



Roj: **AJSO 3/2014 - ECLI:ES:JSO:2014:3A**

Id Cendoj: **28079440232014200001**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **23**

Fecha: **04/03/2014**

Nº de Recurso: **860/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JORGE JUAN GUILLEN OLCINA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AJSO 3/2014,**
SJSO 19/2015,
PTJUE 281/2015

Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid

Domicilio: C/ Princesa, 3 - 28008

Teléfono: 914438568,914438569

Fax: 914438450

44038301

NIG : 28.079.00.4-2013/0037367

Procedimiento Despidos / Ceses en general 860/2013

Materia : Despido

DEMANDANTE: D./Dña. Socorro

DEMANDADO: Eladio

A U T O

En Madrid a cuatro de marzo de dos mil catorce

I.- HECHOS

1º.- Antecedentes Procesales

Primero .- Las letradas Dña. Silvia Rodríguez García y Dña. Carla Checa del Valle, en defensa de Dña. Socorro (en lo sucesivo "la actora" o "la demandante"), han presentado antes estos Juzgados de lo Social de Madrid, el 2 de julio de 2013, "**Demanda de Despido**", frente a la empresa, "Taberna del Marqués", cuyo titular es D. Eladio (en lo sucesivo "la demandada"), relatando los hechos y citando los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, para suplicar se dicte sentencia, "por la que, con estimación de lo alegado se declare la improcedencia del despido y se condene a la demandada, a su opción, a la readmisión en idénticas condiciones ostentadas hasta el cese, o a abonar al actor una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, todo ello sin perjuicio de lo que se fije en conclusiones definitivas".

Segundo .- Una vez subsanado el defecto procesal observado en la demanda, de no acreditar la celebración del intento de conciliación previa, admitida finalmente a trámite, se señaló para la celebración del acto de juicio verbal la audiencia del día, 24 de octubre de 2013, fecha en que comparecieron las partes asistidas de sus letrados y, tras el intento de conciliación previa, la parte actora se ratificó en los hechos y peticiones contenidos



en su demanda, mientras que la demandada se opuso a la misma solicitando su desestimación. En trámite de prueba se propuso por ambas partes la de documental que fue practicada previa declaración de su pertinencia con el resultado que obra en las actuaciones y elevadas que fueron las conclusiones a definitivas, se declararon los autos conclusos y vistos para sentencia. De lo actuado queda constancia en el acta firmada por las partes, así como en grabación audiovisual.

Tercero .- Advirtiéndose que para dictar sentencia es preciso interpretar una nueva modalidad de contrato de trabajo denominada, "contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores", instaurado por la "Reforma Laboral de 2012", que se puso en marcha a partir de la promulgación del RDL 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y posteriormente, tras su tramitación parlamentaria como proyecto de Ley, por la Ley 3/2012, de 6 de julio (en el BOE del 7 de julio de 2012) con igual nombre que la disposición originaria y contenido muy similar, se acordó oír a las partes por término de cinco días sobre la procedencia de formular cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), informando a las partes que el juzgador considera que el art. 4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que regula el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, del que nace la relación laboral cuya extinción se enjuicia, podría ser contrario al Derecho de la Unión Europea, concretamente, a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada y al derecho fundamental que, el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) - que forma parte de los Tratados, como proclama el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) - reconoce a los trabajadores a gozar de protección en caso de despido injustificado, "de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales", lesionando virtualmente también, los principios fundamentales que dimanaban de la Carta Social Europea (art. 4, apartados 3 y 4) - a la cual se adhirió expresamente el Tratado de la Unión Europea (TUE) - y el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (art. 4), sobre la terminación de la relación de trabajo, firmado por gran número de los Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos España.

Cuarto .- Se ha registrado escrito de la parte demandante, el 7 de febrero de 2014, solicitando se acuerde plantear cuestión prejudicial del TJUE, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar resolución, el 3 de marzo de 2014.

2º.- Hechos que dan lugar a la controversia entre las partes

A los efectos del planteamiento de esta cuestión prejudicial es necesario tener en cuenta los siguientes hechos:

1º.- la actora, de nacionalidad boliviana, trabaja por cuenta de la empresa demandada, "Taberna del Marqués", dedicada a la actividad de Hostelería, como Cocinera, en virtud de la suscripción, el 16 de enero de 2013, de un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, a tiempo completo, en cuya cláusula segunda se estipula la duración indefinida del contrato y se establece un periodo de prueba de un año en todo caso y, en la cláusula undécima, que este contrato podía ser cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

2º.- En lo no estipulado en el contrato de trabajo se pactó que se aplicaría el Convenio Colectivo de Hostelería.

3º.- Que la trabajadora cayó de baja por enfermedad común, el día 21 de mayo de 2013, iniciando situación de incapacidad temporal.

4º.- Por carta remitida a la demandante por medio de burofax, el 31 de mayo de 2013, se le comunicó que causaba baja en la empresa, con efectos desde esa fecha, por no superar el periodo de prueba.

5º.- Que de las actuaciones practicadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los días 30 de julio y 16 de agosto de 2013, se comprobó que la empresa dejó de abonar a la trabajadora demandante las retribuciones devengadas durante el mes de mayo de 2013 y la liquidación de partes proporcionales de pagas extras y vacaciones devengadas durante el periodo trabajado, efectuándose por la Inspección de Trabajo requerimiento de pago de lo adeudado.

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Conforme al art. 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia - referido al contenido de la petición de decisión prejudicial - junto al texto de las preguntas formuladas al Tribunal con carácter prejudicial, la petición de decisión prejudicial contendrá: a) una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones; b) el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente; c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas



disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.

I.- SOBRE EL DERECHO NACIONAL APLICABLE

1.1. El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

El "Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores", es una modalidad contractual que conforme se expone en el Preámbulo de la Ley 3/2012, se crea para facilitar la contratación de trabajadores por parte de empresas de menos de 50 trabajadores, que son las que están sufriendo con mayor intensidad los efectos negativos de la crisis económica y que se muestran más reticentes a la contratación de nuevo personal, para lo cual estos contratos gozarán de incentivos fiscales y bonificaciones en el pago de las cuotas de Seguridad Social.

Se expone en esa Ley que las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el 99,23 % de las empresas españolas, por lo que la nueva modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido va destinado prácticamente a todos los empleadores de España.

Finalmente, se afirma para justificar su creación que la crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades e insostenibilidad del modelo laboral español y que, "la reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social", apelando con ello a la flexiguridad, que constituye el criterio directriz y el objetivo de las políticas de empleo en la Unión Europea .

1.2. El periodo de prueba en estos contratos de trabajo indefinidos

Desde la perspectiva de las relaciones laborales y de la cuestión que se ha de enjuiciar, el rasgo definitorio del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es sin duda, la duración del periodo de prueba, que como recoge el art. 4.3 de la Ley 3/2012 , "será de un año en todo caso".

Se dispone en ese precepto que si bien el régimen jurídico de este contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, se exceptúa de esa posibilidad de regulación convencional, y por tanto de negociación colectiva, la duración del periodo de prueba a que se refiere el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores , que será de un año en todo caso.

Esta duración es muy superior a la que con carácter general establece el art. 14 de la norma legal laboral (el Estatuto de los Trabajadores (ET)), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) que dispone que en defecto de pacto en convenio colectivo, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores, salvo que se trate de empresas de menos de veinticinco trabajadores, en cuyo caso no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

Así, mediante la utilización de esta nueva modalidad contractual, el periodo de prueba pasa, para los trabajadores sin cualificación especial que accedan al mercado de trabajo, de dos o tres meses a doce meses, y para los técnicos titulados, de seis a doce meses. Es de destacar también, que el párrafo tercero, del art. 4 Ley 3/2012 , no establece tramos diferenciados de duración del periodo de prueba de acuerdo a la capacitación o formación del trabajador contratado. A todos los potenciales trabajadores, sean técnicos de superior cualificación o meros operarios se les aplica por igual un periodo de prueba de un año, durante el cual, sin exigencia de preaviso alguno y sin pago de una indemnización compensatoria, el empleador - también sinalagmáticamente, el trabajador - podrá desistirse libremente de la relación laboral, sin necesidad tampoco de alegar una causa que justifique la resolución unilateral del contrato.

