

LA CARTA SOCIAL EUROPEA: ¿EL ÚLTIMO RECURSO CONTRA EL PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES?

M.ª del Camino Ortiz de Solórzano Aurusa

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos*

EXTRACTO

La reforma laboral de 2012 supuso, entre otras medidas, la creación del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. El aspecto más controvertido de su regulación es la previsión de un periodo de prueba de un año, concediendo una amplia libertad al empresario para el despido del trabajador. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha declarado que la regulación de este contrato vulnera la Carta Social Europea por no estar prevista la concesión de un plazo de preaviso al trabajador durante el periodo de prueba. La vulneración de la Carta ha llevado a algunos órganos judiciales a considerar inaplicable la regulación del periodo de prueba en este contrato por ser contraria a una norma jerárquicamente superior. Sin embargo, otros tribunales consideran que no es posible dejar de aplicar la norma interna, porque la disposición infringida de la Carta Social Europea no es directamente aplicable, ni las conclusiones del Comité tienen carácter vinculante.

Palabras clave: Carta Social Europea, Comité Europeo de Derechos Sociales, contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y periodo de prueba

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de revisión: 17-10-2016 / Fecha de aceptación: 09-01-2017

THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER: LAST RESORT AGAINST PROBATIONARY PERIOD IN THE PERMANENT CONTRACT TO SUPPORT ENTREPRENEURS?

M.^a del Camino Ortiz de Solórzano Aurusa

ABSTRACT

The labour reform passed in 2012 involved, among others, the creation of an indefinite contract to support entrepreneurs. The most controversial aspect of its regulation is the provision of a one year probationary period, granting the employer a wide freedom to fire the employee. The European Committee of Social Rights has declared that such regulation is contrary to the European Social Chart, due to the absence of a period of notice during the probationary period. The violation of the Chart has been the argument used by several judiciary bodies to consider the regulation of the probationary period not to be enforceable, for being contrary to a higher rule of law. However, other courts consider that it is not possible not to apply the internal law because the breached provision of the European Social Chart is not directly enforceable and because the conclusions of the Committee are not mandatory.

Keywords: European Social Charter, European Committee of Social Rights, permanent contract to support entrepreneurs and probationary period.

Sumario

- I. Introducción
- II. Rasgos fundamentales del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores
- III. El Consejo de Europa y la Carta Social Europea
 1. Los mecanismos de control de aplicación de la Carta Social Europea
 - 1.1. El procedimiento de informes
 - 1.2. El procedimiento de reclamación colectiva
 2. España y la Carta Social Europea
- IV. El periodo de prueba y la Carta Social Europea
 1. Los pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la ausencia de preaviso durante el periodo de prueba
 - 1.1. Decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (reclamación colectiva 65/2011)
 - 1.2. Conclusiones XX-3 (2014) sobre el cumplimiento por España de la Carta Social Europea
- V. La doctrina judicial en relación con el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores y la Carta Social Europea
 1. La doctrina judicial que inaplica la regulación del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores por contravenir la Carta Social Europea
 2. Las críticas al control de convencionalidad
 - 2.1. Sobre la aplicabilidad directa de la Carta
 - 2.2. Sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales
 - 2.3. Sobre las consecuencias del incumplimiento de la Carta Social Europea
- VI. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

La Carta Social Europea es un tratado internacional clásico en materia de derechos humanos, adoptado en el seno de una organización internacional –el Consejo de Europa– más antigua y más extensa geográficamente que la Unión Europea, pero cuya actividad se ha visto eclipsada por esta última. Pese a ser un instrumento de primer nivel en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, la Carta Social Europea ha pasado prácticamente desapercibida en nuestro país por la escasa atención prestada en la doctrina científica –al menos desde la perspectiva jurídico-laboral, aunque con excepciones– así como por su parca repercusión en el ámbito judicial. La misma suerte corre la labor realizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales en su calidad de máximo órgano interpretativo y de control de la Carta.

