



Roj: **STSJ ICAN 1420/2016 - ECLI:ES:Tsjican:2016:1420**

Id Cendoj: **35016340012016100345**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2016**

Nº de Recurso: **581/2015**

Nº de Resolución: **30/2016**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **HUMBERTO GUADALUPE HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 06

Fax.: 928 32 50 36

Sección: CAR

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000581/2015

NIG: 3501644420140006623

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000030/2016

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000647/2014-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado:

Recurrente Calixto DOMINGO TARAJANO MESA

Recurrido Gregorio

FOGASA FOGASA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 28 de enero de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. MARÍA JOSÉ MUÑOZ HURTADO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000581/2015, interpuesto por D. Calixto , frente a Sentencia 000350/2014 del Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000647/2014, en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ.



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. Calixto , en reclamación de Despido siendo demandados FOGASA y Gregorio y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 6.11.2014 , por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO. D. Calixto prestó servicios por cuenta y dependencia de la entidad VIDAL GARCÍAS FRANCISCO MIGUEL con la antigüedad de 14 de febrero de 2014, categoría profesional de freganchín y salario diario prorrateado de 47,05 euros.

SEGUNDO. La modalidad contractual empleada fue contrato indefinido de apoyo a emprendedores ( artículo 4 RD-ley 3/12, de 10 de febrero , de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y en consecuencia, con un periodo de prueba de un año.

TERCERO. En fecha 18 de julio de 2014 la entidad empresarial comunicó al actor la extinción de la relación laboral por no superación del periodo de prueba.

CUARTO. La mensualidad de julio 2014 se abonó mediante transferencia bancaria el día 11 de agosto de 2014 por importe de 745,83 euros; así como la liquidación por importe de 961,63 euros.

QUINTO. se agotó la vía previa.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: DESESTIMAR la demanda interpuesta por D. Calixto contra la entidad VIDAL GARCÍAS FRANCISCO MIGUEL en materia de despido y cantidad, ABSOLVIENDO al demandado de todas las pretensiones deducidas en su contra.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D. Calixto , siendo impugnado de contrario, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda del actor con categoría profesional de freganchín, quien accionó por despido alegando que su cese por supuesta no superación del periodo de prueba de un año de duración, del contrato de trabajo indefinido constituía un fraude y era contrario a la Carta Social Europea.

Contra la misma se alza la parte recurrente, formulando el presente recurso, con base en un único motivo de censura jurídica.

Así, con amparo en el art. 193.c) de la LRJS alega infracción del art. 56.1.1) en relación con el art. 6 del Código Civil , en cuanto al fraude en la contratación, y la Carta Social Europea.

Sostiene, repitiendo la argumentación de la demanda, que el periodo de prueba de un año es fraudulento, y, además, contrario a la Carta Social Europea.

Para dar solución a la cuestión así planteada hay que partir de la naturaleza jurídica del periodo de prueba, para luego examinar la legalidad del periodo de prueba del contrato de emprendedores y su ajuste a la legalidad, no solo desde la perspectiva constitucional, sino a la luz de los Tratados y en concreto de la Carta Social Europea, para finalmente resolver, caso de considerarlo ilegal que efectos jurídicos produciría tal ilegalidad.

A) En cuanto a la naturaleza jurídica y finalidad del periodo de prueba:

En nuestro ordenamiento jurídico, el periodo de prueba es la fase inicial de una relación de trabajo que tiene por finalidad que las partes conozcan sus características, así como las aptitudes del otro contratante, y puedan por tanto decidir acerca de la continuidad o no de la relación.

Las finalidades perseguidas por el período de prueba pueden quedar resumidas en las dos siguientes. De un lado, el conocimiento recíproco de los contratantes y la valoración por parte de los mismos de las aptitudes del otro y de las características e implicaciones de la relación establecida entre ellos, para decidir "definitivamente" el mantenimiento de la misma. Pero, por otro lado, el período de prueba, en su aspecto fundamental, opera desde la óptica de la consolidación de la confianza recíproca entre las partes del contrato. Ciertamente, "la función de ese período puede ser no sólo el apreciar la capacidad técnica del trabajador, que además el título no garantiza, sino otros muchos elementos que pueden ser a veces importantes en un contrato de trabajo, como puede ser la actitud ante el propio trabajo o ante los compañeros o superiores, la puntualidad u otras muchas circunstancias que influyen en una relación tan compleja como puede ser la laboral" ( STSJ Extremadura 15-11-1993 ).