Al disponer también, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 , que la duración del periodo de prueba será, "en todo caso" de un año, parece que el legislador ha pretendido con esta expresión sustraer a la negociación colectiva la posibilidad de una regulación alternativa que eventualmente pudiera rebajar la duración de ese periodo en razón de las circunstancias concurrentes en la actividad para la que el trabajador resulte contratado. Tampoco parece posible, en los términos imperativos de esta regulación, la existencia de un pacto entre las partes para reducir la referida duración del periodo de prueba.

De esta manera, no sólo estamos ante un periodo de prueba de anormal duración en nuestra tradición jurídica, sino que además, el mismo se encuentra esencialmente desnaturalizado al desligarse deliberadamente de las características profesionales del empleado contratado, lo que entraña sin duda alguna la paradoja de que,



bajo el ropaje formal de un contrato indefinido, se oculta la posibilidad de utilizar un contrato de duración determinada, de hasta un año de vigencia, sin necesidad de estipular condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, un contrato con absoluta libertad de desistimiento, en contravención, no solo de las normas antes referidos - la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Carta Social Europea y el Convenio nº 158 OIT - sino también, de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, como se intentará exponer más adelante.

De este modo, pese a que el contrato se califica como indefinido, el periodo de prueba precariza la contratación de quienes sean objeto de esta modalidad contractual, al menos durante el primer año de vigencia, pues durante ese periodo podrá producirse la resolución del contrato de trabajo a instancia del empresario, sin abono de indemnización alguna y sin tener que acreditar causa que justifique la resolución o el desistimiento.

1.3. Doctrina de los tribunales nacionales sobre el periodo de prueba

Conforme se interpreta unánimemente por los tribunales españoles, el art. 14.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en concordancia con lo establecido en el art. 49.1.b) de esa misma norma legal - que ampara la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo por las causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario - éste puede libremente, durante el periodo de prueba pactado contractualmente, desistirse del contrato de trabajo, resolver unilateralmente la relación laboral, sin necesidad de alegar y probar una causa que justifique su decisión, con efectos en la misma fecha de su comunicación y además, sin derecho a indemnización alguna para el trabajador, no exigiendo la jurisprudencia de cara a poder enervar el despido que el empleador haya de probar que durante el periodo de prueba cumplió con la obligación de realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba, pese a que así se dispone en el art. 14.1 ET. Únicamente se ha venido exigiendo, que la duración del periodo de prueba esté previsto o se acomode a la regulación del convenio colectivo del sector, salvo "la ejercitada con motivación torpe, por vulneración de derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/1984, de 16 de octubre), así como a la calificable de fraudulenta en tanto que descansara en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba" (Sentencia del Tribunal Supremo, de 27-12-1989, EDJ 1989/11819).

Así, se afirma en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Social, de 7-3-2013 (nº 803/2013, rec. 1394/2012), "ciertamente la Jurisprudencia ha venido desde antiguo a consagrar la validez del período de prueba siempre que esté permitida tal duración por el Convenio Colectivo aplicable o en su defecto por la Ley, aun cuando coincida con la duración del contrato. En ese sentido se pronunciaron las sentencias del Alto Tribunal de 17-1-1985 y 12-7-1988, la última de las cuales declaró: "... y sin que el hecho de que coincida el período de prueba con la duración del contrato constituya abuso de derecho según tiene expuesto la doctrina de la Sentencia de la Sala de 17 de enero de 1985".

Sin embargo, siendo así, la jurisprudencia española considera abusivos los periodos de prueba excesivamente largos, aún en el caso de que su duración - excediendo la máxima establecido en el precepto legal antes referido - venga establecida en convenio colectivo.

En este sentido, se puede citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 20-07-2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm.152/2010), referida a una trabajadora contratada como promotora de ventas, en cuyo contrato se estableció un periodo de prueba de un año como preveía el convenio colectivo. Concluye el Tribunal afirmando que, "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".

Por tanto, hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012 y ulterior Ley 3/2012, el sometimiento del contrato de emprendedores al periodo de prueba de un año de duración no puede obedecer a otra finalidad que a una política de hacer más atractiva para el empresario la contratación de trabajadores, en armonía con la necesidad imperiosa de luchar contra las altas cotas de desempleo de este país por consecuencia de la crisis económica por la que atraviesa, pero seguramente ocasionando con ello, contraviniendo el objeto y finalidad de la prueba en el contrato de trabajo, una potencial pérdida de derechos para los trabajadores.

Sin duda, esta modalidad contractual ofrece flexibilidad a las pequeñas empresas, pero no otorga a cambio seguridad alguna a los trabajadores, sino que precariza la contratación de quienes sean objeto de esta modalidad contractual, al menos durante el primer año de su vigencia, pues durante ese periodo podrá producirse, como así ha sucedido en el caso de la trabajadora que ha iniciado con su demanda el procedimiento que ha de enjuiciarse, la resolución del contrato de trabajo a instancia del empresario, sin tener que acreditar o probar una causa objetiva o subjetiva relacionada con la conducta de la trabajadora, bastando únicamente la alegación de que la trabajadora no ha superado el periodo de prueba.



En la realidad se ha creado con esta modalidad contractual una excrescencia, un contrato atípico de duración determinada por un año, susceptible de transformarse en un contrato por tiempo indefinido una vez transcurrido ese periodo, cuyo final durante ese tiempo no viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, pues durante su primer año de vigencia, el empleador puede desistirse libremente de la relación laboral, sin alegar causa alguna, sin preaviso ni abono de indemnización, quebrantando posiblemente los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada que establece el Acuerdo Marco aplicado por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1.999, así como el objeto enunciado en su Cláusula 1 y el propio concepto y naturaleza de los contratos de duración determinada y también de los contratos indefinidos, como entiende también, la cláusula 3 de esta Directiva.

1.5. El contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores como excepción al derecho general a protección en caso de despido injustificado.

En España el despido está regulado en el ET como uno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo, concretamente previsto en el art. 49.1.k). Se trata del cese en el trabajo comunicado por el empleador al trabajador, por causa relacionada con la conducta de éste o bien por razones objetivas, tasadas en la Ley.

Por tanto para despedir se precisa en nuestro derecho, cuando se trata de un despido disciplinario (art. 55 ET), que se comunique por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Esta decisión puede ser impugnada ante los tribunales en un plazo de caducidad, de veinte días. De esta manera, el despido podrá ser judicialmente declarado procedente, cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación, o alternativamente, improcedente en caso contrario o cuando carezca de forma escrita o ésta no contenga los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. También podrá tacharse de nulo, cuando el despido tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Esta misma comunicación escrita al trabajador, expresando la causa, se exige en el ET (art. 53) cuando se trata de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, poniendo además a su disposición, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días de salario por año de servicio.

Las consecuencias de la improcedencia del despido se concretan en nuestro derecho en la readmisión del trabajador o alternativamente, a conveniencia del empleador, en el abono de una indemnización tasada legalmente. La declaración de nulidad conlleva la obligación de readmitir y de abonar los salarios dejados de percibir mientras tanto por el trabajador.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el deber de trabajar y el derecho al trabajo que la Constitución española reconoce a todos los españoles (art. 35.1), junto a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, se integra en su contenido esencial "en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa" (Sentencia 22/1981 , de 2 de julio).

Considera también el Tribunal Constitucional español (en la STC 20/1994, de 27 de enero), que uno de los aspectos básicos de este derecho constitucional al trabajo es la posibilidad de impugnar adecuadamente el despido: "En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho ".

De esta manera, el contenido esencial del derecho al trabajo queda constitucionalmente definido por un triple límite a la rescisión unilateral del empleador, de forma que el acto de despido debe ser formal, sometido a forma escrita que permita al trabajador conocer la decisión y el motivo del despido; causal, es decir, necesariamente ligado a una causa o motivo definido legalmente; y controlado judicialmente, de manera que el juez pueda revisar la corrección o legitimidad de la decisión empresarial, declarando el despido ilegítimo o improcedente o en su caso, nulo.