No obstante, en los últimos tiempos se han producido pronunciamientos judiciales en relación con el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores que, considerando vulnerada la Carta Social Europea –y concediendo primacía a este instrumento– han postergado la aplicación de la regulación interna del periodo de prueba en este tipo de contratos. Aunque no hay unanimidad en la doctrina judicial sobre este punto, la respuesta del Tribunal Constitucional avalando la medida y de otras instancias internacionales –que no han entrado en el fondo del asunto–, sitúan esta opción interpretativa como un último recurso para evitar la aplicación de la polémica regulación del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores.

A la vista de las diversas resoluciones dictadas, el presente trabajo pretende analizar si efectivamente es posible dejar de aplicar la citada regulación interna sobre la base de la interpretación de la Carta Social Europea efectuada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, teniendo en cuenta la naturaleza y características de la Carta, los sistemas de control de su aplicación y la posición de nuestro país respecto a este tratado internacional.

II. RASGOS FUNDAMENTALES DEL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

En el marco de la reforma del mercado de trabajo producida en España en el año 2012¹, se estableció el denominado «contrato indefinido de apoyo a los emprendedores». Este nuevo

¹ La reforma laboral se aprobó mediante el [Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La norma, que se tramitó como proyecto de ley, dio lugar a la [Ley 3/2012, de 6 de](#)

contrato –que vino, en cierta medida, a sustituir al derogado contrato para el fomento de la contratación indefinida– se añadió a las modalidades de contratos ya existentes, con la finalidad declarada de incentivar el empleo estable y de potenciar la iniciativa empresarial, especialmente en las pequeñas y medianas empresas².

Se trata de un contrato de trabajo indefinido, al menos nominalmente, pues la previsión de un largo periodo de prueba parece una incorporación encubierta de una modalidad de contratación temporal sin causa ni indemnización. El contrato puede celebrarse a tiempo completo o a jornada parcial. Su régimen jurídico es el previsto con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores ([Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#), ET en lo sucesivo) y el que se derive de los convenios colectivos que sean de aplicación en cada concreta relación laboral. La única excepción a lo anterior se refiere a la duración del periodo de prueba que –a diferencia de lo dispuesto en el [art. 14 ET](#)– será, en todo caso, de un año.

Solo las empresas cuya plantilla no alcance los cincuenta trabajadores pueden acogerse a esta modalidad contractual; sin embargo, dada la composición del tejido productivo español –en el que más del 99 % de las empresas tienen menos de cincuenta trabajadores–³ la inmensa mayoría de las empresas son potenciales «usuarias» de este tipo de contrato. No obstante, esta circunstancia contrasta con el escaso índice de penetración de esta modalidad contractual en el mercado laboral español, ya que no llega a suponer el 1 % de los contratos de trabajo que se celebran⁴. Por lo demás, se trata de una modalidad contractual de carácter coyuntural –creada en un contexto socioeconómico marcado por un insostenible nivel de desempleo en nuestro país– pues está previsto que solo pueda celebrarse mientras la tasa de paro no baje del 15 %. Siendo

julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 162, de 7 de julio), que es la disposición vigente en la actualidad. En concreto, el contrato de apoyo a los emprendedores se regula en el artículo 4 de la citada [Ley 3/2012](#).

- ² Sobre este contrato, en extenso, véase PÉREZ CAMPOS, A. I.: *El contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2015. También MIRANDA BOTO, J. M.: «La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores», *Actualidad Laboral*, núms. 19-20, 2012; ROQUETA BUI, R.: «Modalidades de contratación: El contrato indefinido de apoyo para emprendedores», *Relaciones Laborales*, núms. 23-24, 2012; o BLASCO JOVER, C.: «El contrato indefinido de apoyo a emprendedores: balance de situación», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 176, 2015, entre los abundantes estudios doctrinales dedicados a esta modalidad contractual.
- ³ En concreto, según se desprende de los datos del Directorio Central de Empresas (DIRCE) del Instituto Nacional de Estadística (INE) relativos al año 2015, las empresas de cincuenta o menos trabajadores suponían el 99,29% del total. Estas cifras son prácticamente coincidentes con las existentes en el momento de aprobación de la norma (99,23%), según consta en la exposición de motivos del [Real Decreto-Ley 3/2012](#).
- ⁴ Así, por ejemplo, según la información estadística que ofrece el Servicio Público de Empleo Estatal https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2016/enero_2016/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_MES.pdf, en el mes de enero de 2016 se realizaron en España un total de 1.356.633 contrataciones, de las cuales 10.242 corresponden al contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, lo que supone un 0,7% de los contratos en el periodo de referencia.