En nuestro país, el período de prueba no se configura como un contrato en sí mismo sino como una fase inicial del contrato de trabajo de duración indefinida o determinada, en la que se alteran las normas reguladoras de la extinción del propio contrato, de modo que el empresario puede proceder a la extinción con mayor facilidad si llega al convencimiento de la no conveniencia de continuar la relación preestablecida.

En todo caso ha de pactarse por escrito, y como particularidad fundamental presenta que en cuanto a la resolución del contrato dentro del periodo de prueba no existen límites de orden causal en el sentido de que durante el mismo, en principio, cualquiera de las partes puede extinguir el vínculo sin necesidad de alegar ni acreditar ninguna justificación de orden social.

Pese a tal afirmación general tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido estableciendo excepción a la regla de la extinción sin causa en el periodo de prueba.

Y así;

a) Se ha fijado como límite a tal facultad empresarial el necesario respeto a los derechos fundamentales ( T.C. 94/1984 ; 198/1968 y 166/1988 ).

b) También en aquellos casos en los que exista una situación de ilegalidad en el periodo de prueba, porque el empresario ya conocía las aptitudes del trabajador.

c) Se ha aplicado la doctrina del abuso de derecho, al entender el Tribunal Supremo que al otorgar el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores prioridad a la regulación convencional de periodo de prueba en los Convenio Colectivos, y deslegalizar la materia, viene el Convenio Colectivo, como norma jurídica, sujeta en su regulación a los límites que llamaríamos naturales del periodo de prueba, sin que pueda el legislador convencional establecer un periodo que desnaturalice lo que es un periodo de prueba habida cuenta la finalidad del mismo.

Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12.11.2007, Recurso nº 4341/2006 , declaró nulo el periodo de prueba de 2 años, utilizando el siguiente argumento:

"...El art. 14 ET otorga preferencia, en cuanto al plazo de periodo de prueba, a la regulación que se establezca en los Convenios Colectivos, en este caso el X Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Publicidad e Información, S.A. publicado en el BOE de 14 de diciembre de 2004, que en su art. 14 e ) dispone lo siguiente: "Todo el personal de nuevo ingreso estará sujeto a un período de prueba de trabajo efectivo, de acuerdo con la normativa siguiente: Personal Técnico: 5 meses. Personal de Ventas: Dadas las características inherentes al desempeño del puesto y la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado que permita al trabajador adquirir la experiencia que como vendedor debe poseer, se establece, para el Promotor de Entrada, un período de prueba de dos años. El resto del personal de ventas, tendrá un período de prueba de 6 meses. Personal Administrativo y Oficios Varios: 2 meses. Personal de Edificios: 15 días. Durante esos períodos, ambas partes son libres de rescindir el contrato sin indemnización de ninguna clase. Superado este periodo sea de modo expreso o tácito, el trabajador quedará incorporado a la empresa en los términos fijados en el contrato, si lo hubiera, computándose dicho período de prueba a efectos de antigüedad, vacaciones y periodos de adaptación y formación. Quienes con anterioridad a la fecha de la Convocatoria hubieran trabajado un total de más de tres meses, en el período del último año a la publicación de la misma, y para el Área a la cual estuvo desempeñando sus funciones con carácter eventual, fijos o periódicos con carácter discontinuo, en prácticas o a tiempo parcial, becarios o trabajadores de ETT mantendrá el derecho preferente para el ingreso en la empresa, mediante el Concurso-Oposición".

La cuestión litigiosa estriba por tanto en decidir si esa cláusula de duración de dos años del periodo de prueba establecida para el Promotor de Entrada constituye o no un abuso de derecho, teniendo en cuenta que el tiempo de prueba debe adecuarse a la finalidad misma de la institución que no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido.

En el caso que nos ocupa, parece claro que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste, pues, como en ella se señala, 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 período de prueba tan prolongado. La peculiaridad esencial a la que se refiere el propio convenio es la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado, pero una formación durante tan prolongado período no se compagina bien con las características de un puesto de trabajo como el que nos ocupa, y, aparte de no hacerse constar que tal formación se haya impartido ni durante cuanto tiempo, resultaría excesiva a todas luces -a no ser que se quiera vincular el período de prueba a una formación continua- sobre todo si se compara con el resto de personal de ventas, incluidos los que



ocupan puestos de mayor categoría y complejidad, para los que se establece un período de prueba de 6 meses solamente...".

