

LA PROBLEMÁTICA ENTRE EL ART. 4.3 DE LA LEY 3/2012 Y EL ART. 4.4 DE LA CSE

Autor: Óscar Checa Monge

Director: Rafael Álvarez Gimeno

I.- ANÉXO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS (EN ORDEN DE APARICIÓN) – págs. 2-3

II.- INTRODUCCIÓN – págs. 4-6

III.- HECHOS QUE FUNDAMENTAN EL PRESENTE TRABAJO – págs. 6-8

IV.- INICIO DEL CONFLICTO: LA LEY 3/2012 Y LAS CONCLUSIONES XX-3 (2014) DEL CEDS – págs. 8-10

V.- LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: STC 119/2014 – págs. 10-14

VI.- EL VALOR JURÍDICO Y LA NATURALEZA (SELF-EXECUTING) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL – págs. 14-17

VII.- LAS CONCLUSIONES DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES – págs. 17-18

VIII.- REITERACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: STC 8/2015, DE 22 DE ENERO – págs. 18-20

IX.- LA INCOMPETENCIA DEL TJUE: STJUE DE 5 DE FEBRERO DE 2015 – págs. 21-22

X- LA STSJC (SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN 1^a) 4090/2015 DE 22 DE JUNIO DE 2015: LA DOCTRINA VERTIDA EN SU VOTO PARTICULAR – págs. 23-31

XI.- CONCLUSIONES – págs. 31-33

XII.- CAUCE PROCESAL DEL CASO QUE NOS OCUPA – págs. 33-35

I.- ANÉXO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS (EN ORDEN DE APARICIÓN)

Págs: página/páginas.

CAE: contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores.

CEDS: Comité Europeo de Derechos Sociales.

CSE: Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980.

TC: Tribunal Constitucional.

STC/SSTC: sentencia/sentencias del Tribunal Constitucional.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STSJC: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

FJ: fundamento jurídico

CE: Constitución Española de 1978.

LET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

STC 119/2014: sentencia del Tribunal Constitucional, adoptada en pleno, 119/2014, de 16 de julio.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

Convenio 158 de la OIT: Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982.

DT: Disposición transitoria.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

Ley 25/2014: Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Rat.: Instrumento de Ratificación.

STSJV: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

II.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (en adelante CAE), y su adecuación al Ordenamiento jurídico español. Es bien conocida la controversia suscitada desde las Conclusiones XX-2 (2013) del Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante CEDS) de 29 de enero de 2014, en las que se declaraba directamente que la legislación española estaba en contra de lo regulado en la Carta Social Europea (en adelante CSE), en concreto el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el cual establece un periodo de prueba en este tipo de contratos con una duración de un año *«en todo caso»*, contraviene el artículo 4.4 de la CSE, que recoge que *«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»*.

El conflicto está servido, lo está desde las Conclusiones XX-2 (2013) del CEDS, y el problema del mismo es que todavía no se ha elaborado una doctrina jurisprudencial al respecto, pues en los únicos intentos que han habido de generar alguna los tribunales enjuiciadores se han declarado incompetentes para conocer del mismo. De ese modo, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han fallado en la tarea de generar tal doctrina. El TC, en sentencias 119/2014 y 8/2015, concluyó que el CAE, que establece un periodo de prueba de un año en todo caso constituye una medida razonable, debido a *«la coyuntura económica en que se ubica y en tanto liga su perdurabilidad a los umbrales de desempleo en los términos ya indicados»* (STC 119/2014 FJ 3º A.f). Cabe exponer, que en lo que respecta al tema que nos ocupa, la STC 8/2015 es casi idéntica a la STC 119/2014.

Por su parte, el TJUE tuvo la oportunidad de manifestarse al respecto en la STJUE de 5 de febrero de 2015, porque, aunque las cuestiones prejudiciales suscitadas por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid no versaban directamente sobre la adecuación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 a la CSE, en concreto a su artículo 4.4, y en la misma aseveró que *«la situación analizada en el litigio principal no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión»*, por lo que declara al TJUE incompetente *«para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional*

remitente» (STJUE de 5 de febrero de 2015 párrafo 44), es decir, 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» (STSJC 4090/2015 FJ 3º).

En este trabajo, voy a tratar de examinar los grandes hitos jurisprudenciales que han sucedido y que están directamente relacionados con el conflicto que nos atañe, para tratar de alcanzar una idea clara sobre la dirección que la doctrina jurisprudencial española está tomando al respecto de este tema.

He decidido examinar detenidamente la jurisprudencia al respecto, pero no estudiar la doctrina de los distintos autores de reconocido prestigio que en España hay que hayan escrito sobre la materia por la asignatura y el ciclo formativo en el que se enmarca ente Trabajo de Fin de Máster. Este Máster en Abogacía que estoy realizando, principalmente sus prácticas externas, así como mi conocimiento de la realidad práctica judicial, me han demostrado que, aunque el artículo 1.6 del Código Civil español relega a la jurisprudencia a una posición de mero instrumento interpretador complementario («*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico*»), lo cierto es que la jurisprudencia es de suma importancia para el caso concreto. De ese modo, las sentencias previas sobre asuntos similares alcanzadas sobre un tema en concreto vinculan al propio tribunal que las ha alcanzado para futuros procesos con cierta identidad con el enjuiciado, y, del mismo modo, las sentencias de instancias superiores vinculan directamente a las instancias inferiores.

Además, esta función interpretativa, aunque parezca residual, es de vital importancia, pues esta labor interpretativa del Ordenamiento jurídico que los jueces y tribunales realizan en sus sentencias viene a determinar, en la práctica, que actuaciones se enmarcan dentro de un determinado artículo, y cuales no se enmarcan en él. De modo que la jurisprudencia modula y pule la ley en caso de que la norma no sea del todo clara, lo cual la erige en una suerte de complemento de la ley, con una posición similar a la misma, pues ambas forman un todo, gracias al cual el Derecho español no es estático, sino que está vivo y tiene capacidad de responder a las exigencias de la realidad momentánea.

Por ello, he decidido realizar mi trabajo únicamente interpretando sentencias y normativa para ejercitar la capacidad que en el futuro próximo deberé de utilizar casi

continuamente de examinar y sacar conclusiones por mí mismo, y no tener que acudir siempre a la doctrina de otros autores y a sus propias interpretaciones de la jurisprudencia o de los preceptos legales. Esta es una de las partes más importantes de la profesión de abogado: la correcta investigación e interpretación para poder alcanzar la más correcta defensa del cliente en el caso concreto.

El caso que sirve de ilustración del tema a tratar en el trabajo es un tema sacado de la práctica real, y que actualmente se encuentra en espera de celebración del juicio de segunda instancia, lo cual sucederá en marzo del año 2018. Con ello como parte introductoria, el trabajo empieza analizando la Ley 3/2012 y las Conclusiones XX-2 (2013) del CEDS, las cuales propiciaron el inicio del conflicto que nos ponemos a analizar. El cuerpo del mismo está formado por el análisis de distintas sentencias acordadas por distintos órganos jurisdiccionales. Así, analizo sentencias del Tribunal Constitucional de España, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pasando, a su vez, por un análisis sobre la naturaleza y la jerarquía normativa dentro del Ordenamiento jurídico español de la CSE, y en concreto de su artículo 4.4, así como de las conclusiones emanadas por el CEDS, para terminar exponiendo las conclusiones a las que tales argumentaciones me han llevado.

III.- HECHOS QUE FUNDAMENTAN EL PRESENTE TRABAJO

Una persona fue contratada por una empresa como trabajadora de la misma mediante el Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. En la cláusula cuarta del contrato se inserta un periodo de prueba de un año, como impone la Ley 3/2012 en su artículo 4.4. La trabajadora se quedó embarazada en enero de 2017, conociendo tal situación el día 28 de enero y, tras varias visitas al hospital y revisiones médicas, decide comunicarle tal situación a la empresa, lo cual sucede el día 10 de marzo de 2017, por *«la problemática derivada del embarazo, la cual le obligó a ausentarse del trabajo en reiteradas ocasiones para acudir a exámenes clínicos»*, como reza la demanda en su hecho quinto. El día 14 de marzo de 2017, la trabajadora recibió carta de despido *«por no superación del periodo de prueba»*.

