



Roj: **STSJ CAT 1978/2016 - ECLI:ES:TSCAT:2016:1978**

Id Cendoj: **08019340012016101364**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2016**

Nº de Recurso: **6039/2015**

Nº de Resolución: **1388/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8024534

EL

Recurso de Suplicación: 6039/2015

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 1 de marzo de 2016

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 1388/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por Borax Distribución Informática Usada, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Barcelona de fecha 16 de marzo de 2015, dictada en el procedimiento Demandas nº 521/2014 y siendo recurrido/a Celso. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de mayo de 2014, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 2015, que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo en parte la demanda interpuesto por Celso contra Borax Distribución Informática Usada, S.L, y declaro improcedente el despido sufrido por el actor el 31.03.2014, condenando a Borax Distribución Informática Usada a estar y pasar por tal declaración, y a que readmita al demandante en su mismo puesto de trabajo y en iguales condiciones a las que regían la relación laboral con anterioridad al despido, con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la readmisión, a razón de 54,56 euros diarios o hasta que el trabajador hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y



se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación; o, a su opción, que deberá ejercitar en el improrrogable plazo de cinco días, a que abone al demandante una indemnización en cuantía de 1.650,44 euros."

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

" **PRIMERO.-** El demandante, Celso , mayor de edad, suscribió contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores con la empresa demandada el 2.05.2013, con una jornada semanal de 40 horas y con la categoría de auxiliar administrativo grupo 6. En la cláusula segunda del contrato se estableció un periodo de prueba de un año (f. 58 a 60)

SEGUNDO .-El actor ha venido percibiendo un salario mensual bruto con prorrata de pagas extras de 1629,32 euros, constando en sus hojas de salario como categoría la de oficial administrativo (f. 80 a 90)

TERCERO .-En fecha 6.02.2014 el actor recibió mail de Jaime con el siguiente contenido: "como recordatorio de nuestra reunión:

Objetivos cualitativos:

600 visitas blog bórax.es/blog según analytics entre 1/1 y 31/3.

8 posts nuevos (1 por semana) entre 1 y 31/3 en el blog

Posicionamiento por delante de info-computer y jetcomputer en Google Barcelona y Madrid por los términos ordenadores segunda mano y portátiles segunda mano. El posicionamiento se medirá entre el 15/3 y el 31/3 haciendo una comprobación diaria y debiendo resultar positiva.

Objetivos cuantitativos:

Facturación a 31/3 de 210.000 euros

El bonus será de 600 euros pagaderos durante el mes de abril (f. 119)

CUARTO .-En fecha 31.03.2014 al empresa comunicó al actor la finalización de su contrato por no superación del periodo de prueba de conformidad con el art. 4 RDL 3/2012 (f. 121)

QUINTO .- En fecha 22.05.2014 tuvo lugar el intento de conciliación entre las partes terminando sin acuerdo. La papeleta se presentó el 28.04.2013 (f. 5)

SEXTO .- El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante unitario o sindical de los trabajadores."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -La parte demandada, Borax Distribución Informática Usada SL, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 104/2015, dictada el 16/03/15 por el Juzgado de lo Social nº2 de Barcelona en los autos nº 521/2014, seguidos por despido, en cuya virtud se estima en parte la demanda interpuesta por D. Celso contra Borax Distribución Informática Usada SL, declara improcedente el despido de fecha 31/03/14 y condena a la demandada a la consecuencias legalmente establecidas.

El recurso no ha sido impugnado en plazo y consta un escrito de la parte demandante en que se afirma que no se le ha notificado la formalización pero que ello no le irroga indefensión, comunicando un nuevo domicilio a efectos de comunicaciones.

SEGUNDO.- El motivo de recurso, articulado conforme al art.193c) LRJS, radica en la denuncia de la infracción de los arts.4.3 RDL 3/12, art.35.1 y 14 CE y art.14 ET .

2.1.- Descripción del objeto de recurso.

La sentencia recurrida declara que la existencia de despido improcedente porque el 31/03/14 la empresa comunicó al actor la finalización de su contrato de apoyo a emprendedores firmado el 02/05/13, por no haber superado el período de prueba de 1 año, conforme al art.4 RDL 3/12

Para llegar a tal conclusión, la resolución recurrida realiza una motivación profusa y sugerente, que en síntesis concluye, tras el oportuno y justificado control de convencionalidad, que el art.4.3 del RDLey 3/12 es contrario



al art. 4.4 de la Carta Social Europea de 1961. En base a ello, concluye, no hay desistimiento en período de prueba, sino despido improcedente.