Sin embargo, no es así cuando se trata del desistimiento del empleador durante un periodo de prueba. Así, el Tribunal Constitucional, en reciente sentencia, de 10-10-2013, nº 173/2013 , rechaza incluso la pretensión de que se declare nula la extinción de un contrato de trabajo durante el período de prueba, por tratarse de una trabajadora embarazada, sin que constara que el embarazo fuera conocido por la empresa, rehusando con ello la pretensión de extender la regla sobre la nulidad automática del despido en caso de embarazo - establecida por el art. 55.5.b) ET , tras la reforma introducida por la Ley 39/1999, conforme a la doctrina establecida por



la STC 92/2008 (que reitera la STC 124/2009) - al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba,

El Tribunal Constitucional asume en esta sentencia la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que viene razonando "que esa protección reforzada prevista en el art. 55.5.b) del E.T. para el despido no puede ser extendida por analogía al supuesto enjuiciado del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, institución cuyas diferencias con el despido resultan sustanciales, conforme a la jurisprudencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cita la Sentencia.

Así, se señala que mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan "resultados inconstitucionales"

Finaliza esa sentencia proclamando que "no cabe extender por analogía la protección dispensada para el despido en el art. 55.5.b) LET, tal como ha sido interpretada por las SSTC 92/2008 y 124/2009, a la resolución contractual en periodo de prueba, pues las diferencias sustanciales entre una y otra institución jurídica evidencian que el legislador se ha decantado conscientemente por limitar esa tutela reforzada del art. 55.5.b) LET al caso del despido de la trabajadora embarazada, excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba".

Consecuentemente, el contrato indefinido que se analiza carece, durante su primer año de vigencia, de la protección frente al despido dispensada con carácter general a todas las modalidades contractuales.

1.5. El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores goza de incentivos económicos financiados por la UE

La Ley 3/2012 establece una serie de beneficios fiscales y bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social con el propósito de incentivar el uso del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores.

Los incentivos fiscales aparecen recogidos en los arts. 4.4 de la Ley 3/2012 y 43 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

No se exige que la contratación se realice con un trabajador inscrito como demandante de empleo o que tenga la condición de desempleado, por lo que podría darse el caso de contratar a trabajadores que estuvieran en activo y que dicha circunstancia no impidiera percibir el incentivo fiscal si cuentan con edad inferior a 30 años. Ello resulta difícilmente conciliable con una medida que se plantea con la finalidad de creación de empleo, y no de movilidad en el empleo.

El segundo incentivo ya no se limita exclusivamente al primer trabajador contratado, y se recoge en el art. 43.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, precepto legal que otorga una deducción fiscal sobre la cuota íntegra si se contrata a desempleados perceptores de una prestación contributiva de desempleo. Consecuentemente, no van a generar derecho a incentivo fiscal ninguno de los siguientes colectivos: trabajadores demandantes de primer empleo; trabajadores inscritos como demandantes de empleo que no perciben prestación alguna; trabajadores que son beneficiarios de cualquiera de las modalidades de subsidio por desempleo; trabajadores beneficiarios de la renta activa de inserción.

Conviene observar que conforme al considerando 6 de la Decisión del Consejo, de 19 de mayo de 2011, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, (2011/308/UE), los Estados miembros deben sopesar el uso del Fondo Social Europeo cuando lleven a la práctica las orientaciones para el empleo de la Unión.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Hacia una recuperación generadora de empleo", Bruselas, 18.4.2012, COM (2012) 173 final, se establece que "los fondos de la política de cohesión (FSE, FEDER y Fondo de Cohesión), así como el FEADER y el FEMP, son fuentes importantes de inversión para estimular el crecimiento sostenible y la creación de empleo. Contribuyen a reforzar la cohesión económica, social y territorial en la Unión. Para el periodo 2014-2020, la Comisión ha propuesto sintonizar estos instrumentos financieros con los objetivos de la Estrategia Europa 2020".



Se prevé en ese sentido que "todas las medidas que entran en el ámbito de aplicación de las Directrices de Empleo (incluidas, por tanto, las políticas de flexiguridad) pueden optar a la financiación del Fondo Social Europeo (FSE), que pondrá a disposición de los Estados miembros aproximadamente 70 000 millones de euros en el período de programación 2007-2013, y, en muchos casos, del Fondo Europeo de Desarrollo Regional".

Consecuentemente, se puede afirmar que los incentivos económicos que contempla la Ley para el fomento del contrato indefinido para emprendedores son en último extremo a cargo de los referidos fondos comunitarios.

II. EL CONTRATO DE TRABAJO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO ADOPTADA EN CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES Y RECOMENDACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE POLÍTICA DE EMPLEO.

2.1. Mecanismos previstos en la UE para coordinar y controlar las políticas de empleo de los países miembros

"El Tratado CE incluye entre sus objetivos el fomento de la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros. A tal efecto, se ha incorporado al Tratado CE un nuevo título sobre empleo como medio para desarrollar una estrategia europea coordinada para el empleo, con el fin de potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable."

No cabe duda que la creación de empleo se configura como una prioridad de la política comunitaria, introducida en el Tratado de Ámsterdam (2/10/1997) como un nuevo Título VIII, Empleo, artículos 125 a 130, de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (actuales arts. nº 145 a 150 del TFUE -Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - DOCE 30/03/2010).

A este respecto, el art. 147 (TFUE) dispone que la política de empleo es competencia de cada Estado conforme al principio de subsidiaridad (art. 5 TUE), por la que los Estados miembros y la Unión desarrollan conforme a este principio una estrategia coordinada para el empleo, a fin de contribuir al logro de los objetivos contemplados en el art. 145 (TFUE) y definidos en el art. 3 del TUE . Pero la intensidad de esa coordinación y el control llevado a cabo por las instituciones de la Unión en estos últimos años ha conducido en la práctica a la subordinación de las medidas normativas, adoptadas por los Estados miembros en materia de empleo, a las "orientaciones integradas" del Consejo y a las propuestas de la Comisión, lo que también ha conducido a una cierta homogeneización o armonización de las políticas de empleo de cada país. No resulta ajena a este fenómeno, la subordinación de las políticas de empleo a las políticas económicas comunes de la Unión, impuestas a los países miembros mediante mecanismos normativos más directos.

El mecanismo previsto para esa estrategia coordinada para el empleo se desarrolla en el art. 148 (TFUE), mediante la elaboración anual por el Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo, de unas orientaciones, "que los Estados miembros tendrán en cuenta en sus respectivas políticas de empleo. A su vez, cada Estado miembro facilitará al Consejo y a la Comisión un informe anual sobre las principales medidas adoptadas para aplicar su política de empleo, realizando anualmente el Consejo, basándose en los informes y las opiniones del Comité de Empleo, un examen de la aplicación de las políticas de empleo, pudiendo el Consejo formular recomendaciones a los Estados miembros, si lo consideran pertinente a la vista de dicho examen. Se trata en definitiva de verificar que las políticas nacionales han cumplido con las orientaciones comunitarias.

Este procedimiento de orientaciones se ha tenido que adaptar a la caída del empleo que se manifiesta a partir de 2005 y con toda crudeza, en 2008 y años siguientes. Se plantea en aquel momento la necesidad de elaborar directrices económicas y de empleo, integradas y conectadas, válidas por periodos de tres años, con las cuales los Estados deben elaborar sus Programas Nacionales de Reforma.

Se plasman estas directrices, en la Decisión del Consejo, de 12/07/2005 (DOUE 6/08/2005) que contiene las directrices de empleo 17 a 24, con las Recomendaciones del Consejo, de 14/05/2008 (2008/390/CE) y con la formulación de las directrices integradas, para el periodo 2008-2010, publicadas a través de la Decisión del Consejo, de 15/07/2008 (2008/618/CE) teñidas de algunos de los criterios y recomendaciones que aparecen en el llamado Libro Verde, "Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI", de 22/11/2006 (COM(2006) 708 final), ideas que habían sido ya adoptadas y desarrolladas por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad" (COM (2007) 359 final, de 27/06/2007).