En la demanda, dirigida al Juzgado de lo Social de Zaragoza, la parte actora denuncia la inaplicación de la cláusula cuarta del contrato de trabajo formalizado, en la que se establecía un periodo de prueba de un año de duración, así como la declaración del despido como nulo por haber despedido a una trabajadora en situación de embarazo.

En el presente trabajo vamos a centrarnos en el conflicto surgido en torno al artículo 4.3 de la Ley 3/2012, en relación al artículo 4.4 de la Carta Social Europea, y vamos a dejar a un lado la vulneración realizada por el empresario al dar por finalizada la relación laboral en esas características.

La demanda alega que la cláusula cuarta del contrato contraviene el artículo 4.4 CSE, «*como afirma el Comité Europeo de Derechos Sociales en sus Conclusiones XX-2 (2013), siendo nula la cláusula consignada por aplicación directa de la norma comunitaria, en base al artículo 31 de la Ley 20/2014 de 27 de diciembre sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales y de los artículos 10 y 96 CE*

. Continua alegando la parte actora en la demanda que la CSE, en su redacción original de 1961 que ya incluía el artículo 4.4, fue ratificada por España el día 26 de junio de 1980, por tanto, siendo directamente aplicable en el Ordenamiento jurídico interno español, y ostentando una superior jerarquía normativa que la Ley 3/2012.

No es ajena la parte actora al hecho de que el Tribunal Constitucional declaró que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 es conforme a la Constitución, pero afirma también que el propio TC solo ejerce un control de constitucionalidad de las normas, correspondiendo a los tribunales ordinarios (Juzgados de lo Social, y Salas de lo Social de los distintos Tribunales Superiores de Justicia) el control de convencionalidad de la citada norma con respecto a los casos de que conozcan. Por lo tanto, concluye la demanda, solicitando al tribunal que inaplique la norma en conflicto, por el principio de jerarquía normativa, en caso de entender que tal norma vulnera normativa o jurisprudencia europea vinculante.

Para terminar con este apartado de la demanda, la parte actora alega, en el hecho cuarto de la misma, que el periodo de prueba de un año debe declararse nulo y, además, en el contrato de trabajo individual se ha pactado un periodo de prueba menos favorable para el trabajador que el establecido en el Convenio Colectivo aplicable. Por lo que, en aplicación del artículo 9.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET), tal cláusula que establece un periodo de prueba de un año debería

sustituirse por una cláusula que estableciera un periodo de prueba de 45 días, el periodo de prueba establecido por el Convenio Colectivo aplicable a la relación laboral a las trabajadoras de la categoría de la actora.

IV.- INICIO DEL CONFLICTO: LA LEY 3/2012 Y LAS CONCLUSIONES XX-3 (2014) DEL CEDS

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral introdujo, en su artículo 4, la nueva figura contractual del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Esta figura contractual nace, como se desprende de la redacción literal del propio artículo, «*con objeto de facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial*». Además, esta figura nace con vocación temporal, es decir, el preámbulo de la propia ley alude directamente al carácter necesario de la misma debido a la grave crisis económica que sufre el país y, también, la disposición transitoria novena de la misma ley establece que este contrato (el contrato «*a que se refiere el artículo 4 de esta ley*»), solo podrá realizarse «*hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento*».

En enero del año 2012, España tenía una tasa de desempleo superior al 23%, en julio, mes de publicación de la citada ley, el desempleo rondaba el 25%, y ese año se cerró con una tasa de desempleo superior al 26%. Es innegable que los argumentos sobre los que se sostiene el espíritu de la ley son ciertos, y comparto la visión del legislador en cuanto a que había que tomar medidas no habituales, como puede ser la creación de figuras jurídicas temporales, o el aumento extraordinario de incentivos fiscales para ciertos sectores de la población de manera temporal, para tratar de disminuir drásticamente el desempleo. Con todo esto, además de los incentivos fiscales de esta nueva figura de contratación, que, muy acertadamente, desde mi perspectiva, el legislador unió a una serie de exigencias sobre empleabilidad, sistema de contratación y estabilidad en el empleo en la misma empresa. Asimismo, el legislador estableció en el punto tercero del artículo regulador de esta figura contractual un periodo de prueba de un año, con estos términos: «*el régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en*

el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso».

El primer asiento doctrinal de gran importancia en el ordenamiento jurídico español se suscitó a raíz de un pleito promovido por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012 en relación a la constitucionalidad del periodo de prueba que aquí nos ocupa y a dos cuestiones en torno a la negociación colectiva, no relevantes para el caso, que concluyó con la sentencia del Tribunal Constitucional número 119/2014, de 16 de julio, la cual determinó, entre otras cosas, que el periodo de prueba de un año *«en todo caso»* establecido en el artículo 4.3 de la ley 3/2012 es conforme a la Constitución y, por lo tanto, cabe el desistimiento de la pretensión de la parte recurrente en ese procedimiento, es decir, se decide mantener dicho artículo en su redacción original íntegra. Ciento es que el magistrado Fernando Valdés Dal-Re emite un voto particular, al cual se adhieren la magistrada Adela Asua Batarrita y el magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez que difiere radicalmente de la opinión vertida por la sentencia. Pero lo que prevalece, en este caso, es la sentencia emitida, y por ella el Tribunal Constitucional ha declarado que el citado precepto está de acuerdo con la Constitución Española. Tal es así, como que el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/1978, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional reza literalmente que *«la competencia del Tribunal Constitucional se extiende (...) a los solos efectos del enjuiciamiento constitucional»*.

Es de suma importancia comprender el mandato y la limitación que recoge este precepto, porque en este conflicto se suma, a su vez, el hecho de que el Comité Europeo de Derechos Sociales, el órgano encargado de velar por el correcto y efectivo cumplimiento de la Carta Social Europea, emite regularmente conclusiones, las cuales tienen cierto valor jurídico, principalmente interpretativo, y en sus Conclusiones XX-3 (2014) determinó, en lo que a nosotros nos atañe, que el periodo de prueba de un año establecido en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 contravenía directamente el artículo 4.4 de la CSE.

El planteamiento del conflicto es claro: el TC ha determinado la adecuación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 a la Constitución, pero el CEDS ha determinado que dicho

precepto contraviene la CSE, cosa que el TC no puede determinar dado que su propia ley de creación y regulación no contempla tal posibilidad. Esto puede parecer una paradoja jurídica, pero nada impide que una norma pueda ser conforme a la Constitución y contravenir una norma de aplicación interna, ya que esta norma es de creación externa.

V.- LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: STC 119/2014

Como ya se ha dicho previamente, la STC 119/2014 adquiere existencia a raíz de un pleito suscitado por el Parlamento de Navarra, concretamente, además de otras cosas no relevantes para el caso que os ocupa, porque «*el número 3 del art. 4 de la Ley 3/2012, vulnera los arts. 35.1, 37.1, 24.1 y 14 CE*» (STC 119/2014 FJ 3º).

Con respecto a este tema, la sentencia invocada empieza afirmando que el conocimiento del debate sobre si el periodo de prueba de un año en todo caso configurado en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 es un auténtico periodo de prueba, tanto en su espíritu y su forma, tal y como está configurado doctrinalmente en el Ordenamiento jurídico español, no es competencia del propio Tribunal enjuiciador, pues, como el mismo afirma, el periodo de prueba no es «*una figura expresamente prevista y regulada en el texto constitucional*». De este modo, «*lo único relevante a efectos (del análisis del TC) es determinar si el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera o no el art. 35.1 CE, así como el resto de los preceptos constitucionales invocados por el Parlamento recurrente*» (STC 119/2014 FJ 3º A.a).

Continúa, pues, la sentencia entrando en el fondo del asunto, y afirmando que es acertada la posición del letrado del Parlamento de Navarra, en cuanto a que es sentada doctrina del TC que «*el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo,*

es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa» (STC 22/1981) y que tal doctrina se ve infringida en este caso. Pero declara la sentencia que en este caso no es la naturaleza del periodo de prueba lo que entra en conflicto, pues es claro que «*el desistimiento durante el período de prueba no constituye un despido, sino la plasmación, a través de una declaración de voluntad, de una condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato»* (STC 119/2014 FJ 3º A.b). Prosigue diciendo la sentencia invocada, que la naturaleza del periodo de prueba es contrario al derecho a la estabilidad en el empleo, el cual forma parte del derecho al trabajo recogido en el artículo 35 de la CE, afirmando seguidamente que es reiterada doctrina de este Tribunal que «*como ocurre respecto a cualquier otro derecho –incluidos los fundamentales– el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE no es absoluto ni incondicional, sino que puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela»* (STC 119/2012 FJ 3º A.c). De este modo, la sentencia abre la puerta a la posibilidad de la constitucionalidad de la institución creada por el legislador, a pesar de entrar en contradicción con derechos sociales recogidos en la propia CE.

