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo"; que el ejercicio de tal derecho debe asegurarse mediante convenios colectivos "o mediante cualquier otro procedimiento adecuado"; que no es posible reconducir el desistimiento enjuiciado a la categoría habitualmente activada; que no hay una regulación específica de tal negocio jurídico en el contrato de apoyo a emprendedores.

No siendo adecuado trasladar al caso el régimen común del desistimiento durante el periodo de prueba, la previsión del artículo. 4.4 de la CSE actúa como un resorte interpretativo auxiliar. Su remisión a los convenios colectivos puede inducir a pensar que no estamos ante una norma aplicable sin esa intermediación. Sin embargo, vale la pena recalcar la excepcionalidad del supuesto examinado y la interpretación del CEDS sobre incompatibilidad de la Ley 3/2012 con el artículo 4.4 de la CSE.

Habida cuenta de que la intermediación que la CSE interesa no se dirige en exclusiva a los convenios colectivos y de que la interpretación concordante de las normas nacionales e internacionales constituye una exigencia de la unidad del ordenamiento ( art. 9.1 CE) consideramos que el precepto en cuestión opera como un relevante apoyo de la conclusión a que hemos accedido en el Fundamento anterior.

Siendo la observancia de tal plazo de preaviso concorde con la identidad de la causa extintiva manifestada en forma de desistimiento, constituye un apoyo para nuestra conclusión el que con esta interpretación integradora (catalogable como "procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales") nuestro ordenamiento deje de estar confrontado con las exigencias del artículo 4.4 CSE, tal y como estimara el CDES. Las reservas sobre aplicabilidad directa de la CSE antes de ratificar su versión revisada o la utilización de un concepto indeterminado para aludir al plazo de preaviso deben ser superadas por todos los argumentos expuestos. Como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada.

De este modo, cuando la misión legal y constitucionalmente asignada al periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores (que la empresa pueda comprobar la viabilidad del puesto de trabajo creado) desemboca en un resultado negativo, el empleador puede desistir libremente de la relación laboral. Ahora bien, la analogía con el régimen propio del despido objetivo y la sintonía de esa facultad con la exigencia de la CSE invita a considerar exigible el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c ET.

## **DÉCIMO.- Resolución.**

### **1. Unificación doctrinal.**

A la vista de cuanto antecede concluimos que el periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común. En este caso debe observarse el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c) ET por varias razones: analogía con el despido objetivo; concordancia con el plazo de preaviso "razonable" contemplado en la Carta Social Europea; cumplimiento de buena fe de los derechos y obligaciones contractuales; ajenidad del contrato de trabajo.

La doctrina que ahora acuñamos no afecta al desistimiento durante el periodo de prueba ordinario, con duración acorde a su finalidad paradigmática. Tampoco a los supuestos en que, pese a haberse celebrado un contrato de apoyo a emprendedores, el desistimiento empresarial acaezca dentro de los límites ordinarios de su duración.

La estimación del recurso, en fin, no significa asumir la argumentación de la sentencia referencial en sus propios términos.

### **2. Pronunciamientos anejos.**

El artículo 228.2 LRJS comienza disponiendo que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en



suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En nuestro caso, solamente procede una anulación parcial, dado que han fracasado los dos primeros motivos del recurso y de que hay que rectificar el pronunciamiento de suplicación solo para dar entrada al reconocimiento del derecho de la trabajadora a percibir el importe reclamado por haberse omitido el plazo de preaviso de quince días. En lo demás, permanece inalterada la estimación del recurso de suplicación que interpuso la Abogacía del Estado.

También prescribe el artículo 228.2 LRJS que en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe. En esta ocasión no es necesario adoptar decisión alguna sobre estas cuestiones, debiendo asumir cada parte las costas procesales causadas a su instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Estimar el tercer y subsidiario motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Sonia , representada y defendida por el Letrado Sr. Fiol García.

2º) Casar y anular parcialmente la sentencia nº 868/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de noviembre de 2019, en la medida necesaria para reconocer el derecho de la trabajadora al percibo de la indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir como consecuencia de la inobservancia del plazo de preaviso, cifrados en 528 euros.

3º) Declarar firme el resto de los pronunciamientos de la citada sentencia, al resolver el recurso de suplicación nº 958/2019, interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la sentencia nº 317/2019 de 11 de noviembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, en los autos nº 356/2019, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Roithmann Management Capital, S.L., y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

4º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.