Conviene aludir, como directrices que preceden a las reformas del mercado de trabajo y de la normativa laboral llevada a cabo en España durante 2012, en la que se incluye la modalidad creada del contrato de trabajo indefinido para emprendedores, que "(1) el 26 de marzo de 2010, el Consejo Europeo aprobó la propuesta de la Comisión de iniciar una nueva estrategia para el empleo y el crecimiento, Europa 2020, basada en una mayor coordinación de las políticas económicas, que se centrará en los ámbitos fundamentales en que se



requiere actuar para fomentar el potencial de crecimiento sostenible y competitividad de Europa. (2) El 13 de julio de 2010, el Consejo aprobó una recomendación sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión (2010-2014) y, el 21 de octubre de 2010, una decisión relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros- que se mantienen para 2011, conforme a la decisión 20117308/URE del Consejo, de 19/05/2011 - que juntas forman las «orientaciones integradas». Se invitó a los Estados miembros a tener en cuenta las orientaciones integradas en sus políticas económicas y de empleo."

2.2. Las políticas de empleo de la Unión Europea constituyen una verdadera técnica de regulación jurídica .

Como se valora por la doctrina científica, el mecanismo que se ha descrito constituye una *soft law* o *derecho débil* - actos no homogéneos, privados de efectos jurídicos vinculantes, pero que resultan jurídicamente relevantes a través de las diversas vías utilizadas. No se utiliza el mecanismo normativo ordinario o tradicional comunitario, Reglamentos o Directivas, que se imponen al derecho nacional o que ha de transponerse, sino Decisiones o Recomendaciones, que no generan obligaciones directas para los diferentes Estados miembros, sino que los orientan hacia la dirección que se considera correcta, respetando por tanto la competencia estatal en materia de empleo, manteniendo formalmente el principio de subsidiaridad, pero bajo control y crítica permanente de la actuación de los Estados.

Se trata en definitiva de una verdadera técnica comunitaria de regulación, que genera un " *derecho indicativo* ", con alto grado de vinculación política. Esta técnica se concreta en los siguientes pasos que conforman la estrategia europea en esta materia: la Comisión elabora un informe o estudio sobre los obstáculos al empleo, identificando en su caso el Estado modelo en base a las mejores prácticas analizadas; se propone la directriz u orientación; se consulta a los interlocutores sociales; se aprueba la orientación o directriz y ésta debe implementarse a nivel nacional; finalmente se produce una fase de control, pues anualmente el Consejo Europeo evaluará o examinará los proyectos de programas nacionales de reforma y los progresos realizados en la aplicación de la estrategia, efectuándose una valoración sobre el informe conjunto sobre la ocupación, tanto en la UE como en los distintos países, mediante evaluaciones comparativas e indicadores de resultados propuesta por la Comisión. A partir de aquí, se vuelve a empezar el proceso, elaborando nuevas directrices u orientaciones.

2.3. Las recomendaciones de la UE para que España adopte medidas de promoción de empleo

Precedida de las directrices integradas, para el periodo 2008-2010, publicadas a través de la Decisión del Consejo, de 15/07/2008 (2008/618/CE), cuyos destinatarios son todos los Estados miembros, en la que ya se recomendaba "la adaptación de la legislación sobre empleo, revisando en su caso las diferentes modalidades contractuales" y de la Decisión del Consejo de 21/10/2010 (2010/707/UE), que insistía en su orientación nº 7 en que "los Estados miembros deberán introducir una combinación de regímenes contractuales flexibles y fiables, políticas activas del mercado laboral y políticas eficaces de aprendizaje permanente, así como promover la movilidad laboral", más concretamente, en relación a España, el Consejo "RECOMIENDA que España tome medidas en el periodo 2011- 2012 a fin, entre otras medidas, de : (...) 6. Evaluar para finales de 2011 los efectos de las reformas del mercado laboral de septiembre de 2010 y de la reforma de las políticas activas de empleo de febrero de 2011, y presentar, en caso necesario, propuestas de nuevas reformas para reducir la segmentación del mercado de trabajo, y mejorar las oportunidades de empleo para los jóvenes y garantizar un estrecho seguimiento de la eficacia de las medidas contempladas en el programa nacional de reforma, con vistas a reducir el nivel de abandono escolar prematuro, especialmente mediante políticas preventivas, y facilitar la transición a la educación y formación profesional.

Consecuentemente a esas recomendaciones, España promulgó las normas sobre "las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", por medio del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE 11/02/2012) que llevó a la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 17/7/2012), asumiendo las directrices generales contenidas en la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros - que responde a la propuesta de la Comisión de establecer una nueva estrategia para la próxima década conocida como la "Estrategia Europa 2020", junto con las orientaciones particulares que se contiene en la Recomendación del Consejo, de 12/07/2011, "relativa al programa Nacional de Reforma de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad actualizado de España (2011-2014)", la cual fue seguida al año siguiente, de la Recomendación del Consejo sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad de España para 2012-2015 (Bruselas, 6/07/2012).

Se asumió también por el Gobierno de España a la hora de promulgar estas normas, las orientaciones contenidas en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Hacia una recuperación generadora de empleo", que tiene como finalidad



complementar las prioridades en materia de empleo del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento, con orientaciones de actuación a medio plazo en función de los objetivos de empleo de la Estrategia Europa 2020.

Aunque se reconoce en esa Comunicación que "las perspectivas de crecimiento del empleo dependen, en gran medida, de la capacidad de la UE para generar crecimiento económico por medio de políticas macroeconómicas, industriales y de innovación adecuadas", se concreta también, potenciar un crecimiento generador de empleo mediante "políticas de empleo que establezcan condiciones favorables a la creación de puestos de trabajo, faciliten las transiciones positivas, aumenten la oferta de mano de obra y mejoren su concordancia, en cuanto a ubicación geográfica y capacidades, con las necesidades del mercado de trabajo".

Entre las numerosas orientaciones y medidas que se recomienda por la UE a los Estados miembros y particularmente a España que pueden estar en el origen de la decisión de crear normativamente la modalidad contractual para emprendedores se puede destacar las siguientes:

- Dirigir el apoyo a la creación de empleo y a la reasignación de mano de obra a actividades, sectores y empresas sostenibles y en crecimiento, especialmente PYMES.
- "Los Estados miembros deberán introducir una combinación de regímenes contractuales flexibles y fiables, políticas activas del mercado laboral y políticas eficaces de aprendizaje permanente, así como promover la movilidad laboral y unos sistemas adecuados de seguridad social que garanticen las transiciones en el mercado de trabajo, acompañados de una definición clara de los derechos y responsabilidades para que los desempleados busquen trabajo activamente".
- Orientar las subvenciones a las nuevas contrataciones; promover y apoyar el trabajo por cuenta propia, las empresas sociales y las empresas de nueva creación; son especialmente importantes el fomento del espíritu emprendedor y una mayor disponibilidad de servicios de apoyo a la creación de empresas y de micro financiación ; utilización de los fondos de la UE para crear empleos.
- Garantizar disposiciones contractuales adecuadas para luchar contra la segmentación del mercado de trabajo: "los derechos asociados a disposiciones contractuales constituyen otro factor que debilita la calidad de las transiciones". "Unos costes de despido de los contratos de duración indeterminada/estándar más elevados pueden ser la causa de la pronunciada preferencia de los empleadores por los contratos de duración determinada. "Es necesario, por tanto, hacer reformas mesuradas y equilibradas de la legislación sobre protección del empleo para eliminar la segmentación o poner fin al excesivo uso de contratos no estándar y el abuso del falso contrato por cuenta propia"

2.4.Las medidas de reforma de la legislación laboral y particularmente en materia de contratación han sido aceptadas por las instituciones de la UE sin objetar duda alguna respecto a su acomodo al Tratado y derecho derivado del mismo.

"(19) La Comisión ha evaluado el programa de estabilidad y el programa nacional de reforma, incluidos los compromisos contraídos en el marco del Pacto por el Euro Plus, y ha tenido en cuenta no sólo su pertinencia para la sostenibilidad de la política presupuestaria y la política socioeconómica de España, sino también su conformidad con las normas y orientaciones de la UE, dada la necesidad de reforzar la gobernanza económica global de la UE mediante una aportación a nivel de la UE a las futuras decisiones nacionales".