Esto es así, como afirma la propia sentencia invocada, porque «*el derecho al trabajo puede entrar en conflicto con el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad»* (STC 119/2012 FJ 3º A.c) y en esa ponderación de derechos que surge del conflicto entre ellos puede resultar que salga perjudicado el derecho al trabajo, como sucede con la institución del periodo de prueba, perfectamente constitucional e integrada en el Ordenamiento jurídico español. Es más, la sentencia ahonda en la aceptación y utilización del periodo de prueba en la práctica de contratación internacional manifestando que el desistimiento durante el periodo de prueba está en sintonía con el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) dado que el mismo, en su artículo 2.2 establece que «*todo miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente convenio a las siguientes categorías de personas empleadas: (...) b) los trabajadores que efectúen un periodo de prueba (...)»*. Y prosigue argumentando en favor directamente de la figura controvertida, más que a la institución del periodo de prueba en general, invocando la STC 22/1981 para afirmar que una medida «*sería*

constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro» (SSTC 22/1981 FJ 9 Y 119/2014 FJ 3º A.c). Terminando la STC 119/2014 su planteamiento del problema y argumentación inicial al respecto (fundamento jurídico tercero) afirmando que todo lo expuesto determina que «*el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE puede entrar en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales, lo que podría justificar ciertas restricciones en su reconocimiento*», pero que tales restricciones han de «*gozar de (una) justificación legítima*», «*debiendo en todo caso ser proporcionadas al fin perseguido con ellas*».

Para ahondar en el conflicto y resolverlo, el Tribunal considera que la mejor fórmula es realizar un juicio de proporcionalidad al respecto: «*habremos de determinar si la limitación al derecho al trabajo ex art. 35.1 CE que puede derivar de este precepto legal encuentra justificación razonable y proporcionada, en atención a la preservación de otros derechos y bienes constitucionales*». Así, la sentencia afirma que la única especialidad relevante existente en la configuración del CAE con respecto a la regulación común es el periodo de prueba de un año en todo caso. Por lo demás, expresa la sentencia, las especialidades son para con el empresario y están en relación con objetivos de empleabilidad en la propia empresa y puesto de trabajo, la estabilidad del empleo, el tamaño de la empresa, y para con el trabajador la aceptación de un periodo de prueba de un año con independencia del trabajo que realice.

Continúa la sentencia justificando la figura jurídica controvertida con los objetivos buscados por la Ley 3/2012, y recogidos en su preámbulo, como son el fomento de la contratación indefinida y la creación de empleo estable, y añade que tal figura solo tiene una vigencia temporal: «*hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento*» (DT novena de la Ley 3/2012).

«*Cabe apreciar que la regulación introducida no difiere sustancialmente, salvo en su concreta configuración técnica, de medidas de actuación sobre la duración del contrato de trabajo que, a lo largo del tiempo, ha venido ensayando el legislador como instrumento de apoyo a la creación de empleo*», y el Tribunal se cerciora de dejar claro que la medida es adecuada y proporcionada. La sentencia introduce un nuevo argumento a favor de la existencia de la figura jurídica: la misma permite «*poder*

constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado» (STC 119/2012 FJ 3º A.d), y para apoyarlo afirma que está a favor de lo propugnado por la Convención 158 de la OIT, que afirma «*todo miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente convenio a (...) los trabajadores que efectúen un periodo de prueba*», siempre que tal la duración de tal exclusión «*se haya fijado de antemano y sea razonable*», interpretando lo cual la OIT como que la duración de tal periodo de prueba no sea «*excesivamente larga*», pero admitiendo que «*las consideraciones políticas motivadoras –en particular, el fomento de un empleo pleno y productivo–, así como las medidas adoptadas para contrarrestar o limitar la exclusión de la protección, podrían contribuir a justificar un período de exclusión “relativamente largo”* ».

Una vez que el Tribunal considera que la figura jurídica controvertida ha pasado la primera fase del juicio de proporcionalidad («*el primero de los cánones enunciado, también denominado principio de “idoneidad” o de “utilidad”, se construye sobre la relación medios/fin, apreciable en un sentido no axiológico sino técnico-jurídico. Por tanto, un medio, cual es la limitación de un derecho fundamental, será adecuado siempre que facilite y sea útil para la consecución de un fin perseguido*razonabilidad y proporcionalidad» en sentido estricto (STC 119/2014 FJ 3º A.f). En primer lugar, el Tribunal argumenta que la OIT no tiene, como ella misma afirmó, capacidad para dilucidar sobre el conflicto, pero que el propio Tribunal tiene, no solo la capacidad, si no el deber de alcanzar una sentencia al respecto para, a continuación, enumerar los límites sobre los que versa el CAE, a saber: el carácter temporal de la figura jurídica, utiliza un criterio objetivo y limitado en cuanto a los sujetos capaces de ser parte de la misma, los cuales forman un colectivo «*en riesgo*»; los incentivos fiscales a los que pueden acogerse los empresarios por utilizar este régimen de contratación solo se harán realmente efectivos si cumplen unos requisitos tendentes a crear y mantener empleos indefinidos, así como ciertos incentivos contributivos y la adquisición de la condición de indefinido en la empresa tras la superación del periodo de prueba, como beneficios para los trabajadores. Tras lo cual, realiza la sentencia una afirmación de suma importancia, como es que «*antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el derecho de acceso al mismo*» (STC 119/2014 FJ 3º A.f).

Por todo ello, el Tribunal determina que el CAE, que «*establece un período de prueba de un año constituye una medida que (...) resulta razonable*», debido a «*la coyuntura económica en que se ubica y en tanto liga su perdurabilidad a los umbrales de desempleo en los términos ya indicados*» (STC 119/2014 FJ 3º A.f). Y, por todo ello, la sentencia concluye que la medida supera el test de proporcionalidad, y que tal disposición no contraviene el artículo 35.1 CE, siendo, además, medio ejecutivo del mandato constitucional incluido en su artículo 40.1.

Habiendo terminado, la sentencia continúa argumentando, de manera sucinta, el por qué el precepto controvertido no vulnera el derecho fundamental a la igualdad recogido en el artículo 14 CE. Esta argumentación se basa en el hecho de que el CAE supone una igualdad de partes, ya que la libertad de desistimiento de la relación laboral opera tanto en el empresario como en el trabajador.

La sentencia continúa hablando sobre el resto de cuestiones sobre la que versa la argumentación de la parte actora, en torno al derecho fundamental de negociación colectiva; lo cual no interesa para este trabajo.

En lo que interesa, la sentencia desestimó totalmente el recurso y la Ley 3/2012 continuó vigente en su totalidad.

VI.- EL VALOR JURÍDICO Y LA NATURALEZA (SELF-EXECUTING) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Carta Social Europea es el Tratado más importante en la protección de los derechos humanos sociales en el ámbito de la Unión Europea. Fue adoptada en Turín (Italia) el 18 de octubre de 1961, en el seno del Consejo de Europa y entró en vigor el 26 de febrero de 1965. Una vez que España ingresó en el Consejo de Europa, ratificó la CSE por Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961 (BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980).

La naturaleza jurídica de la CSE es la de un tratado internacional, tal y como se define en el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el día 23 de mayo de 1969, así como en el artículo 2.a) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: *«a los efectos de esta Ley se entiende por:a) «tratado internacional»: acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho Internacional, y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación»*. De este modo, y con el mandato objetivo inserto en el artículo 29 de la Ley 25/2014 (*«todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados»*, la CSE forma parte del Ordenamiento jurídico español como derecho objetivo.