B) En cuanto a la constitucionalidad del periodo de prueba del contrato de emprendedores:

La cuestión de la constitucionalidad del periodo de prueba, del propio contrato de emprendedores y de la posible vulneración de la negociación colectiva (de establecer la indisponibilidad de tal periodo por la negociación colectiva), ha sido abordada y resuelta por el Tribunal Constitucional que entiende que la regulación legal es ajustada a la Constitución.

Así lo afirma en las Sentencias de 119/2014 y 8/2015 cuando afirman:

"...b) Consideran los recurrentes, que se ha producido la lesión del derecho al trabajo ( art. 35.1 CE ) por la afectación de los principios de estabilidad en el empleo y de causalidad de la extinción contractual, vulneración que es negada por el Abogado del Estado al considerar que la duración del período de prueba resulta razonable.

Este motivo de impugnación ha sido resuelto por la STC 119/2014, de 16 de julio , en la que hemos rechazado que el precepto impugnado vulnere el art. 35.1 CE en tanto que la previsión cuestionada relativa a la duración del período de prueba 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.

En este sentido, hemos advertido, en primer lugar, que dentro de un escenario de grave crisis económica, la medida controvertida persigue como finalidad incentivar la contratación indefinida, sobre todo de los colectivos de desempleados más vulnerables (jóvenes, mujeres en ciertos casos y mayores de 45 años). En segundo lugar, que tiene, como el propio contrato de trabajo en el que se inserta, un 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. En tercer lugar, que posee un alcance limitado en tanto que se aplica sólo en empresas de pequeñas dimensiones, en las que hay mayores reticencias para optar por la contratación indefinida por la dificultad de afrontar eventuales riesgos económicos. En cuarto lugar, que 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 contratado y al mantenimiento del nivel de empleo del resto de la plantilla de la empresa contratante. Y, en fin, que tal medida se acompaña de otras que pretenden atemperar el aspecto más gravoso que para el trabajador tiene un período de prueba de mayor duración, como son, de un lado, la eventual compatibilización del salario con la prestación de desempleo o el mantenimiento del derecho a su percepción a la finalización, y, de otro, y esto es lo más relevante, que a la superación del mayor período de prueba se le anuda el carácter indefinido de la relación laboral. Todo ello, permite afirmar que aun cuando el precepto impugnado faculta al empleador la rescisión unilateral ad nutum del contrato durante un período más amplio del previsto con carácter general en la normativa laboral, sin embargo, se cumple en este caso con el requisito de la proporcionalidad. En efecto, a la vista del carácter excepcional y temporal de la medida, su limitado alcance, así como su finalidad de fomentar la contratación y el empleo estable (sobre todo de los desempleados con mayores dificultades ocupacionales) durante una situación de crisis económica, cabe apreciar que concurre la proporción exigible entre el sacrificio que a las garantías del trabajador supone la adopción de la medida y los beneficios, individuales y colectivos, que la misma reporta. Además, 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. Tal circunstancia resulta particularmente relevante en el actual contexto económico, ya que, como apunta el Abogado del Estado, esta disposición permite que las pequeñas empresas puedan hacer uso de esta modalidad contractual para ponderar los riesgos económicos asociados a la suscripción del contrato.

En definitiva, incluso admitiendo que el legislador podría haber adoptado otras medidas alternativas a la aquí cuestionada, lo cierto es que, desde la estricta perspectiva constitucional, la fijación de un periodo de prueba de un año en el contrato de trabajo previsto en el art. 4.3 de la Ley 3/2012 no vulnera el art. 35.1 CE , pues, «en términos razonables y proporcionados pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE » [ STC 119/2014, de 16 de julio , FJ 3 f)].

c) A juicio de los recurrentes, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera también el art. 37.1 CE por establecer una regulación indisponible para la negociación colectiva, infracción rechazada por el Abogado del Estado al considerar que el precepto constitucional no impide su carácter imperativo.