La recurrente denuncia las infracciones de las normas antes anunciadas, por entender que el TC ha validado dicho precepto (art.4.3 RDLey 3/12) y, por tanto, pide la revocación de la resolución recurrida y la desestimación de la demanda, al no existir despido alguno.

2.2.- Doctrina de la Sala

La cuestión que se plantea en el recurso -adecuación del art.4.3 RD-Ley 3/12 - a la Carta Social Europea-, ya ha sido resuelta por nuestra Sala en Sentencia de Pleno núm. 4090/2015 de 22 junio, dictada en Recurso de Suplicación núm. 134/2015 , con voto particular.

Elementales imperativos de igualdad en la aplicación de la ley (art.14 CE) y de seguridad jurídica (art.9.3) nos imponen seguir con el criterio que allí mantuvimos, al no presentar el caso concreto elementos distintos que aconsejen la reconsideración o cambio del mismo (vid. STC 144/88 , 229/03 , 120/87 , etc).

El parecer mayoritario de la Sala en tal resolución es el que pasamos a reproducir:

TERCERO

- En los motivos destinados a la censura jurídica de la sentencia denuncia la recurrente que el artículo 4.3 del Real Decreto Ley 3/12 (RCL 2012, 147 y 181) , contraviene lo dispuesto en el art. 4.4 de la Carta Social Europea de 1961 (RCL 1980, 1436 y 1821) ratificada por España por instrumento de 29.04.80 y que, a su tenor, el período de prueba de un año establecido en el contrato de trabajo resulta excesivo y contrario a los principios establecidos en la misma, siendo así, además, que el artículo 17 del convenio colectivo de aplicación - Convenio Colectivo de Industria de Hostelería y Turismo de Cataluña (LCAT 2013, 135) , 2012- 2013- ya establece un período de prueba de 60 días para apreciar si la persona contratada reúne las características adecuadas para el desempeño del puesto de trabajo para el que ha sido contratada. Finalmente, conforme al artículo 7 del Código Civil (LEG 1889, 27) la extinción contractual acordada por la empresa, cuando faltan 52 días para el cumplimiento de los 365 establecidos como período de prueba, debe considerarse, asimismo, un abuso de derecho, por lo que la finalización de la relación laboral acordada debe ser declarada como improcedente.

En relación con el contrato de emprendedores regulado por la Ley 3/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 945) , de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 8/2015, de 22 de enero (RTC 2015, 8) , sobre la base de los argumentos vertidos en la sentencia 119/2014, de 16 de julio (RTC 2014, 119) (recurso del Parlamento de Navarra), desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, Grupo Parlamentario la Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)] respectivamente contra diversos artículos y, en particular, contra el art.4.3 de la citada Ley 3/2012 (RCL 2012, 945) .

Así, con referencia a dicho precepto legal cabe hacer mención, en apretada síntesis, de los criterios aducidos a fin de rechazar la alegada inconstitucionalidad de aquél, sin perjuicio de dar por reproducidos in extenso los argumentos que constan en las sentencias citadas del Tribunal Constitucional y que podemos resumir en lo que aquí afecta, previo reconocimiento por el Tribunal de la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia laboral ex artículo 194.1.7º de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , en los siguiente extremos: a) respecto del art. 35.1 CE la medida controvertida tiene como finalidad incentivar la contratación indefinida, siendo una medida excepcional en la situación de crisis económica, tiene un alcance limitado y se trata de una medida integrada en un contrato en el que los beneficios que reporta al empleador (deducciones fiscales y bonificaciones en las cuotas empresariales de la seguridad social) se condicionan a la estabilidad en el empleo del trabajador, atemperándose dicha medida [es decir, el período de prueba de mayor duración] con otras, como son la eventual compatibilización del salario con la prestación de desempleo o el mantenimiento del derecho a su percepción a la finalización así como que, a la superación del mayor período de prueba, se le anuda el carácter indefinido de la relación laboral; b) por lo que hace a la denunciada vulneración del art. 37.1 CE , la configuración legal como norma de derecho necesario absoluto de la duración del período de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador", razón por la cual, la decisión legislativa impugnada contribuye "a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico; c) en relación con la infracción del art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) , el Tribunal la rechaza sobre la base de que las decisiones empresariales de desistimiento adoptadas al amparo del citado art. 4.3 son revisables antes los jueces y tribunales cuando no se ajusten al régimen jurídico establecido en la Ley o se