Y, además de ser derecho objetivo, es parámetro interpretativo de los derechos fundamentales, tal y como reza el artículo 10.2 de la CE: *«las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*, y como afirmó la STC 145/1991: *«art. 2.1 del Convenio 100 OIT, de 23 de marzo de 1953, Rat. 23 de octubre de 1967, art. 7 a), i, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Rat. 30 de abril de 1977, y art. 4.3 de la Carta Social Europea, Rat. 11 de agosto de 1980»* (FJ 4).

Una vez determinado que la CSE forma parte del derecho objetivo del Ordenamiento jurídico español y que, dada su condición de tratado internacional, es también parámetro interpretativo de los derechos fundamentales y libertades protegidas por la Constitución, cabe entrar a valorar el rango que ocupa dentro de la jerarquía normativa imperante en nuestro Ordenamiento. Tal y como recoge el artículo 31 de la Ley 25/2014 *«las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional»*, lo cual, añadido al tenor del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (*«una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado»*), hacen que las

disposiciones contenidas en la CSE prevalezcan sobre cualquier norma del Ordenamiento jurídico interno español, salvo las normas de rango constitucional. Del mismo modo fue reconocida tal postura por el Comité de Relaciones del País Huésped de las Naciones Unidas, que en su informe de 29 de abril de 1988, a razón del dictamen de 26 de abril de 1988 de la Corte Internacional de Justicia, afirmaba que «*sería suficiente recordar el principio fundamental de derecho internacional de que éste prevalece sobre el derecho interno*» y concluía con la aseveración de que «*constituye un principio generalmente aceptado de derecho internacional el de que, en las relaciones entre Potencias que sean Partes contratantes en un tratado, las disposiciones del derecho interno no podrán prevalecer sobre las del tratado*»[párrafo 57]).

Ha quedado meridianamente expuesta, pues, la prevalencia, dentro del juego de la jerarquía normativa operante en el Ordenamiento jurídico español, de las normas contenidas en la CSE, como tratado internacional, frente a las normas no constitucionales. Ahora bien, los tratados internacionales, como la CSE, serán invocables ante los tribunales en tanto que confiera derechos y libertades a los particulares. Pero para ello es parámetro exigido que las normas, para ser invocables ante los tribunales, tengan naturaleza *self-executing*, es decir, que sean aplicables directamente, dado que los tratados internacionales contienen muchas veces mandatos y principios de actuación a los estados de naturaleza *notself-executing*. Este mandato interpretativo de los tratados internacionales se recoge en el artículo 30.1 de la Ley 25/2014: «*los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinente*».

La CSE consta de una «*parte I*», de contenido programático, que enumera una serie de principios rectores de la política que las partes contratantes de la Carta han de reconocer como objetivos de sus políticas. Posteriormente, la «*parte II*» recoge una serie de artículos referidos a los distintos derechos sociales, la cual se nutre de un contenido de vinculación jurídica a las partes contratantes, siendo esta parte en la que se enmarca el artículo en controversia con el artículo 4.3 de la Ley 3/2012. Y, posteriormente, la «*parte III*» contiene un único artículo, el artículo 20: «*obligaciones*», en cuyo punto primero se establece el régimen por el cual se van a determinar el grado de vinculación de los estados a los artículos contenidos en la CSE. De este modo, el artículo establece una serie de artículos de obligada vinculación jurídica directa para los estados (los

artículos, 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19), y abre la puerta a los estados a que determinen el grado de vinculación que desean para sus Ordenamientos jurídicos internos con la CSE, con la obligación de vincularse directamente con un mínimo de «10 artículos o 45 párrafos numerados». Al respecto, el estado español ha ratificado los 72 párrafos que contiene la CSE.

De este modo, por todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que la CSE fue traspuesta expresamente al Ordenamiento jurídico español por el Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, estoy de acuerdo con la afirmación del voto particular, punto tercero, de la STSJC 4090/2015 de que «*por tanto, la CSE es derecho interno, y las disposiciones self-executing contenidas en la misma son inmediatamente aplicables a sus destinatarios y vinculan a los órganos judiciales y administrativos del estado, del mismo modo que las demás normas jurídicas de producción interna*». Por ello, lo importante en este caso es saber si la parte de la CSE que estamos analizando es *self-executing*. Toda la disquisición llevada a cabo en este punto lleva a la conclusión de que el artículo 4.4 CSE es directamente aplicable, en concreto, en relación a la aplicabilidad del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, y así lo afirman múltiples sentencias, en concreto la SJS nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre (AS/2013/2802), SJS nº 1 de Tarragona 179/2014, SJS nº 3 de Barcelona 352/2014, STSJC Sala de lo Social 4090/2015 y SJS número 33 de Barcelona de 9 de noviembre de 2015 (AS/2016/67).

VII.- LAS CONCLUSIONES DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

El Comité Europeo de Derechos Sociales es el órgano jurisdiccional recogido en el artículo 25 de la CSE, máximo intérprete de la misma, como afirma también la STSJV 179/2011 cuando se refiere a la «*nutrida jurisprudencia del (...) Comité Europeo de Derechos Sociales*», que ha venido a desarrollar la CSE (FJ 1º), o cuando declara que «*resulta pertinente traer a colación la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*» (FJ 4º.IV). Teniendo en cuenta su carácter de jurisprudencia, aceptado por los propios tribunales españoles, y el tenor del artículo 1.6 de la CE («*las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en*

tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado»), en relación a que la CSE forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico interno desde 1980, cabe concluir que las conclusiones emitidas por el CEDS han de ser observadas por los tribunales españoles ante casos en los que se enjuicen hechos que estén relacionados con la regulación prevista en la CSE.

Teniendo en cuenta lo vertido previamente, en las Conclusiones XX-2 (2013) el CEDS concluyó, en lo que a nosotros nos interesa, que «*la situación en España no está en conformidad con el artículo 4.4 de la Carta de 1961 sobre la base de que: el período de preaviso se excluye en el despido durante el período de prueba del personal contratado para apoyo a los emprendedores*», afirmación que todavía tiene una afectación residual en la práctica jurídica española.

VIII.- REITERACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: **STC 8/2015, DE 22 DE ENERO**

La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, fue promovida por un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por «*cuatro Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural (...) del Congreso de los Diputados, contra los arts. 4.3 (...) de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por vulneración de (...) la Constitución*». La sentencia, que, como debe ser, es larga, nos interesa especialmente en su fundamento jurídico tercero, el cual dilucida sobre la adecuación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 a la Carta Magna.

Habiendo hecho este mismo Tribunal un pronunciamiento sobre estos mismos términos fue tan reciente que esta sentencia no puede evitar referirse a ella repetidas veces; hasta tal punto que reza la misma en su fundamento jurídico primero c): «*es preciso señalar que el presente recurso de inconstitucionalidad coincide en parte, en cuanto a su objeto y fundamentación, con el tramitado con el número 5603-2012, promovido por el Parlamento de Navarra y que ha sido desestimado en la reciente STC 119/2014, de 16 de julio. Por tal motivo, al resolver algunos de los preceptos impugnados en el*

presente recurso de inconstitucionalidad habremos de reiterar las consideraciones efectuadas en la mencionada Sentencia, extendiéndolas al presente proceso en lo que se acomode a su ámbito de controversia».

Previniéndonos la misma sentencia de que posiblemente no aporte nada nuevo, sino que ancle la doctrina que dio lugar al fallo de la STC 119/2014, el primer extremo estudiado, en relación al tema que nos interesa, por la sentencia que ahora nos ocupa, en su fundamento jurídico tercero, es la posible «*lesión del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) por la afectación de los principios de estabilidad en el empleo y de causalidad de la extinción contractual*». La mención a la STC 119/2014 no se hace esperar, y el alegato respecto a este conflicto se inicia, y se termina, afirmando que «*este motivo de impugnación ha sido resuelto por la STC 119/2014, de 16 de julio, en la que hemos rechazado que el precepto impugnado vulnere el art. 35.1 CE en tanto que la previsión cuestionada relativa a la duración del período de prueba constituye una medida que cuenta con una justificación legitimadora, y resulta razonable y proporcionada en atención a los fines perseguidos por el legislador con su establecimiento*». Tras esto, la sentencia en revisión se remite a repetir los argumentos vertidos en la sentencia previa y termina determinando que «*incluso admitiendo que el legislador podría haber adoptado otras medidas alternativas a la aquí cuestionada, lo cierto es que, desde la estricta perspectiva constitucional, la fijación de un periodo de prueba de un año en el contrato de trabajo previsto en el art. 4.3 de la Ley 3/2012 no vulnera el art. 35.1 CE*».