Esta impugnación ha sido también resuelta en la STC 119/2014 , en la que hemos tenido la oportunidad de indicar que el carácter imperativo de la regulación legal impugnada (sobre la duración del período de prueba de un año y su consiguiente indisponibilidad para la negociación colectiva) goza de una justificación legítima, razonable y proporcionada, dado que «[l]a 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». Por ello, a la vista de la finalidad y alcance de la previsión cuestionada, y una vez ponderados los intereses constitucionales en juego, alcanzamos la conclusión de que «no puede tildarse de lesiva del art. 37.1 CE la decisión del legislador de establecer en un año la duración del período de prueba del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con el carácter de norma imperativa indisponible para la negociación colectiva» [apartado b) del fundamento jurídico 3 C)].

d) Para los recurrentes, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 infringe también el art. 24.1 CE por impedir un efectivo control judicial sobre la decisión empresarial y no conllevar resarcimiento para el trabajador. El Abogado del Estado lo niega, al ser posible la revisión con el alcance que lo permite la propia naturaleza de la institución del período de prueba.

Este motivo de impugnación también ha sido rechazado en nuestra STC 119/2014, de 16 de julio , en la que hemos descartado la infracción del art. 24.1 CE 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. Tal y como advertimos en esa Sentencia, 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)].

e) Finalmente, los recurrentes sostienen que el art. 4.3 impugnado vulnera el 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. Según el Abogado del Estado, se impone la desestimación de este motivo al no existir un derecho constitucional al tratamiento diferenciado.

Los recurrentes cuestionan un efecto jurídico del período de prueba cuya regulación no se efectúa en el art. 4.3 impugnado, sino en las normas a las que se remite, únicas a las que, en su caso, podría imputarse el vicio de inconstitucionalidad. Con independencia de ello, este nuevo reproche de inconstitucionalidad tampoco puede ser acogido dado que los recurrentes no ofrecen un término válido de comparación para efectuar el juicio de igualdad. Efectivamente, los colectivos de trabajadores que se contrastan se rigen por regímenes jurídicos diversos, resultando plenamente diferenciadas las modalidades contractuales a las que unos y otros están sometidos. Con todo, 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 ...".

Cabe pues sintetizar los argumentos de la misma en los siguientes términos:

"...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 ofrecerles, 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..."

Aparece, pues, según el Tribunal constitucional el periodo de prueba del contrato de emprendedores como plenamente constitucional (pese a existir un Voto Particular importante discrepante) que no atiende a la finalidad clásica de facilitar el conocimiento por el empresario de las aptitudes del trabajador para el trabajo, sino que aparece como una medida de fomento de la contratación en periodo de crisis, de tal forma que es irrelevante aquella finalidad clásica.

C) En cuanto a la acomodación del citado periodo de prueba al derecho comunitario:

También ha abordado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la acomodación de dicha norma al Derecho de la Unión, resolviendo en la Sentencia de 5.2.2015 (caso Grima Janet Nisttahuz Poclana contra José María Ariza Toledano (TJCE 2015/3 ) concluyendo que no se pronunciaba sobre la cuestión.

Así, se afirma:

"...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).

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)..."

D) En cuanto a la aplicabilidad de la legislación internacional (tratados) en el derecho interno y el examen de la sujeción del contrato de emprendedores, y, en concreto, del periodo de prueba, al contenido de los mismos.

Llegados a este punto tenemos:

1) Que el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del contrato y del periodo de prueba.

2) Que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que no es su competencia el examen del la Ley 3/2012, porque al aplicar la misma el Estado Español no aplica el Derecho de la Unión.

Afirmado lo anterior lo que queda por examinar es si, tal y como plantea el recurso, la norma citada lesiona la Carta Social Europea, y, en concreto las decisiones de el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Y ello hay que plantearlo porque el citado Comité ha resuelto que el art. 4.3º de la Ley 3/2012 (que regula el contrato de emprendedores) no está en conformidad con el art. 4 de la Carta de 1961, sobre la base de que el periodo de preaviso se excluye en el despido durante el periodo de prueba del personal contratado para apoyo a los emprendedores.

Ello nos lleva de lleno a examinar la aplicabilidad en el Derecho interno del Derecho Internacional supracomunitario; y, además, la aplicabilidad de la Carta Social Europea, y más concretamente de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, y el carácter vinculante o no de sus resoluciones.