Se informa asimismo, en el "Anexo 1: El semestre Europeo de Coordinación de Políticas", de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones medidas en favor de la Estabilidad, el Crecimiento y el Empleo, de 30/05/2012 (COM (2012) 299 final), en marzo de 2010, que la Comisión propuso la **Estrategia Europa 2020** , que fue refrendada por el Consejo. Se trata de la estrategia de crecimiento de la UE para la próxima década, con cinco objetivos principales, el primero de ellos, en materia de empleo.

Se expone en esa Comunicación que "a fin de alcanzar colectivamente estos objetivos y agrupar todos los compromisos, así como de garantizar una mejor coordinación previa y un mejor seguimiento de las decisiones, los Estados miembros consensuaron y aplicaron por primera vez en 2011 una nueva forma de coordinar sus políticas nacionales, el **Semestre Europeo de coordinación de políticas** . (...) Basándose en sus orientaciones, los Estados miembros presentan sus programas de estabilidad o convergencia (analizando la situación de sus finanzas públicas) y programas nacionales de reforma (analizando las medidas para impulsar el crecimiento y el empleo) en abril, para que la Comisión pueda evaluarlos simultáneamente. La evaluación de la Comisión se plasma en propuestas de recomendaciones anuales específicas para cada país, que son debatidas posteriormente por las distintas formaciones del Consejo, refrendadas por el Consejo Europeo a principios del verano y finalmente adoptadas por el Consejo. En la segunda parte del año los Estados miembros



finalizan sus presupuestos nacionales y sus estrategias de reforma, y la Comisión y los organismos pertinentes de la UE analizan y supervisan su funcionamiento y sus progresos."

"Mientras que algunos Estados miembros ya han empezado a introducir reformas de amplio alcance en su legislación laboral a fin de permitir formas de contrato y condiciones laborales más flexibles, en otros casos el proceso de reforma parece lento en comparación con la urgencia de la situación y los riesgos de segmentación del mercado de trabajo, con un gran porcentaje de la población todavía con empleos precarios al margen del mercado laboral"

Finalmente, "(9) El 30 de abril de 2012, España presentó su Programa de Estabilidad para el período 2012-2015 y su Programa Nacional de Reforma de 2012. A fin de tener en cuenta sus interrelaciones, ambos programas se han evaluado al mismo tiempo. (...). (14) En febrero de 2012, el Gobierno adoptó una reforma global del sistema de protección del empleo y de negociación colectiva con el fin de hacer frente al alto nivel de desempleo y la acentuada segmentación del mercado laboral. Debe realizarse un seguimiento de sus efectos, particularmente con respecto a la evolución de los salarios y a la reducción de la segmentación del mercado laboral. Para abordar plenamente este reto, la reforma debe completarse con una revisión más a fondo de las políticas activas del mercado de trabajo a fin de mejorar la empleabilidad y el acoplamiento entre la oferta y la demanda de empleo."

III. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

3.1. Artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

"La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión.

Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas."

Tal como dispone el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (en su redacción dada por art.1.8 del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009):

"1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales."

3.2. Art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Protección en caso de despido injustificado.

El art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, "Carta"), proclama, como derecho fundamental de los trabajadores, la protección frente al despido sin causa: "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."



Como se expone en el "Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales" (Luxemburgo, 5/05/2010):

"2 El Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, representa una etapa de gran importancia en la evolución de la protección de los derechos fundamentales en Europa. Por una parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea disfruta en adelante de la condición de acto jurídicamente obligatorio, por lo que el Tribunal de Justicia así como los tribunales nacionales disponen en lo sucesivo de un instrumento destinado a constituir el fundamento principal para cumplir su función de velar por el respeto de los derechos fundamentales en el marco de la interpretación y de la aplicación del Derecho de la Unión. Por otra parte, el Tratado de Lisboa prevé la adhesión de la Unión al Convenio. Al reforzar así el marco jurídico para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión, esa protección, cuyos primeros fundamentos jurisprudenciales se establecieron hace más de cuarenta años, se reafirma y profundiza.

3 A este respecto, en lo que atañe más en particular al Convenio, las instituciones y órganos de la Unión tratan de asegurar desde hace mucho tiempo, en efecto, bajo el control del Tribunal de Justicia, el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio, y ello incluso a falta de una obligación expresamente enunciada en ese sentido. Como pone de manifiesto su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia aplica de forma habitual el Convenio y se refiere en ese contexto, de forma cada vez más precisa en los últimos años, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello ha llevado a este último a reconocer, a causa de la existencia de una protección equivalente de los derechos humanos en el Derecho de la Unión, una presunción de conformidad con el Convenio en ciertas circunstancias (jurisprudencia *Bosphorus*)".

Del texto del artículo 30 de la Carta resulta con claridad que, "para que ese artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional".

3.3. Concreción de la protección frente al despido en el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Ya se ha referido, que la Unión y los Estados miembros, en sus políticas han de tener siempre presentes los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (art. 151 TFUE).

Como se indica en el preámbulo de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, considerando que la realización del mercado interior debe suponer para los trabajadores de la Comunidad Europea mejoras en el ámbito social, y en particular, entre otras, en sus condiciones de vida y de trabajo, para ello, "conviene inspirarse en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en la Carta Social Europea del Consejo de Europa"

El derecho a la protección frente al despido injustificado se reconoce de manera precisa en el Convenio nº 158 de la OIT, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, ratificado por España, el 18/01/1985 (BOE 155/1985, de 29 de junio) y que por tanto, forma parte del ordenamiento interno español.

Concretamente, en el art. 4 del convenio, a tenor del cual: "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".

Sólo por tanto con una causa justificada puede el empresario dar por concluido unilateralmente el contrato de trabajo, advirtiendo de la misma al trabajador mediante el cauce formal oportuno, que permitirá a éste articular una defensa apropiada y acudir a un juez u otro órgano imparcial para que revise la concurrencia de la causa esgrimida. Es más, como expresamente advierte el art. 2.2 b) del Convenio 158 OIT, la exclusión de sus previsiones sólo será posible para los trabajadores que efectúen un periodo de prueba cuando "la duración se haya fijado de antemano y sea razonable". Con lo que la norma internacional no sólo incide con rotundidad en la causalidad del despido sino que además recomienda que la fijación del periodo de prueba sea razonable, lo cual, como ya se ha expuesto, no es predicable en el caso del "contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores".

La OIT ya tuvo ocasión de enjuiciar si un periodo similar al de prueba, de dos años instaurado por Francia - llamado de "consolidación del empleo" - podía entenderse comprendido en la exclusión prevista en el art. 2.2 b) del Convenio. Concretamente, un Comité tripartito analizó una reclamación respecto a si la ordenanza núm. 2005-893 era acorde con las disposiciones del Convenio núm. 158, que Francia había ratificado. En la citada ordenanza se había establecido un contrato de trabajo de duración indeterminada para las nuevas contrataciones en las empresas con un máximo de 20 trabajadores (en adelante, "CNE", por su sigla en francés), el cual permitía eludir la aplicación de algunas protecciones previstas en el Código del Trabajo en caso de



despido, individual o colectivo, en el período de dos años transcurrido desde la celebración de un CNE. El Comité concluyó que aún por motivo o razones de la búsqueda del pleno empleo, no había fundamentos suficientes para considerar que el período de consolidación del empleo fuera un tiempo de servicios exigido de duración razonable, en el sentido del apartado b) del párrafo 2 del artículo 2. El Comité llegó también a la conclusión de que la ordenanza núm. 2005-893 se apartaba considerablemente de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio núm. 158.

La necesidad de fundamentar el despido en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio, y sin embargo, no es así en el caso que se estudia, pues el empleador puede ahora imponer al trabajador su cese en el trabajo durante el primer año de la relación laboral, sin protección frente a esa decisión de despido.

Según lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio, a menos que el trabajador, cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada, haya cometido una falta grave, éste "tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización". El propósito de esta obligación es evitar que la decisión de despido inmediato tome por sorpresa al trabajador y atenuar las consecuencias perjudiciales del despido.

En realidad, el artículo 4 del Convenio no se limita a obligar a los empleadores a justificar los despidos, sino que ante todo exige que en virtud del "principio fundamental de la justificación" no se despidan a un trabajador salvo que para ello exista algún motivo relacionado con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa, y ya se ha expuesto, que en los casos de periodo de prueba no se exige al empleador tener que probar que el trabajador carecía de formación o habilidades en la práctica para realizar la prestación del servicio contratada o que su conducta no se ajustaba a las legítimas expectativas de su empleador, pues éste, durante el periodo de prueba, puede libremente desistirse del contrato de trabajo.