Habiendo dejado claro el extremo precedente, la sentencia continúa, en su fundamento jurídico tercero c), con el siguiente conflicto a abordar: «*el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera también el art. 37.1 CE por establecer una regulación indisponible para la negociación colectiva*». La disquisición con respecto a este dilema ocupa solo un párrafo, y de nuevo se remite totalmente a la sentencia de 2014, para terminar afirmando que «*a la vista de la finalidad y alcance de la previsión cuestionada, y una vez ponderados los intereses constitucionales en juego, alcanzamos la conclusión de que “no puede tildarse de lesiva del art. 37.1 CE la decisión del legislador de establecer en un año la duración del período de prueba del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con el carácter de norma imperativa indisponible para la negociación colectiva”*».

El siguiente infracción impugnada por la parte actora es la infracción del «*art. 24.1 CE por impedir un efectivo control judicial sobre la decisión empresarial y no conllevar resarcimiento para el trabajador*» (STC 8/2015 FJ 3º.d). La remisión vuelve a ser absoluta, iniciándose el debate al respecto en los siguientes términos: «*este motivo de impugnación también ha sido rechazado en nuestra STC 119/2014*». En este caso el único párrafo de la letra d) del fundamento jurídico tercero de la sentencia en revisión es todavía más corto que el anterior, y, principalmente, copia los argumentos de la letra d) del fundamento jurídico tercero de la STC 119/2014.

Por último, la letra e) recoge la fundamentación sobre la posible vulneración del artículo 14 de la CE por el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 «*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*

En mi opinión, en relación al tema que nos ocupa en este trabajo, esta es la fundamentación más interesante de la sentencia 8/2015, pues es la única que no se remite en absoluto a ninguna otra sentencia, sino que el Tribunal argumenta por sí mismo; a pesar de que, nuevamente, la argumentación vertida no es de una gran extensión. En resumen, la sentencia argumenta, creo que con buen criterio, que el problema que plantean no es de la institución del periodo de prueba de un año en todo caso del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, sino de la institución del periodo de prueba como tal. Por lo tanto, continúa la STC 8/2015, son a las normas que regulan esta institución a las que cabría hacer, en su caso, un reproche jurídico, y no a la Ley 3/2012, «*únicas a las que, en su caso, podría imputarse el vicio de inconstitucionalidad*» (STC 8/2015 FJ 3º.e).

La argumentación con respecto a los extremos que interesan a este trabajo vertidos en esta Sentencia del TC 8/2015, de 22 de enero, terminan aquí, y el fallo de la misma fue desestimatorio por completo.

Por lo que podemos ver, la doctrina del Tribunal Constitucional se ha mantenido intacta con respecto a la visión de la adecuación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 a la Constitución.

IX.- LA INCOMPETENCIA DEL TJUE: STJUE DE 5 DE FEBRERO DE 2015

La STJUE (Sala décima) de 5 de febrero de 2015 es adoptada a causa de una «*decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid*» en relación al «*artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999*».

Las cuestiones que fundamentaron la sentencia revisada en este apartado (STJUE de 5 de febrero de 2015) traen relación directa con el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 y el periodo de prueba de un año en todo caso que en él se instituye, pero la duda interpretativa que el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid plantea al TJUE se refieren a la relación de este artículo con la CDFUE y con la Directiva 1999/70/CE; nada tienen que ver las cuestiones planteadas al TJUE con la CSE. De todos modos, analizaremos también esta sentencia, por el hecho de que tiene directa relación con el artículo 4.3 y la posible falta de adecuación de este al Ordenamiento jurídico europeo.

Como toda sentencia adoptada en el seno de un órgano jurisdiccional de la Unión Europea, esta sentencia comienza enumerando y transcribiendo los artículos, tanto de derecho de la Unión, como de derecho interno (en este caso derecho español) aplicables al caso. Posteriormente hace un relato de los hechos que motivaron el litigio del que trae causa la cuestión prejudicial analizada, que termina con la enunciación de las dos cuestiones planteadas por el JS nº 23 de Madrid al TJUE, a saber:

«1) *¿Es contrario[a] al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el artículo 30 de la [Carta], la regulación nacional que somete a un 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 [y, de este modo, las cláusulas 1 y 3 del Acuerdo marco] el periodo de prueba de un año a que se somete el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores? »* (STJUE de 5 de febrero de 2015 párrafo 26).

Tras definir claramente los extremos sobre los que versa el litigio de procedencia de las cuestiones y las cuestiones a abordar, así como el marco jurídico sobre el que va a manejarse la sentencia, comienza la misma a dilucidar sobre su competencia para conocer del caso.

La primera conclusión a la que llega el Tribunal es que «*un contrato como el ‘‘contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores’’ previsto por el Derecho español no es un contrato de duración determinada comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70*» (STJUE de 5 de febrero de 2015 párrafo 38). Las segunda conclusión alcanzada por la sentencia en revisión es que «*el hecho de que el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores pueda financiarse con cargo a los fondos estructurales no es en sí mismo suficiente para considerar que la situación analizada en el litigio principal implique una aplicación del Derecho de la Unión*» (STJUE de 5 de febrero de 2015 párrafo 42), y para concluir señala que el mismo Tribunal «*no es competente, en virtud del artículo 267 TFUE, para pronunciarse en materia de interpretación de normas de Derecho internacional que vinculan a los Estados miembros pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión*» (STJUE de 5 de febrero de 2015 párrafo 43).

Para terminar, la sentencia afirma que «*la situación analizada en el litigio principal no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión*», por lo que declara al TJUE incompetente «*para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente*» (STJUE de 5 de febrero de 2015 párrafo 44), es decir, 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*» (STSJC 4090/2015 FJ 3º).

De modo que el TJUE, esta vez, no aportó ningún rayo de luz ante la dispar interpretación de la normativa europea en relación al artículo 4.3 de la Ley 3/2012.

**X- LA STSJC (SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN 1^a) 4090/2015 DE
22 DE JUNIO DE 2015: LA DOCTRINA VERTIDA EN SU VOTO
PARTICULAR**

La STSJC 4090/2015 nace en respuesta al recurso de suplicación «*interpuesto por Sara frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Sabadell de fecha 26 de septiembre de 2014 dictada en el procedimiento Demandas nº 698/2013 y siendo recurrida Endermar, S.L.*». En este caso, la parte actora había suscrito con la parte recurrida un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores a tiempo completo en el que, obviamente, se pacta un periodo de prueba de un año. 52 días antes de superarse el año desde que el contrato fue formalizado, la empresa despidió a la trabajadora, al entender que no había superado el periodo de prueba. En este caso, al igual que en el caso que fundamenta este trabajo, también la representación de la parte actora argumentó en relación a la duración del periodo de prueba establecida en el Convenio Colectivo aplicable; en este caso el Convenio aplicable a la relación laboral era el Convenio Colectivo de Industria de Hostelería y Turismo de Cataluña 2012-2013 y la duración del periodo de prueba más largo contemplado en el mismo era de 60 días.

Tras determinar los hechos relevantes para resolver el caso, comienzan los fundamentos de derecho de la sentencia en revisión enunciando el fundamento de la sentencia y, posteriormente, razona sobre una posible modificación de hechos probados interesados por la recurrente. Tras ello, con el inicio del fundamento jurídico tercero, comienza el razonamiento en torno a la vigencia del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, interpretado en relación al artículo 4.4 de la CSE.

Comienza la argumentación el Tribunal haciendo alusión explícita a las SSTC 119/2014 y 8/2015, y exponiendo los motivos por los que ambas consideran que el artículo 4 de la Ley 3/2012 es conforme a la Constitución para, a continuación, criticar a ambas, especialmente a la STC 8/2015, la posterior en el tiempo, por no realizar en sus argumentaciones ninguna aportación relativa a la CSE, «*pese a que ésta si consta aludida en los argumentos vertidos en el voto particular a la sentencia 119/2014*» (STSJC 4090/2015 FJ 3º), y pese a utilizar en sus argumentaciones referencias a otros instrumentos internacionales, como el Convenio 158 de la OIT. Esta falta de mención a

la CSE, considera el Tribunal, «*evidencian que el Tribunal Constitucional no se siente concernido por ella*», y ello incluso en contra de su propia doctrina al respecto, expuesta en el fundamento jurídico 6 de la STC 145/2012, la cual establece que «*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 (...). 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*». Tras exponer estos argumentos, la sentencia también se hace eco de la STJUE de 5 de febrero de 2015 en la que el propio TJUE se declaró incompetente 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*» (STSJC 4090/2015 FJ 3º).