hayan adoptado por motivos discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales del trabajador, siempre teniendo presente que el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial o una indemnización derivada del mismo, al ser exigencias que la norma sustantiva no contempla en la configuración del período de prueba, d) finalmente, respecto de la vulneración denunciada del art. 14 CE, en tanto que al no reconocer indemnización a los trabajadores en caso de desistimiento empresarial durante el período de prueba, se estaría dispensando una diferencia de trato injustificada a los trabajadores indefinidos con período de prueba con relación a los trabajadores contratados temporalmente, quienes, por regla general, sí tienen derecho a ella, la no atribución de indemnización al trabajador por el desistimiento empresarial no supone una diferencia de trato contraria al art. 14 CE, sino que es una consecuencia intrínseca de la propia institución del período de prueba común a todos los contratos de trabajo. Debe desestimarse, por tanto, también este último motivo de impugnación del art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

En esta sentencia 8/2015 del Tribunal Constitucional (RTC 2015, 8) (RTC/2015/8) -tanto en lo que se refiere a los fundamentos de derecho de la misma como a los razonamientos vertidos en el voto particular- ninguna referencia se hace a los tratados internacionales ni a la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) pese a que ésta sí consta aludida en los argumentos vertidos en el voto particular a la sentencia 119/2014, de 16 de julio (RTC 2014, 119), relativa al recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra, mientras que sí se analiza el art. 4.3 de la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945) con relación a la previsión contenida en el art. 2.2 del Convenio 158 de la OIT, teniendo a la vista el Informe emitido por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en la 321.ª reunión celebrada en Ginebra, de fecha 13.06.14, a raíz de la comunicación efectuada en fecha 10.05.12 por los sindicatos CCOO y UGT que, invocando el artículo 24 de la Constitución de la OIT, presentaban una reclamación en la que se alegaba el incumplimiento por parte del Gobierno de España del Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, siendo así que como consta en el artículo 96 CE los "tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional", por lo que la nula referencia a la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) en los fundamentos de derecho de las sentencias del Tribunal Constitucional evidencian que el Tribunal Constitucional no se siente concernido por ella, y ello, habiendo debido de tener presente en la deliberación de las sentencias antes citadas la reiterada doctrina del propio Tribunal expuesta, entre otras, en la sentencia nº 145/2012 (RTC 2012, 145) (RTC 2012/145) con relación a la supremacía del derecho comunitario en la que se afirma lo siguiente: "(...) En tercer lugar, y como consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010 (JUR 2011, 427596) [JUR 2011, 427596], asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010 (TJCE 2010, 287) [TJCE 2010, 287], asunto Elchinov, C-173/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008 (TJCE 2008, 312) [TJCE 2008, 312], asunto Michaniki (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)]. Esta facultad de inaplicación se ha extendido también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores (véanse las Sentencias de 22 de junio de 1989 [TJCE 1989, 149], asunto Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartados 30 a 33; y de 9 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 245) [TJCE 2003, 245], asunto CIF, C- 198/01, Rec. p. I-8055, apartado 50)".

Señalar, asimismo, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 05.02.15 (TJCE 2015, 3) que tiene por objeto decidir acerca de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, con relación a los artículos 2.2, letra b) y 4 del Convenio nº 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptado el 22.06.82, por la Organización Internacional del trabajo y artículo 4.4 de la Carta Social Europea de 18.10.1961 (RCL 1980, 1436 y 1821), el Tribunal de Justicia se declara no competente, en virtud del artículo 267 del Tratado de la Unión, para pronunciarse en materia de interpretación de normas de derecho internacional que vinculan a los estados miembros pero que están excluidas de la esfera del derecho de la Unión.

Por último, conviene poner de manifiesto que por esta Sala se han dictado las sentencias de fecha 02.12.14 (AS 2015, 344) (rollo de suplicación nº 5253/14 [AS 2015/344]) y 24.04.15 (rollo de suplicación nº 5035/13) y 10.03.15 (rollo de suplicación nº 7353/14) que, frente a supuestos similares al que aquí se examina, declaran la procedencia de la extinción contractual acordada por la empresa antes del término de un año del período de prueba establecido en el contrato de emprendedores regulado de manera definitiva en la Ley 3/2012, de 6 de



julio (RCL 2012, 945), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En igual sentido se han dictado, hasta la fecha, las sentencias del TSJ de Canarias de 31.07.14 (rollos de suplicación nº 979/2013 y 110/14 [JUR 2014/272620 y JUR 2014/272788 1376/14 respectivamente) y TSJ de Castilla y León de 22.04.15 (JUR 2015, 127923) (rollo de suplicación 164/15 [JUR 2015/127923]).