Las Confederaciones sindicales más representativas en España, Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CC.OO) han formulado, el 10 de mayo de 2012, una queja ante la OIT, contra el Gobierno de España, por violación de derechos relacionados con el despido de los trabajadores, garantizados por esa organización internacional, con vulneración del Convenio de la OIT nº 158 y de la Recomendación nº 166 sobre terminación de la relación de trabajo, por considerar que "la fijación de un período de prueba de un año en la nueva modalidad de contrato indefinido, implica el establecimiento de un despido sin causa y sin una indemnización adecuada".

3.4. El periodo de prueba de un año contraviene también la Carta Social Europea (CSE), hecha en Turín el 18 de octubre de 1961

La Carta Social Europea es una norma internacional que se adopta en el año 1.961 junto con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de manera complementaria, y que además de formar parte del derecho interno español, constituye una norma orientadora de la actividad de los órganos e instituciones comunitarias y en especial, de la doctrina del TJUE, que siempre ha considerado, en jurisprudencia constante a partir de las sentencias Internationale Handelsgesellschaft de 17 de diciembre de 1970 y Nold de 14 de mayo de 1974, que los derechos fundamentales forman parte integral de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal.

Además de ello, el apartado 3, del art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativo al "alcance e interpretación de los derechos y principios", dispone que "en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa". Dada la íntima vinculación de la CSE con el Convenio Europeo referido, parece incuestionable que la interpretación que efectúen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), organismo encargado a nivel europeo de la vigilancia y correcta aplicación e interpretación de la CSE, debería de algún modo orientar en el mismo sentido la interpretación que realice el TJUE.

Concretamente, el apartado 4 del art. 4 de la CSE, reconoce "el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo", y sin embargo, en el caso de los trabajadores contratados mediante el instrumento que se está analizando, se hurta ese preaviso si el empleador da por finalizado el contrato de trabajo durante el primer año de su vigencia alegando la no superación del periodo de prueba.

El CEDS ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de un contrato de trabajo de similar naturaleza al que se está analizando. Concretamente, ha dictado una Decisión, el 23 de mayo de 2012 (reclamación nº 65/2011) resolviendo la reclamación de la Federación General de los Empleados de las Compañías Públicas



de Electricidad (GENOP-DEI) y Confederación de los Sindicatos de Funcionarios Públicos (ADEDY) de Grecia contra la Ley 3899 de 17 de diciembre de 2010, de ese país comunitario, que en cumplimiento de la orientación o recomendación de la UE en materia de empleo, estableció en el art. 17.5 de esa Ley, "que salvo acuerdo contrario de las partes, durante el trascurso de los doce primeros meses, a contar desde el día de su entrada en vigor, el contrato de duración indefinida se considerará como trabajo en periodo de prueba y durante el mismo podrá rescindirse sin preaviso y sin indemnización por el cese".

El Gobierno griego alegó además de consideraciones de orden general sobre la crisis económica que los países están conociendo en el curso de los últimos años, los problemas estructurales del mercado de trabajo y del desempleo, y que esa disposición - junto a otras complementarias adoptadas conjuntamente - ha sido adoptada con la finalidad de mejorar la competitividad de las empresas y reforzar la descentralización del sistema de negociación colectiva.

Se refiere el CEDS (apartado 16 de sus Fundamentos) a que ya dijo, en su Introducción a las Conclusiones XIX-2 de 2009, a cerca de la repercusión de la crisis económica sobre los derechos sociales que las Partes que han suscrito la Carta de 1.961, "han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones apropiadas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, concretamente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, así como los derechos a los servicios sociales". También concluía que "la crisis económica no se debe traducir en una disminución de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. A pesar de ello, los Gobiernos deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la Carta sean efectivamente garantizados en los momentos cuando la necesidad de protección se hace sentir más".

Considera el CEDS en esa Decisión que "la mayor flexibilidad en el trabajo para luchar contra el desempleo no puede conducir a privar a importante número de asalariados, singularmente los que no son desde mucho tiempo titulares de empleos estables, de sus derechos fundamentales en materia de trabajo, de la protección frente a decisiones arbitrarias de sus empleadores o fluctuaciones coyunturales".

Concluye la Decisión que al no prever ese tipo de contrato plazo de preaviso de su finalización ni indemnización por cese en la caso de interrupción de un contrato de trabajo, calificado por el art. 17.5 de la Ley 3899, de 17 de diciembre de 2010 de duración indefinida, durante un periodo de prueba de un año, ese precepto constituye una violación del art. 4.4 de la Carta de 1961.

3.5. El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores contraviene la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1.999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

No solo el contrato indefinido que se analiza carece durante su primer año de vigencia, de la protección frente al despido dispensada con carácter general a todas las modalidades contractuales, sino que también está privado de las garantías que la Directiva 1999/70/CE introduce de cara a la contratación temporal.

La transposición de esta Directiva a nuestro ordenamiento se realizó en la reforma laboral de 2001, concretamente a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, precedida por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, que modificó entre otros preceptos el art. 15 del ET, referido a la duración del contrato de trabajo. Se trató no obstante de una transposición que fue calificada en su momento como decepcionante, al remitir a la negociación colectiva medidas que debían haberse introducido directamente en la ley, porque, sin un compromiso firme de los negociadores, bien poco cabía esperar al respecto.

Considerando que "los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento" y que "la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos, el Acuerdo asumido por la Directiva tiene inequívocamente por objeto (cláusula 1):

- a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación.
- b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Pues bien, la Ley 3/2012, no solo colisiona con estos objetivos al crear una nueva modalidad de contrato de trabajo previsto para emprendedores (PYMES de menos de 50 trabajadores) que pese a llamarse "indefinido" en la realidad se trata de un contrato temporal de hasta un año de duración que se transforma automáticamente en indefinido trascurrido ese periodo, sino que legalizando durante esa duración determinada el libre desistimiento, sin causa, sin preaviso y sin indemnización, además de empeorar la calidad de ese trabajo temporal, con potencial abuso en la contratación de cara al futuro, ocasiona una discriminación al tratarse a



estos trabajadores durante ese primer año, en caso de cese, respecto a los trabajadores con un contrato de duración determinada y también respecto a los trabajadores contratados con un contrato indefinido ordinario, desde luego, cuanto menos, económicamente, al no fijarse indemnización alguna en caso de su rescisión anticipada.

En definitiva, este contrato introduce en fraude de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo Marco que contiene, un nuevo contrato de virtual duración determinada no basada en razones objetivas, con incuestionable abuso, que es precisamente lo que trataba de evitar la Directiva, empeorando las condiciones de trabajo de los trabajadores vinculados por este novedoso instrumento contractual.

Y es que conviene recordar, que, como declara la sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 12 de diciembre de 2013, en el asunto C 361/12 , "la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a pagar a un trabajador debido a la inclusión ilícita de una cláusula relativa a la terminación en su contrato de trabajo".

Pero idéntica naturaleza tendrá por tanto la indemnización que el derecho español regula para los supuestos de válida terminación de un contrato de trabajo de duración determinada, de la que por esta novedosa vía priva al trabajador que es cesado durante el primer año de contrato.

IV.- FUNDAMENTOS DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL QUE SE SUSCITA

4.1. Fundamentos de orden procesal en orden a la admisibilidad de la cuestión prejudicial

4.1.1 . Conforme al art. 234 del TFUE , "el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo".

Consecuentemente, cualquier órgano jurisdiccional de los Estados miembros puede plantear una cuestión prejudicial que afecte a la interpretación del Derecho Comunitario, si estima necesaria una decisión al respecto para emitir su fallo, lo que resulta esencial para preservar el carácter comunitario del derecho instituido por el Tratado y tiene por objeto hacer posible que, en cualquier circunstancia, ese derecho produzca los mismos efectos en todos los Estado miembros (sentencia 16.01.1974, asunto C-166/73 , Rheinmühlen).