Y, para terminar el fundamento jurídico tercero, la sentencia recoge una serie de sentencias dictadas por la propia sala enjuiciante en las que se declara la «*procedencia de la extinción contractual acordada por la empresa antes del término de un año del período de prueba establecido en el contrato de emprendedores regulado de manera definitiva en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*» (STSJC 4090/2015 FJ 3º).

Teniendo presente todos los antecedentes jurisprudenciales de relevancia para la adopción de la sentencia, la misma comienza su fundamento jurídico cuarto estableciendo la cuestión a resolver: «*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*» (STSJC 4090/2015 FJ 4º), para, a continuación, transcribir dicho artículo de la CSE. Posteriormente, contextualiza sucintamente la CSE y menciona las Conclusiones XX-3 (2014), en las que el CEDS «*se pronuncia en el sentido de que la falta de preaviso y la ausencia de indemnización no previstos en el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores ex artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no es conforme a lo establecido en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea. A su vez, en dichas Conclusiones se solicita al Estado Español que en el próximo informe indique el plazo de preaviso o/y la*

indemnización aplicable a la extinción del contrato durante el período de prueba establecido en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores , reservándose en el intervalo su posición sobre dicho punto» (STSJC 4090/2015 FJ 4º).

Con todos estos argumentos expuestos, la Sala determina que el artículo 4.4 de la CSE no es aplicable al caso, ni tampoco es contravenido por el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, lo cual concluye por dos razones: «*la propia técnica jurídica utilizada*» en su redacción, pues de ella se desprende claramente que la *Parte II* de la CSE contiene «*compromisos y obligaciones internacionales que los Estados quieren (no deben) asumir y una vez asumidas se imponen una serie de medidas internas para hacer efectivos dichos compromisos, es decir, la CSE no establece reglas de derecho que daban aplicarse a los particulares, sino que sólo obliga a los Estados a legislar en un determinado sentido*», es decir, que la CSE no tiene naturaleza *self-executing* y, además, la sala sentenciadora interpreta la *Parte III* del Anexo de la CSE en el sentido de que «*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*» (STSJC 4090/2015 FJ 4º); de nuevo la falta de naturaleza *self-executing* de la CSE. Habiendo dejado clara la imposible invocación directa de la CSE ante los tribunales españoles, la sentencia utiliza la lógica de «*el que puede lo más, puede lo menos*» para tratar de relegar a un estado residual el valor de las resoluciones adoptadas por el CEDS: «*si la CSE no puede ser invocada a efectos de su aplicación directa, menos lo son las Conclusiones emitidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales*» (STSJC 4090/2015 FJ 4º), y apoya tal argumentación en el hecho de que el mismo órgano, en las Conclusiones XIX-3 (2010), determinó que «*la situación de España no era conforme al artículo 4.4 de la Carta*» (STSJC 4090/2015 FJ 4º), pero que tal aseveración no ha sido invocada ante ni utilizada por los tribunales españoles para argumentar sus sentencias.

Finalmente, la sentencia, en su fundamento jurídico quinto, imagina una ficción en la que la CSE fuera aplicable directamente como norma de derecho interno, concluyendo que en ese caso la solución no sería declarar la nulidad de la cláusula que recoja el período de prueba de un año y declarar la improcedencia del despido, sino «*indemnizar al trabajador/a que viera rescindido su contrato al amparo del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 por el salario correspondiente al tiempo que se estimara debiera tener el plazo*

de preaviso en este tipo de contratos», pero, concluye tal afirmación, «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», por lo que la sentencia deja tal afirmación como una posible resolución para futuros litigios, pero no establece nada claro para el presente.

Para terminar, el último párrafo del fundamento jurídico quinto de la sentencia en revisión otorga valor interpretativo a las resoluciones de la CEDS, en estos términos: «*si bien se niega que las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, en su interpretación de los preceptos de la CSE, tengan carácter vinculante para los tribunales judiciales de este país, no es menos que podemos admitir que las mismas pueden servir de fundamento o inspirar las decisiones que pueda adoptar un órgano judicial con relación a los preceptos de aquélla fijando el sentido pretendido en su ambigua redacción*», pero afirma que, aun con todo, el TC ha determinado que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 es conforme a la Constitución, por lo cual «*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*».

Por todo ello, la STSJC 4090/2015 falla que debe desestimar y desestima por completo las pretensiones de la parte actora, pero esta sentencia contiene un voto particular, emitido por Carlos Hugo Preciado Domenech, y al cual se adhieren 7 magistrados y magistradas.

Este voto particular tiene una estructura similar a una sentencia adoptada en el seno de un organismo jurisdiccional europeo, empezando el mismo por enunciar el planteamiento de la cuestión. Posteriormente, la sentencia expone el régimen jurídico que envuelve al CAE, establecido en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, y el valor jurídico de la CSE. En este sentido, el voto particular afirma que «*el valor jurídico de la CSE es el propio de un Tratado internacional*», y, además, conforme al artículo 25 de la Ley 25/2015, «*la CSE y su Protocolo de 1988, son derecho objetivo, forman parte de nuestro ordenamiento interno*» (STSJC 4090/2015 Voto particular VALOR JURÍDICO DE LA CSE). Por lo cual, continúa afirmando el voto particular, la CSE es, asimismo, parámetro interpretativo, tal y como afirmó la STC 145/1991.

En cuanto a su rango de jerarquía normativa, el voto particular afirma que tanto el artículo 31 de la Ley 25/2015, como el artículo 27 de la Convención de Viena de 23 de

mayo de 1969, como el dictamen de 26 de abril de 1988 de la Corte Internacional de Justicia, como la STS de 5 de junio de 2000 (RJ 2000\4650), determinan la prevalencia de la CSE «*sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional*» (STSJC 4090/2015 Voto particular VALOR JURÍDICO DE LA CSE). Pero, para que las disposiciones de un tratado internacional sean directamente aplicables ante los tribunales de un estado han de tener naturaleza *self-executing*, por lo que a continuación, el voto particular va a entrar a determinar sobre la naturaleza *self-executing* o not -*self executing* de la CSE y, en concreto de su art.4.4.

Esta parte del voto particular comienza con una explicación del nivel de vinculación que adquieren los estados con respecto a las disposiciones de la CSE, y cómo se adquiere tal vinculación. Expone la sentencia que España ha ratificado (se ha vinculado a) los 72 párrafos que forman la CSE, entre los que se incluye el artículo 4.

Determinado esto, la sentencia expone que se diferencia claramente la *Parte I «como de contenido programático»*, de la *Parte II «como de contenido vinculante para las partes»*. Ahora, prosigue el voto particular, «*la cuestión es determinar el alcance de esta vinculación*» (STSJC 4090/2015 Voto particular LA NATURALEZA SELF-EXECUTING...). Para comenzar a determinar el alcance, el voto particular transcribe el tenor de la *Parte III* del Anexo de la CSE, para explicar que de su redacción podría entenderse que «*impide la aplicación interna y directa de la CSE*», pero que esa afirmación no tiene sentido, dado que la CSE forma parte del Ordenamiento jurídico interno español. Y, dado que la CSE forma parte del derecho interno español, lo necesario ahora es determinar que disposiciones de la misma tienen naturaleza *self-executing*, pues los preceptos recogidos en ellas serán los que tengas la cualidad de ser invocados directamente ante los tribunales nacionales.