CUARTO

Sentado cuanto antecede, la cuestión litigiosa, como dejamos dicho más arriba, consiste en determinar la validez de la cláusula del contrato de emprendedores relativa a la duración del período de prueba de un año ex artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de Julio, a la luz del artículo 4.4 de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) que la recurrente invoca como infringido por la sentencia de instancia.

El artículo 4.4 de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) en lo que aquí interesa establece lo siguiente:

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

(...)

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

En síntesis, la Carta Social Europea (en adelante CSE (RCL 1980, 1436 y 1821)), como Tratado del Consejo de Europa fue adoptada en 1961 y ratificada por España el 29.04.80 (BOE de 26 de junio y 11 de Agosto), habiéndose añadido a la misma tres Protocolos en 1998, 1991 y 1995, ratificados por España los dos primeros el 24.01.00, pero no así el tercero de 1995 que establece el procedimiento de reclamaciones colectivas que permitiría a sindicatos, entidades sociales u organizaciones patronales demandar al Estado Español si las leyes dictadas o políticas públicas fueran contrarias a la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821) . En 1996 se da lugar a la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) revisada que España no ha ratificado. Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales controla la conformidad de la actuación de los Estados conforme a los compromisos adquiridos en el momento de la ratificación de la Carta mediante dos procedimientos: a) la emisión de Conclusiones mediante el análisis de los informes que presentan los Gobiernos y b) el dictado de Decisiones de fondo en un procedimiento cuasi-jurisdiccional, con un importante componente político (la resolución definitiva la toma el Consejo de Ministros del Consejo de Europa), ante el planteamiento de reclamaciones colectivas.

En relación con dicho artículo, el Comité Europeo de Derechos Sociales en sus Conclusiones XX-3 (2014), emitidas en Enero/2015 sobre el informe presentado por España relativas al grado de cumplimiento de los derechos laborales de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) durante el período 2009-2012, inclusive la reforma laboral operada en España en el año 2012, se pronuncia en el sentido de que la falta de preaviso y la ausencia de indemnización no previstos en el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores ex artículo 4.3 de la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945) no es conforme a lo establecido en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) . A su vez, en dichas Conclusiones se solicita al Estado Español que en el próximo informe indique el plazo de preaviso o/y la indemnización aplicable a la extinción del contrato durante el período de prueba establecido en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores , reservándose en el intervalo su posición sobre dicho punto.

Pues bien, a la vista de lo anterior la Sala entiende que no resulta de aplicación al caso el artículo 4.4 de la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821) y, por lo tanto, el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945) no contraviene dicho precepto y ello, por las siguientes razones. En primer lugar, la dificultad de aplicar directamente la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821) resulta de la propia técnica jurídica utilizada en términos generales, pues de su redacción, en lo que a la Parte II de la misma se refiere (la Parte I de la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821) es claramente programática) y en la que se enmarca el tan citado artículo 4.4 (recuérdese el rótulo del reseñado más arriba artículo 4 de la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821)), se desprenden claramente compromisos y obligaciones internacionales que los Estados quieren (no deben) asumir y una vez asumidas se imponen una serie de medidas internas para hacer efectivos dichos compromisos, es decir, la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821) no establece reglas de derecho que daban aplicarse a los particulares, sino que sólo obliga a los Estados a legislar en un determinado sentido. En segundo lugar, se establece en Anexo a la propia CSE (RCL 1980, 1436 y 1821) (Parte III) que "se entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente a la supervisión establecida en la Parte IV", es decir, las disposiciones de la Carta, en principio, no constituyen sino obligaciones internacionales, las cuales, dado su formulación genérica, requieren la adopción de medidas nacionales para la aplicación de la Carta en el derecho interno a fin de ser invocadas por los particulares [imposibilidad de self-executing].



Y si la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821) no puede ser invocada a efectos de su aplicación directa, menos lo son las Conclusiones emitidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales. A tal efecto y con relación a la cuestión debatida en autos conviene recordar que en las Conclusiones XIX-3 (2010), emitidas por dicho Comité respecto del informe presentado por España en fecha 02.11.09 y relativas a los artículos 2, 4, 5 y 6 de la Carta y artículos 2 y 3 del Protocolo adicional de 1988, se afirmaba ya que la situación de España no era conforme al artículo 4.4 de la Carta por el motivo de que "en los contratos temporales de duración de menos de un año, el contrato se extingue sin preaviso alguno y en los contratos temporales de duración superior al año el plazo de preaviso es de 15 días", sin que conste que durante todo este período hasta la fecha se hayan invocado los preceptos de la Carta por los tribunales de justicia españoles a fin de declarar la nulidad de los contratos temporales por incumplimiento del plazo de preaviso o insuficiencia del mismo.