Como recuerda la sentencia del TJCE, 19/01/2010 , C-555/2007, con cita de otras muchas más, "el Tribunal de Justicia ha declarado que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto", siendo éste un "cometido del juez nacional cuando debe resolver un litigio entre particulares en el que se pone de manifiesto que la normativa nacional controvertida es contraria al Derecho de la Unión".

Se plantea así, en la presente cuestión prejudicial, un posible conflicto entre una norma interna española y el derecho de la Unión, norma española que ha sido adoptada siguiendo las Decisiones, Recomendaciones, Actos y orientaciones de Instituciones de la Unión.

4.1.2 . El principio de primacía del derecho comunitario respecto a los derechos de los Estados miembros ha sido formulado por numerosas sentencias del TJUE, de manera precisa a partir de la sentencia Simmenthal de 9/03/1978 (C-106/77 , Rec. p.629), de la sentencia IN.CO.GE.90 y otros, de 22 de octubre de 1998 (C-10/97 a C-22/97), siendo utilizado con gran claridad en las conclusiones del Abogado General, en el asunto Försäkringsaktiebolaget Skandia (C-241/97, Rec. P. 1879, puntos 59 y 60), proclamando que la norma nacional incompatible con el derecho comunitario no puede ser aplicada. El reconocimiento de esta primacía es independiente de la fuente comunitaria; es decir, no solo puede predicarse del derecho comunitario primario - Reglamento o Directiva - sino también del Tratado, como de los actos de las Instituciones directamente aplicables.

4.1.3. No obvia el proponente de esta cuestión prejudicial que "para que la pretensión de fondo pueda encontrar una respuesta positiva debe cumplir una doble condición, a saber: a) que la normativa nacional sea contraria al derecho comunitario; y b) que el Tribunal de Justicia sea competente para pronunciarse, es decir, que el litigio verse sobre una de las materias del Tratado". "Es preciso, pues averiguar si dicha incompatibilidad incide en uno de los derechos amparados en textos jurídicos de la Comunidad".

En este caso, la posible incompatibilidad se manifiesta con el art. 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , que dispone como uno de los objetivos de la Unión el fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, objetivos que a tenor de las políticas de empleo adoptadas - anteriormente



estudiadas - se revelan como aparentemente incompatibles, pues parece que la necesidad de luchar contra la crisis económica que en los últimos años viene afectando a todos los países miembros, más gravemente a los del sur de Europa, ha obligado a adoptar medidas legislativas reduciendo las garantías y protección que hasta ahora proporcionaba a los trabajadores el Derecho del Trabajo y también el Derecho Comunitario.

Estas medidas de flexibilidad en las condiciones de trabajo, no vienen correlativamente acompañadas en este caso, de las medidas de protección y seguridad que se recomienda a los Estados miembros adoptar simultáneamente, por lo que parece contraria a ese objetivo del Tratado de mejora de las condiciones de vida y trabajo de quienes son contratados mediante el instrumento que se está analizando.

4.1.4. No contraviene la invocación del art. 30 de la Carta, la reserva que regula su apartado 5, del art. 52, a que sus disposiciones que contengan principios solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional, en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de los actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Como ya se ha expuesto, el juzgador remitente de la cuestión prejudicial precisa una interpretación de un acto legislativo de su país, ejecutando o aplicando decisiones y recomendaciones de instituciones u órganos de la Unión, de orientaciones integradas dirigidas a los Estados miembros y también de manera específica al Gobierno español, que cuanto menos desconocen o hacen caso omiso del derecho o principio fundamental proclamado en el art. 30 y en otros instrumentos internacionales que precisan ese mismo derecho conforme a las tradiciones constitucionales comunes europeas relativos a la protección de los derechos humanos, que integran u otorgan una protección similar a los trabajadores. Pero también de un acto legislativo de España aplicando - u omitiendo aplicar - el Derecho de la Unión, de una normativa laboral interna que podría contravenir la Directiva tantas veces referidas relativa al Acuerdo marco en materia de contratación laboral.

A este respecto, el TJUE (Gran Sala) ya ha sentado el precedente, en la sentencia de 27/06/2006, dictada en el asunto C- 540/2003 , afirmando que "(23) Por otra parte, una disposición de un acto comunitario puede, como tal, no respetar los derechos fundamentales si obliga a los Estado miembros o les permite expresa o tácitamente adoptar o mantener normas nacionales que no respeten dichos derechos. (24) De todo ello se desprende que debe desestimarse la excepción de inadmisibilidad basada en el hecho de que el recurso no se dirige realmente contra un acto de las instituciones"

4.1.5. Tampoco olvida el proponente de esta cuestión prejudicial, "que el ámbito de aplicación de la Carta, por lo que se refiere a la acción de los Estados miembros, se define en su artículo 51, apartado 1, según el cual las disposiciones de la Carta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C 617/10 , apartado 17)".

Como defiende el Abogado General Sr. Cruz Villalón, en sus Conclusiones presentadas, el 18/07/2013, en el asunto C-176/12, Association de Médiation Sociale contra Unión Locale des Syndicats CGT, "entiendo, sobre la base del inciso segundo del artículo 52, apartado 5, de la Carta, que el art. 27 de la Carta - en este caso el art. 30 - puede ser alegado en un litigio entre particulares con eventuales consecuencias de inaplicación de la normativa nacional".

Debe señalarse a este respecto, "que el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son solo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no solo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera definida tanto a particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias (véanse las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, 26/62 , Rec. p. 3 y de 15 de julio de 1964 , Costa, 6/64 , Rec. p. 1141)"

Esta interpretación es acogida por la reciente sentencia del TJUE, de 15 de enero de 2014, dictada en el asunto C-176/12 , antes referido. Entiende el tribunal que, en efecto, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que excluye de la protección que brinda la Carta a una categoría específica de trabajadores - en este caso, frente al despido injustificado, en el art. 30 de la Carta - tiene como consecuencia exonerar a determinados empresarios de las obligaciones previstas - en la cuestión que se está analizando - por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1.999 , y privar a sus trabajadores de los derechos reconocidos en ésta. "En consecuencia, puede vaciar de su sustancia a esos derechos y privar de este modo a dicha Directiva de su efecto útil (véase la sentencia Confédération générale du travail y otros, antes citada, apartado 38)".



Recuerda también el TJCE, en esa sentencia (párrafo 42), en relación con el artículo 27 de la Carta que, "conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión (véase la sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C- 617/10 , apartado 19)"

Afirma finalmente el Tribunal de Justicia (Gran Sala), en el fallo de la sentencia referida (C- 617/10), "que las disposiciones del artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por sí solo o en conjunción con las disposiciones de una concreta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que, cuando una disposición nacional de transposición de esa Directiva, (...) es incompatible con el Derecho de la Unión, ese artículo de la Carta no puede ser invocado en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de esa disposición nacional"; pero ello es excepcionalmente así, en este caso, "ante la imposibilidad de efectuar una interpretación conciliadora del ordenamiento interno con lo dispuesto en el art. 27 de la Carta, concretado por el art. 3, apartado 1, de la Directiva 2002/14 " (punto 94), imposibilidad que no se plantea en la cuestión prejudicial que se está sometiendo al conocimiento del TJUE, en la que el gobierno español ha incumplido las obligaciones que implica la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1.999.

4.1.6. Por todas estas razones, frente a las objeciones a la admisibilidad de la cuestión prejudicial contenidas en las Conclusiones presentadas por el Abogado General, en el asunto C-617/10, al considerar que no debe ser apreciada como un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión, por tratarse de la interpretación de una norma sueca que sanciona el incumplimiento de obligaciones tributarias con un posible quebrantamiento del art. 51.1 de la Carta (principio *non bis in idem*), el TJUE considera en sentido contrario, al entender que se trata de una norma nacional, pero que "está comprendida en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión", al derivar los recargos fiscales impuestos a un ciudadano sueco y la acción penal ejercitada contra él, de la aplicación de normativa de IVA y además, el art. 325 TFUE exige a todos los Estados miembros adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para luchar contra el fraude, para combatir las actividades que puedan suponer un fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión y sancionar de modo efectivo los actos que causen un perjuicio a los intereses financieros de la Unión. .

Afirma el TJUE, en esa sentencia : "29 De este modo, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, C 399/11 , Rec. p. I 0000, apartado 60).