Expone el voto particular a continuación, que «*para parte de la doctrina*» (STSJC 4090/2015 Voto particular LA NATURALEZA SELF-EXECUTING...) los artículos 6.4 y 18.4 son las únicas disposiciones de la CSE con naturaleza *self-executing*. Para esta parte de la doctrina el resto de disposiciones de la CSE no tendrían tal naturaleza *self-executing*, «*por lo que exig(irían) medidas legislativas para su ejecución y por tanto constituyen un mandato dirigido a los órganos estatales investidos de poder normativo, que, en caso de incumplimiento originará la responsabilidad ante los órganos de*

control de la CSE, pero no ante los tribunales nacionales» (STSJC 4090/2015 Voto particular LA NATURALEZA SELF-EXECUTING...). Sin embargo, reza el voto particular que nos ocupa «para otros autores, y para numerosas resoluciones judiciales españolas (SJS nº 2 Barcelona nº 19 noviembre 2013; SJS nº 1 Tarragona, de 2 de abril de 2014; SJS nº 1 de Mataró de 29 de abril de 2014; SJS nº 9 de Madrid de 28 de marzo de 2014; SJS nº 3 19 de Barcelona de 5 y 11 de noviembre; Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo de 27 de noviembre. Auto sobre cuestión de inconstitucionalidad del TSJ País Vasco de 21 de enero de 2014 y auto sobre cuestión de inconstitucionalidad del TSJ Catalunya de 26 de mayo de 2014), la Carta, en la materia que nos ocupa (art.4.4) es directamente aplicable» (STSJC 4090/2015 Voto particular LA NATURALEZA SELF-EXECUTING...).

El voto particular ha llegado, pues, a una gran conclusión, y enumera las razones por las que argumenta en tal sentido, para seguir afirmando que el artículo 4.4 tiene, en concreto, dos contenidos imperativos claros: establecer un plazo de preaviso y que ese plazo sea razonable. El voto particular razona que, teniendo esto en cuenta, la Ley española es contraria a la CSE, ya que, de partida, nisiquiera establece un plazo de preaviso en caso de desistimiento de la relación laboral durante el periodo de prueba, y esto no debe ser así porque la exigencia de la existencia de un plazo de preaviso razonable en caso de terminación de la relación laboral no es «*un contenido programático o que vincule sólo al Estado, sino que es una norma directamente invocable por el trabajador/a en el marco de sus relaciones jurídicas y cuyo incumplimiento por el Estado con una norma contraria, que no fija dicho plazo, no puede ser obviada por los Tribunales españoles*» (STSJC 4090/2015 Voto particular LA NATURALEZA SELF-EXECUTING...). Por lo tanto, concluye, «*y al contrario de lo que sostiene la tesis mayoritaria: sí hay una obligación clara y precisa: fijar un plazo de preaviso, y sí hay un claro incumplimiento de la misma por el legislador interno de dicha obligación*» (STSJC 4090/2015 Voto particular LA NATURALEZA SELF-EXECUTING...).

Y, para terminar esta parte, el voto particular echa por tierra, en unas pocas líneas, el «*argumento sobre que la inaplicación del art.4.3 de la Ley 3/2012 supondría atentar contra la seguridad jurídica*», dejando claro que «*la infracción del principio de jerarquía normativa al aplicar la ley interna en contra de lo previsto en el tratado es lo que hace peligrar la seguridad jurídica*», ya que «*inaplicar una ley contraria a un*

tratado no sólo no es contrario a la seguridad jurídica, sino que (...) es requisito indispensable para que podamos hablar de cumplimiento del principio de seguridad jurídica, pues seguridad jurídica y jerarquía normativa no son una disyuntiva sino el todo y la parte, no se da la primera sin la segunda» (STSJC 4090/2015 Voto particular LA NATURALEZA SELF-EXECUTING...).

Tras esto, el voto particular entra a valorar las Conclusiones XX-3 (2014) del CEDS sobre el cumplimiento del artículo 4 de la CSE por España, a las cuales hemos aludido en el punto IV del presente trabajo, y las cuales hemos situado en el inicio del conflicto que estamos examinando en este trabajo. Afirma el voto que las conclusiones del CEDS «*constituyen Jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales, y en este sentido lo recoge la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de noviembre de 2012 (...), entre otras*», dado que «*es posible que un órgano jurisdiccional resuelva de forma contraria a lo regulado en una norma de rango legal interna, cuando su contenido es contrario a lo que regula una Tratado internacional o a la interpretación que realiza el órgano que lo supervisa. Y así lo han expresado las SSTC 292/2000 o 136/2011*» (STSJC 4090/2015 Voto particular EL INFORME DEL CEDS...). Para terminar esta parte, el voto particular expone un caso representativo de la aceptación por parte de la doctrina contencioso-administrativa del Tribunal Supremo que le da pie a afirmar que «*la naturaleza jurisprudencial de las conclusiones del CEDS, se asume con total naturalidad por la doctrina contenciosa*» (STSJC 4090/2015 Voto particular EL INFORME DEL CEDS...).

Como últimos extremos a debatir antes de exponer las conclusiones, el voto particular de la STSJC 4090/2015 examina las doctrinas, tanto del TC, como del TJUE, en relación al tema que nos ocupa.

Primero entra a examinar la doctrina constitucional, fijándose principalmente en las SSTC 119/2014 y 8/2015. En primer lugar afirma que, realmente, el contenido de estas sentencias «*en nada afectan a lo que aquí se debate*» (STSJC 4090/2015 Voto particular LA SENTENCIAS DEL TC SOBRE EL CAE), pues en ellas no se realiza un examen en relación a la adecuación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 en relación al artículo 4.4 de la CSE, sino un examen de adecuación a la Constitución. A continuación, enumera los argumentos por los que la doctrina constitucional considera

que el CAE no afecta al derecho al trabajo, reconocido en el artículo 35 de la CE, para concluir que la doctrina constitucional no hace mención alguna a la CSE o utiliza las recomendaciones del CEDS como parámetro interpretativo, *«porque el propio TC considera que no es competente para efectuar un juicio de convencionalidad de las leyes, que corresponde en todo caso a la jurisdicción ordinaria»* (STSJC 4090/2015 Voto particular LAS SENTENCIAS DEL TC SOBRE EL CAE).

Tras esto, es momento para examinar la doctrina europea en relación al tema que nos ocupa. Para ello, el voto particular se refiere a la STJUE de 5 de febrero de 2015, y comienza su argumentación, al igual que la argumentación en relación a la doctrina constitucional, afirmando que tal sentencia *«no afecta para nada a la relación entre (la) Ley 3/2012 y (la) CSE»* (STSJC 4090/2015 Voto particular LA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL CAE). Seguidamente, el voto analiza muy sucintamente la sentencia y asevera que *«hay que poner énfasis en que el TJUE no se pronuncia, porque no es competente sobre la relación entre la Ley 3/2012 y la CSE y se encarga de manifestarlo con total rotundidad»* (STSJC 4090/2015 Voto particular LA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL CAE), ya que, como la propia STJUE de 5 de febrero de 2015 afirma: *«es preciso señalar que el Tribunal de Justicia no es competente, en virtud del artículo 267TFUE, 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»* (STJUE de 5 de febrero de 2015 FJ 43), siendo esta la única conclusión a la que llega al respecto.

Por último, tras todo lo expuesto, el voto particular expone las tres conclusiones a las que llega, las cuales son:

- 1.- Todavía no ha habido un órgano generador de doctrina jurisprudencial sobre el Ordenamiento jurídico español que haya resuelto sobre el tema que nos ocupa, dado que las pocas tentativas que ha habido de generar tal doctrina, en concreto a través del TC y del TJUE, han resultado infructuosas, al declararse los propios tribunales, en todos los casos, incompetentes para resolver al respecto.
- 2.- El artículo 4.3 de la Ley 3/2012 es contrario a la CSE.

3.- El artículo 4.4 de la CSE tiene un claro contenido imperativo para los tribunales nacionales españoles, y este debería prevalecer sobre las disposiciones de la Ley 3/2012 en el caso concreto por el principio de jerarquía normativa.

XI.- CONCLUSIONES

Tras el largo y complejo, por su diversidad de opiniones y matices, examen realizado en relación a la adecuación del periodo de prueba de un año en todo caso, regulado en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, a la CSE, y en concreto a su artículo 4.4, me dispongo a emitir mis conclusiones al respecto:

1.- En primer lugar, como primera conclusión, afirmo que el debate surgido al tenor de estos dos artículos será resuelto definitivamente por la doctrina del Tribunal Supremo, pues ha quedado claro que ni el Tribunal Constitucional, ni el TJUE, son competentes para resolverlo. El primero, porque solo tiene competencia para resolver cuestiones relativas a la constitucionalidad de una norma, no para resolver sobre la correcta aplicación de un precepto concreto con respecto a otro de rango no constitucional; y el segundo, porque solo tiene competencia para enjuiciar sobre normas que existan en la esfera del derecho de la Unión Europea, y tanto el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, como el artículo 4.4, forman parte del derecho interno español.