1) Por lo que respecta a la aplicabilidad de los Tratados Internacionales ratificados por España la cuestión está fuera de toda duda. Así:

Según la Convención de Viena sobre el derecho de tratados: 26 "Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fé" ... 27.. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su tratado..."

Según el art. 96.1 de la Constitución Española dice: "...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..."

Según el art. 31 de la Ley 25/2014 de 27 de Noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales se dice: "...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..."

Se acepta, pues, que el Tratado está supeditado a la Constitución, y, además, se acepta por la doctrina internacionalista que el art. 96 de la Constitución Española establece un principio de supralegalidad de los tratados, colocándolos por encima de la legalidad ordinaria en el ámbito de la jerarquía normativa, lo que implica una superioridad jerárquica que impide que una Ley posterior pueda primar sobre una disposición de un Tratado Internacional.

2) Por lo que respecta a la aplicación directa de la Carta Social Europea y de los informes del Comité Europeo de Derechos Sociales:

Se plantea la cuestión porque existe un sector doctrinal importante, así como resoluciones judiciales diversas que cuestionan la aplicabilidad directa de la citada Carta.

La Sala considera que la Carta es, como tratado que es, aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, y sujeto al régimen jurídico que resulta del art. 96 de la Constitución Española y de sus normas de desarrollo.

En este sentido comparte y hace suya el extenso razonamiento que sobre la cuestión se hace en el Voto Particular de la Sentencia de 22.6.2015 (Recurso 134/2015) de la Sala de lo Social del T.S.J . de Cataluña en el que se afirma:

"... 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 sin o 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, párr 57) . El rango superior del tratado sobre la Ley ha sido reconocido también 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 Dª 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 de 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 de 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....

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...".

A partir de lo expuesto considera la Sala que es de plena aplicación directa la Carta de 1969, y en concreto su art. 4, y obviamente los informes del Comité Europeo de Derechos Sociales, en la medida en que interpretan y delimitan el sentido de las reglas y preceptos que se contienen en la Carta, y que son en definitiva la interpretación auténtica del Tratado.

Esta es la conclusión obligada a la luz de los razonamientos que se acaban de exponer, lo que obliga para finalizar a analizar a la luz de las normas y Tratados citados la legalidad del citado periodo de prueba, (habida cuenta la conclusión del Comité Europeo de Derechos Sociales), y el el alcance y efectos de una hipotética legalidad.

E) En cuanto a la posible ilegalidad y eficacia del periodo de prueba del contrato de emprendedores:



Afirmada la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, hay que decir que la norma española sujeta ahora al control de convencionalidad no cumple el primer contenido positivo claro de la norma de la Carta Social Europea (art. 4.4.) que exige que se establezca un plazo razonable de preaviso.

Existe según la misma, que es ya derecho interno español, una obligación clara y precisa que es la de fijar un plazo, y hay, además, un claro incumplimiento por el legislador interno de dicha obligación.

Afirmado esto, la cuestión a dilucidar es cuales han de ser las consecuencias jurídicas que se derivan de ese incumplimiento; y al respecto hay que tener en cuenta como dato esencial que la regulación de la Ley 3/2012 establece un periodo de prueba de un año, y lo que omite es la fijación del periodo de preaviso razonable.

Es decir, no se cuestiona por el informe del Comité Europeo de Derechos Sociales, ni el periodo mismo de prueba, ni la duración fijada de un año, sino que se denuncia la omisión del preaviso.

A la vista de ello la Sala estima que la solución ha de ser no la nulidad del periodo de prueba, sino la fijación de la indemnización correspondiente a la ausencia de preaviso razonable.

En efecto, en nuestro ordenamiento se establece en diferentes supuestos la obligación de preaviso, y se regulan las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

Así:

1) En el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores , cuyo nº 1 letra c) que obliga a preavisar con 15 días la finalización de los contratos temporales de duración superior al año, y cuya omisión se sanciona por la jurisprudencia con el abono de esos 15 días en concepto de indemnización.

2) El art. 53 del Estatuto de los Trabajadores a propósito del despido objetivo que impone la concesión de un plazo de preaviso de 15 días, afirmando que la concesión del preaviso no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo.