30 A estos efectos, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deban interpretar las disposiciones de la Carta, tienen la posibilidad y, en su caso, la obligación de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE ."

4.2. Razones de fondo la cuestión prejudicial formulada

4.2.1 Llegados a este punto se traslucen ya las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión que se han detallado en el epígrafe III, "APLICACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA".

En resumen, al órgano judicial remitente de la presente cuestión prejudicial se le plantea juzgar una reclamación por despido de una trabajadora vinculada a una pequeña empresa por medio de un contrato recientemente regulado por el Gobierno de España por medio de un Real Decreto Ley y posteriormente por una Ley, adoptados en cumplimiento de actos, decisiones o recomendaciones de las Instituciones comunitarias.

La norma española así promulgada, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posibilita de manera novedosa, rompiendo una ya duradera tradición jurídica, la contratación formalmente por tiempo indefinido, pero con sometimiento de la relación laboral a un periodo de prueba de un año, durante el cual, el empleador puede libremente desistirse del contrato de trabajo, sin que frente a ese acto de despido pueda obtenerse protección judicial.

Pero además, esta Ley sustrae a la negociación colectiva la posibilidad de regulación convencional de este contrato, concretamente la duración del periodo de prueba, que será de un año en todo caso.

4.2.2 . La instauración de este contrato de trabajo ha sido, si no bendecida por las Instituciones comunitarias que gozan de la facultad de control periódico de las medidas adoptadas en esta materia por los Estados



miembros, sí permitida sin objetar la virtual lesión de un derecho fundamental proclamado en el art. 30 de la Carta y en otros instrumentos internacionales, cuanto menos inspiradores del Derecho comunitario.

Además, este contrato de trabajo, goza de incentivos fiscales en gran medida a cargo del Fondo Social Europeo y de otras Instituciones de la UE. Tal normativa ha sido adoptada como una medida flexibilizadora de las condiciones de trabajo que podría desconocer los objetivos y mandatos de la Directiva 1999/70/CE y del acuerdo marco que contiene.

Finalmente, una norma como la que se somete al Tribunal fue también promulgada en su momento por Grecia, y ha sido recientemente enjuiciada por el CEDS en una Decisión que llega a la conclusión que al no prever ese tipo de contrato calificado de duración indefinida, plazo de preaviso de su finalización, ni indemnización por cese, en caso de ruptura del contrato de trabajo durante el periodo de prueba de un año, el precepto que lo ampara constituye una violación del art. 4.4 de la Carta Social Europea de 1961.

Como acertadamente considera la ya referida sentencia del TJUE (Gran Sala), de 15 de enero de 2014, recaída en el asunto C- 176/12 , ciertamente, según reiterada jurisprudencia, la promoción del empleo, constituye un objetivo legítimo de política social, y los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para elegir las medidas que pueden realizar los objetivos de su política social. "(27) No obstante, el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social no puede tener el efecto de vaciar de su sustancia la aplicación de un principio fundamental del Derecho de la Unión o de una disposición de ese mismo ordenamiento jurídico (véase la sentencia Confédération générale du travail y otros, antes citada, apartado 29)."

4.2.3. Recordar en este punto que, en el "Documento de Reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", se reconoce por el TJUE que "se refiere en ese contexto, de forma cada vez más precisa en los últimos años, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello ha llevado a este último a reconocer, a causa de la existencia de una protección equivalente de los derechos humanos en el Derecho de la Unión, una presunción de conformidad con el Convenio en ciertas circunstancias (jurisprudencia Bosphorus)

De igual manera, se refiere la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241 (INI), cuando considera que "el Tribunal de Justicia de la Unión Europea otorga especial atención a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como atestigua el creciente número de resoluciones que hacen referencia a disposiciones del CEDH" y "que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte en principio de una «presunción de compatibilidad» del comportamiento de un Estado miembro de la Unión con el CEDH cuando dicho Estado se limita a aplicar el Derecho de la Unión". Destaca a este respecto el Parlamento que "la armonización legislativa y jurisprudencial en materia de derechos humanos entre los ordenamientos jurídicos de la Unión y del CEDH contribuirá a un desarrollo armonioso de los dos tribunales europeos competentes en derechos humanos, habida cuenta especialmente de la mayor necesidad de diálogo y cooperación, y creará un sistema integral en el que ambos tribunales actuarán en sintonía".

4.2.4. Es reiterada jurisprudencia del TJUE por lo que respecta, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre las disposiciones de su Derecho interno y los derechos garantizados por la Carta. En esos casos, conforme establece la sentencia de 26 de febrero de 2013 (asunto C 617/10 ; punto 45), "el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartados 21 y 24; de 19 de noviembre de 2009 , Filipiak, C 314/08, Rec. p. I 11049, apartado 81, y de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C 188/10 y C 189/10 , Rec. p. I 5667, apartado 43)."

Pero, también, se considera en esa sentencia (punto 30) que "A estos efectos, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deban interpretar las disposiciones de la Carta, tienen la posibilidad y, en su caso, la obligación de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE ."

Con los presupuestos hasta aquí expuestos, al órgano judicial remitente se le plantea la duda de si es o no contraria al Derecho de la Unión una norma nacional como la que instaura y regula el contrato de trabajo tantas veces ya referido, que contempla un periodo de prueba de un año, y que además, sustrae a la negociación colectiva la posibilidad de regular convencional el periodo de prueba de este tipo de contrato, que será de un



año en todo caso. Además, si ese periodo de prueba, en el que se permite el libre desistimiento del contrato de trabajo, es compatible con el derecho fundamental garantizado por el art. 30 de la Carta.

Con la cooperación que se está solicitando al TJUE se desea despejar la duda de si la Ley 3/2012, de 6 de julio, impide obtener la protección que frente al despido injustificado concede el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Una respuesta positiva permitiría al juez nacional inaplicar el precepto de esa Ley que habilita ese periodo tan excesivo de prueba y así declarar la improcedencia del despido de la trabajadora demandante, inicialmente contratada mediante la suscripción de un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores al amparo de esa norma, despedida sin embargo al sexto mes, cuando estaba de baja laboral temporal por enfermedad, y la empresa ha alegado como causa de su cese que no había superado el periodo de prueba de un año.

4.2.5. Refuerza esa duda el interrogante de si la instauración de un periodo de prueba de un año, en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, lesiona los objetivos y la regulación de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo Marco que contiene - Cláusulas 1 y 3 - hasta el punto de que el juez nacional, actuando como juez comunitario, ha de dejar de aplicarlo.

Ayuda a incrementar estas vacilaciones el hecho de que las Instituciones comunitarias han evaluado las reformas adoptadas por España, país miembro que ha seguido sus orientaciones y recomendaciones, adoptando las modificaciones legislativas en contratación laboral que regulan ese periodo de prueba, a plena conformidad de las mismas, destinando incluso fondos comunitarios para fomentarlas.

4.2.6. Finalmente, aunque el TJUE se ha pronunciado ya, en lo que se refiere a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el CEDH - lo que es extensible a la CSE - recordando que, "si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales -como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3-, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión." (punto 44, sentencia C 617/10), justifica todas esas dudas la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales, como organismo adscrito al TEDH, ya antes referida, cuando declara que un periodo de prueba de un año, en un contrato de trabajo, constituye una violación del art. 4.4 de la CSE.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO : Plantear, en trámite de cuestión prejudicial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las siguientes preguntas:

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

2) ¿Lesiona los objetivos y la regulación de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada - Cláusulas 1 y 3 - el periodo de prueba de un año a que se somete el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores?

Notifíquese la presente resolución a las partes advirtiéndose que contra la misma no cabe recurso alguno ya que está directamente regulada por las disposiciones del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

Remítase testimonio de esta resolución, junto con documentación informativa precisa al Tribunal de Justicia de la Unión Europea al cual se solicita que remita acuse de recibo de todo ello.

El Magistrado-Juez

DILIGENCIA : Seguidamente se cumple lo acordado y se envía lo ordenado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a su Secretaría de Justicia, L-2925 LUXEMBURGO.

La precedente resolución ha sido dictada por el Ilmo. Sr. D. Jorge Juan Guillén Olcina, Magistrado del Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid. Doy fe.

La Secretario Judicial