Conviene añadir, para una mejor comprensión de la cuestión que se analiza y como ha puesto de manifiesto la doctrina, que en las Conclusiones XX-3 (2014), emitidas en Enero/2015 más arriba citadas, el Comité no emite pronunciamiento alguno sobre la duración de un año del período de prueba establecido en el contrato de apoyo de emprendedores por la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945), ni el carácter inamovible del mismo, ni el hecho de constituir una incorporación encubierta de una modalidad de contratación temporal a-causal carente de indemnización [el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945) no vulnera el artículo 15 del ET (RCL 1995, 997) pues constituye una excepción al régimen de contratos establecidos en éste último precepto]. Es decir, para el Comité, España incumpliría la CSE por su regulación del período de prueba [del contrato de emprendedores] en tanto en cuanto en este período no está establecido legalmente el derecho al preaviso, pues en efecto, lo que las Partes contratantes de la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821) se comprometen según se dispone en su artículo 4.4 es "a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del contrato de trabajo".

QUINTO

- Ahora bien, no obstante cuanto hemos dicho respecto de la aplicación de la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821), la interpretación que, en su caso, correspondería derivar del artículo 4.4 de la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821) 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 (RCL 1978, 2836), no habría de ser la declaración de nulidad del período de prueba estipulado en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945) 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 (RCL 1980, 1436 y 1821), 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 (RCL 2012, 945) por el salario correspondiente al tiempo que se estimara debiera tener el plazo de preaviso en este tipo de contratos, pero ni ésta ha sido la pretensión de la recurrente ni el Tribunal puede establecer una indemnización tasada que no ha sido regulada por la ley.

Finalmente, la Sala recuerda que en anteriores sentencias ha hecho constar, con referencia al contrato que examinamos, que "el plazo de un año [del período de prueba] parece excesivo si con ello se pretende conocer y valorar la aptitud de las partes y aún lo es más si tenemos en cuenta que no se aplica en función de la dificultad o especialización técnica de la actividad, sino de manera lineal, introduciendo deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo y que tiene mucho que ver con el derecho a no ver extinguido su contrato sin justa causa" (Sentencia de 06.06.13, rollo de suplicación 1868/13), y si bien se niega que las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, en su interpretación de los preceptos de la CSE (RCL 1980, 1436 y 1821), tengan carácter vinculante para los tribunales judiciales de este país, no es menos que podemos admitir que las mismas pueden servir de fundamento o inspirar las decisiones que pueda adoptar un órgano judicial con relación a los preceptos de aquélla fijando el sentido pretendido en su ambigua redacción (así ha sucedido en el supuesto de resoluciones dictadas por el TJUE), pero en el presente caso no parece que la cuestión deba resolverse en el sentido propugnado en las referidas Conclusiones por mor del principio de seguridad jurídica, si se tiene presente que el contrato de apoyo a los emprendedores [con inclusión de la cláusula cuestionada], ha sido declarado constitucionalmente válido, por lo que no podemos declarar la nulidad de dicha cláusula cuando el contrato de trabajo suscrito entre empresa y trabajador se ha firmado cumpliendo la legislación vigente sin que dicho contrato haya sido denunciado por fraude de ley en el caso que ahora examinamos.



La aplicación de dicha doctrina al caso concreto nos lleva a la revocación de la resolución recurrida y la desestimación de la demanda, al no existir despido alguno.

TERCERO.- A la vista de lo dispuesto en el art.235 LRJS , no procede la imposición de costas a la recurrente,

FALLAMOS

ESTIMAR el Recurso de Suplicación interpuesto por Borax Distribución Informática Usada SL, frente a la sentencia nº 104/2015, dictada el 16/03/15 por el Juzgado de lo Social nº2 de Barcelona en los autos nº 521/2014, que revocamos y, en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por D. Celso frente BORAX DISTRIBUCIÓN INFORMÁTICA USADA SL, a la que absolvemos de todos los pedimentos contra ella formulados.

Sin costas.

Acordar la devolución de los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir, lo que tendrá lugar cuando la sentencia sea firme

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

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

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

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

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

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

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

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