3) La propia doctrina del Tribunal Supremo que en los casos de trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas que han sido cesados por amortización de la plaza por cobertura de la vacante les reconoce el derecho a ser indemnizados con una indemnización equivalente a un preaviso de 15 días de salario.

Así, cabe traer a colación la Sentencia de fecha 6.10.2015 (Recurso nº 2592/2014), del Tribunal Supremo , cuando afirma:

"...Decíamos en el Fundamento de Derecho tercero que la solución indemnizatoria prevista en la letra c) del artículo 49 ET para determinados contratos temporales resulta de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas. Como es sabido, ese precepto establece que el contrato de trabajo se extinguirá por "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato ". Y se añade que "A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación". Norma que se completa con la Disposición Transitoria 13ª ET en cuanto a la aplicación temporal en función de la fecha de contratación y que cabe también aplicarla a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante. Además de la legislación interna, esa solución cabe extraerla de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se puede ver con claridad en el Auto de dicho Tribunal de 11 de diciembre de 2.014, dictado en el asunto C-86/14 , Ayuntamiento de Huétor Vega, en el que se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de los Social número 1 de los de Granada sobre el alcance de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y en relación con el cese sin indemnización alguna por cobertura reglamentaria de la plaza de una empleada del referido Ayuntamiento.

La doctrina del TJUE en el caso es la siguiente:

En primer lugar se afirma que los trabajadores indefinidos no fijos "se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de este Acuerdo marco, en la medida en que dicho trabajador ha estado vinculado a su empleador mediante contratos de trabajo de duración determinada ..."

Después se dice en la parte dispositiva de dicho Auto que " El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de



duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos".

Y por último, desde esa evidencia de que la legislación interna no contiene ninguna medida efectiva para sancionar los abusos resultantes de esa utilización de los contratos de trabajo, se afirma que corresponde al Tribunal nacional "...apreciar, con arreglo a la normativa, a los convenios colectivos y/o a las prácticas nacionales, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante ... para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada...".

Desde la perspectiva que proporciona esa doctrina aparecen plenamente ajustada a la misma la sentencia de 31 de marzo de 2.015 (recurso 2156/2014 ), aclarada por auto de 14 de mayo de 2.015 , de conceder al demandante -indefinido no fijo que cesó por cobertura reglamentaria de la vacante- en aquél caso una indemnización de ocho días por cada año de servicio prevista en el artículo 49.1 c) ET .

Del mismo modo, en el caso que ahora resolvemos de lo razonado hasta ahora se desprende que, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la demandante habrá de ser desestimado, desde el momento en que el cese se ajustó a derecho y esa decisión no constituyó despido, si bien procede establecer como consecuencia de ese cese la indemnización legalmente prevista de ocho días por cada año de servicio prestado por la demandante 6 (desde el salario y la antigüedad acreditada de 2 de septiembre de 1.997) en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 49.1 c) y en la manera que se establece en Disposición Transitoria 13ª del Estatuto de los Trabajadores ...".

En esta línea de fijación del abono del preaviso se orienta la Sentencia del T.S.J. de Cataluña de 22.6.2015 (Recurso nº 134/2015 ) que, pese a desestimar la aplicación del informe del Comité Europeo de Derechos Sociales en un "obiter dicta" afirma:

"...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...".

Y esa misma línea la apunta el propio Voto Particular de la Sentencia cuando dice:

"...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)...".

A partir de todo lo expuesto estimamos que aunque no procede declarar la existencia de despido, pues ha existido una válida extinción del contrato, si que procede, como hace la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada de 6.10.2015, (Recurso nº 2592/2014 ), fijar la correspondiente indemnización por falta de preaviso que la Sala entiende que ha de ser la prevista tanto en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores como en el 51 del mismo cuerpo legal , a saber, el importe de 15 días de salario.

Procede, por ello, la estimación parcial del recurso en tales términos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**



Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Calixto , contra Sentencia 000350/2014 de 6 de noviembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos de 0000647/2014, sobre Despido, que revocamos en el sentido, mantener el pronunciamiento general de la misma, y declarar el derecho del actor a percibir la indemnización de 15 días de salario, condenando a la empresa a su pago, y manteniendo el resto del pronunciamiento de la sentencia de instancia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

#### ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 ? previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/0581/15, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.