2.- Mientras esa doctrina jurisprudencial no surja, los jueces y tribunales españoles no tienen una línea clara que seguir cuando argumenten en torno a este tema, pero creo que la línea argumental a seguir es aquella que lleve a determinar la exigencia legal de la existencia de un plazo de preaviso previo a la terminación de cualquier relación laboral, el cual, debería ser pactado por Convenio Colectivo o pacto entre los trabajadores, ya sea de manera individual o colectiva, y la empresa.

3.- A continuación, y a colación de lo anterior, concluiré que la CSE forma parte del Ordenamiento jurídico interno español, ya que fue ratificado, y, por lo tanto, forma parte del derecho objetivo español.

4.- Además, dado el carácter de tratado internacional de la CSE, las disposiciones contenidas en esta prevalecen sobre las disposiciones de cualquier otra norma de

derecho interno que no tenga rango constitucional; es decir, la CSE es superior jerárquicamente a la Ley 3/2012.

5.- Ahondando más en relación a la CSE, las disposiciones que contiene la misma en su *Parte II* son de naturaleza *self-executing*, es decir, son directamente invocables ante los jueces y tribunales españoles. Importante es tener claro que el artículo 4.4 se incluye dentro de esta *Parte II*, de contenido jurídico vinculante para las partes contratantes.

6.- El artículo 4.4 de la CSE predica: *«para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes Contratantes se comprometen: a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo».*

7.- El artículo 4.4 de la CSE no distingue tipos de formas contractuales laborales, sino simplemente, establece una obligación para con los estados vinculados jurídica y directamente por tal precepto a realizar todo tipo de actuaciones encaminadas a *«reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo».*

8.- El artículo 4.3 de la Ley 3/2012 está en contradicción directa con el artículo 4.4 de la CSE.

9.- Tanto los jueces y tribunales, como el legislador nacional, deben actuar conforme a lo expuesto y, unos, dejar de aplicar el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 y no acordar ajustadas a derecho las cláusulas contractuales redactadas al amparo de tal artículo, y, los otros, legislar conforme al principio de jerarquía normativa y seguridad jurídica que impregna todo nuestro Ordenamiento jurídico.

10.- En el caso concreto que nos ocupa, la argumentación de la demanda de primera instancia sigue, a grandes rasgos, la argumentación propia que se desprende de este trabajo, y solicita del Juzgado la modificación de la cláusula controvertida del contrato y el establecimiento de un periodo de prueba ajustado a lo que marca el Convenio Colectivo aplicable a la relación laboral, así como la nulidad del despido (por ser el desistimiento realmente un despido), y, subsidiariamente, en caso de que el Juzgado no interprete la nulidad del despido, la declaración de improcedencia del mismo (por no mediar justa causa). Tal caso se encuentra actualmente en espera del juicio de segunda instancia, cuyo fallo de sentencia no me atrevo a augurar, dada la falta de claridad que

impera en la interpretación de las normas en conflicto y en la doctrina jurisprudencial al respecto.

11.- Mi conclusión con respecto al tema es clara, como ya he afirmado en mi conclusión 5, el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 está en contradicción directa con el artículo 4.4 de la CSE, y, como determino en mi conclusión 3, la CSE es superior jerárquicamente a la Ley 3/2012. El artículo 4.4 establece un mandato por el cual los estados vinculados por el mismo tienen el imperativo de establecer un plazo de preaviso *razonable* en caso de terminación de la relación laboral; cualquier relación laboral, pues el artículo 4.4 de la CSE no discrimina entre modalidades contractuales.

Por todo ello,

12.- Auguro un cambio, tanto en la línea jurisprudencial prevalente en nuestro Ordenamiento jurídico al respecto de la adecuación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 con el artículo 4.4 de la CSE, el cual deberá dar como resultado una modificación legislativa por la que la Ley española prevea la existencia de un plazo de preaviso, de la extensión que al legislador le parezca razonable, previo a la terminación de cualquier relación laboral.

XII.- CAUCE PROCESAL DEL CASO QUE NOS OCUPA

En caso de que acuda a nuestro despacho un cliente cuya relación laboral se terminó durante el periodo de prueba, habiendo este suscrito un CAE, una de las primeras cosas que tenemos que tener en cuenta es el día del periodo de prueba en el que ha sido despedido dicho cliente. Esto es extremadamente importante, pues la petición más sensata con respecto a la validez de estas cláusulas, a mi entender, es la de inaplicar la cláusula contractual que determina la existencia de un periodo de prueba, para aplicar una cláusula que contenga un periodo de prueba acorde con el Convenio Colectivo de aplicación a la relación laboral. Por ello, me parece que en todas las demandas al respecto se debe incluir una petición en la línea de la expuesta, pero, además, hay que tener en cuenta que es sentada doctrina que el periodo de prueba, como institución es perfectamente constitucional y está perfectamente integrada en la práctica y en el tráfico

jurídico españoles, por lo que el desistimiento empresarial durante el mismo no dará lugar a ningún tipo de indemnización. Pero, en caso de que la duración del periodo de prueba "aplicable" a la relación laboral sea menor que el tiempo transcurrido entre la formalización del contrato y la finalización de la relación laboral, tal finalización deberá ser calificada como despido, y, desde mi propio conocimiento, como despido improcedente, por carecer el mismo de todo tipo de causa. Este argumento podrá hacerse valer ante los tribunales siempre y cuando la terminación de la relación laboral haya sucedido transcurrido el hipotético periodo de prueba, pues la extinción durante el periodo de prueba no exige justa causa, y en las cartas de despido entregadas en estas circunstancias se repite con muchísima frecuencia la expresión que la relación laboral se da por terminada a causa de la "no superación del periodo de prueba", sin más explicaciones.

Cuando te enfrentas a un caso en el que se te solicita que reclames un despido, lo más importante que tienes que pedirle al cliente es su contrato de trabajo, la carta de despido y las nóminas que percibió de la empresa a reclamar. En el orden laboral, las demandas suelen ser sucintas, y solo con esos elementos puedes armar perfectamente una demanda y ganar el pleito.

Con todo ello, empiezas a redactar la demanda: encabezamiento, hechos, fundamentos jurídicos, súplico y, si es pertinente, otrosíes. En algún punto de los hechos has de enfrentarte con la argumentación sobre la ilicitud de la cláusula contractual que establece un periodo de prueba de un año. En este punto has de hablar, sucintamente, tal vez sea mejor decir que debes mencionar, todos los elementos que hemos ido estudiando durante el presente trabajo. De este modo, serán mencionadas, la CEDS y sus Conclusiones, la Ley 25/2014, la Ley 3/2012, las SSTC aludidas durante este trabajo, así como las SSTSJC y STSJVE, y la STJUE, entre otros instrumentos jurídicos.

Una vez redactados los hechos, los fundamentos de derecho y el súplico adecuadamente, es momento de redactar la papeleta, o demanda, de conciliación, dirigida al Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje (SAMA). En esta papeleta se realiza una simulación, podríamos decir, de demanda, mucho más escueta, y limitándonos a expresar los términos esenciales de la relación laboral y la petición que se busca, pues los argumentos se verterán posteriormente en la sesión de conciliación.

Si tal sesión finaliza con acuerdo, tal acuerdo es homologado judicialmente y el conflicto se resuelve a raíz de ese acto. Si la conciliación acaba sin avenencia, el conflicto se mantiene sin resolver y la parte solicitante de la conciliación tiene potestad para presentar la demanda ante el Juzgado de lo Social competente por razón del territorio al que el turno tenga el honor de repartir.

Así sucedió en el caso que ilustra el presente trabajo, y la sentencia de primera instancia desestimo por completo sus pretensiones, habiendo defendido la representación letrada sus intereses con muchos, o incluso todos, de los argumentos vertidos en el presente trabajo. La parte actora recurrió la sentencia de primera instancia y ahora está a la espera del juicio de segunda instancia, el cual ha sido señalado para el día 8 de marzo de 2018.