esto así, lamentablemente, las actuales cifras de desempleo auguran una larga vida a este contrato, pudiendo darse la paradoja de que un contrato esencialmente coyuntural llegue a ser más longevo que otros que se establecieron en su día con vocación de permanencia⁵.

Para alcanzar la finalidad pretendida con este tipo de contrato, el legislador acompaña su celebración de ciertos incentivos. Por una parte, el empresario puede beneficiarse de bonificaciones en la cuota de seguridad social cuando el contrato se celebre con jóvenes –entre 16 y 30 años– o con personas mayores de 45 años⁶. También están previstas deducciones fiscales cuando las empresas contraten a su primer empleado a través de esta modalidad de contrato, a condición de que sea un trabajador menor de 30 años⁷, así como la posibilidad para el trabajador de compatibilizar un 25 % de la prestación por desempleo pendiente de percibir con la retribución. Pero probablemente el incentivo más atractivo para la celebración de este tipo de contrato no es el puramente económico, sino la ya referida previsión de un periodo de prueba de un año de duración *en todo caso* (art. 4.3 [Ley 3/2012](#)), es decir, con independencia de la cualificación profesional del trabajador e indisponible para la autonomía colectiva. Este es el aspecto más controvertido del contrato que, sin embargo, ha sido avalado por el Tribunal Constitucional –SSTC [119/2014, de 16 de julio](#) y [8/2015, de 22 de enero](#)– por entender que en un contexto de crisis económica como en el que se aprueba la medida, a la finalidad propia del periodo de prueba se viene a añadir la de permitir al empresario comprobar la viabilidad económica del puesto de trabajo⁸.

En el ámbito internacional, aunque la cuestión sobre la duración del periodo de prueba en este tipo de contrato se ha planteado en diversas instancias, la falta de un pronunciamiento de fondo tanto de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁹ como del Tribunal de

⁵ Una comparación de esta modalidad de contrato con otros tipos de contratos para el fomento del empleo puede verse en FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «El contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores: Un estudio comparativo con otras modalidades de fomento del empleo», *Información Laboral*, núm. 11, 2012, págs. 6-20.

⁶ La bonificación consiste en una minoración de las cuotas de seguridad social a tanto alzado en la cuantía prevista por la norma –que va desde 1.000 hasta 1.300 euros/año–, cuantías que se incrementan en el caso de que se contrate a una mujer en ocupaciones en las que están subrepresentadas.

⁷ La deducción se incrementa si se contrata a un desempleado que hubiera recibido al menos durante tres meses la prestación por desempleo. En cualquier caso, estas deducciones solo pueden practicarse en el periodo impositivo correspondiente a la finalización del periodo de prueba. Estos incentivos fiscales están regulados en el artículo 37 de la [Ley 27/2014, de 27 de noviembre](#), del Impuesto sobre Sociedades.

⁸ Un completo análisis de los dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia puede verse en PÉREZ CAMPOS, A. I.: *El contrato de trabajo indefinido...*, cit., págs. 89 y ss.; específicamente sobre la STC del año 2014 puede verse MORENO GENÉ, J.: «La constitucionalidad del periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, págs. 305-338.

⁹ La Oficina Internacional del Trabajo –en respuesta a la reclamación presentada por CC.OO. y UGT– declaró que no tenía argumentos suficientes para considerar si la duración de un año del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores podía considerarse razonable a efectos del Convenio 158 OIT sobre terminación de la relación

Justicia de la Unión Europea¹⁰ lleva a centrar toda la atención en el Consejo de Europa y en la Carta Social Europea.

III. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA

El Consejo de Europa –constituido por el Tratado de Londres, de 5 de mayo de 1949– es una organización internacional de ámbito regional con sede en Estrasburgo, destinada a promover, mediante la cooperación de los Estados de Europa, la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente sobre la base de un triple pilar: democracia parlamentaria, estado de derecho y respeto a los derechos humanos. Se trata de una organización internacional de coordinación y no de integración –a diferencia de la Unión Europea– cuyos medios de acción consisten en el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la acción conjunta¹¹.

Para conseguir sus objetivos el Consejo de Europa ha desarrollado una importante actividad desde su creación hasta nuestros días; prueba de ello son los numerosos acuerdos y convenios internacionales concluidos bajo sus auspicios¹², entre los que destacan el [Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales](#) de 1950 (CEDH) o la [Carta Social Europea](#), hecha en Turín el 18 de octubre de 1961¹³. Orgánicamente el Consejo de Europa se compone de diversas instituciones, entre las que destacan el Comité de Ministros, la Secretaría General y la Asamblea Parlamentaria¹⁴. Junto a ellas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ejerce una auténtica función jurisdiccional respecto de las reclamaciones de los particulares frente a los Estados por violación de los derechos reconocidos en el CEDH. Pese a la importante labor desarrollada, lo cierto es que el Consejo de Europa tiene una visibilidad mucho menor que la Unión Europea, debido probablemente al mayor peso y eficacia en todo orden de esta última, así como por su mayor e inmediato impacto en la vida cotidiana de los ciudadanos¹⁵.

de trabajo por iniciativa del empresario. El informe de 13 de junio de 2014 está disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247068.pdf (véase punto 246).

¹⁰ La STJUE de 5 de febrero de 2015, *Nisttahuz Poclava* (asunto C-117/14), ante la cuestión prejudicial en la que se plantea la adecuación del periodo de prueba del contrato de emprendedores con el Derecho de la Unión, se declaró incompetente para responderla por tratarse de una materia –el periodo de prueba– no regulada por el Derecho de la Unión.

¹¹ Artículo 1, b del [Estatuto del Consejo de Europa](#) (Tratado de Londres).

¹² El listado completo de los tratados firmados en el ámbito del Consejo de Europa puede consultarse en (italiano) <http://www.coe.int/it/web/conventions/full-list>.

¹³ En vigor, desde el 26 de febrero de 1965.

¹⁴ Con el paso de los años se han ido creando múltiples órganos subsidiarios, entre ellos, el Comité Europeo de Derechos Sociales o el Comité de Asesores Jurídicos Internacionales de los Estados.

¹⁵ La menor repercusión en la opinión pública del Consejo de Europa respecto de la Unión Europea es puesta de manifiesto por PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 18.ª ed., Madrid: Tecnos, 2014, pág. 816.

Mientras el CEDH trata casi exclusivamente de derechos civiles y políticos, los derechos económicos y sociales se protegen en un instrumento distinto, la [Carta Social Europea](#). El objetivo de la Carta –como se desprende de su preámbulo– es garantizar el disfrute de los derechos sociales sin discriminación, para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de toda la población. La Carta se articula en cinco partes y un anexo relativo a las personas protegidas en el ámbito de aplicación de la Carta y a la interpretación de algunos párrafos de varias de sus partes.

La parte I de la Carta –de carácter programático– enumera los diecinueve objetivos que las partes signatarias tratarán de alcanzar con todos los medios adecuados¹⁶. Estos objetivos se corresponden con los diecinueve artículos de la parte II de la Carta¹⁷, que tienen carácter vinculante en la medida en que los Estados firmantes consienten en vincularse por las obligaciones en ellos establecidas, en los términos previstos en la parte III de la Carta. Se trata, por tanto, de auténticas obligaciones de carácter internacional, como establece el anexo a la Carta Social Europea¹⁸.

La parte III de la Carta establece un sistema original y flexible de adhesión¹⁹, en virtud del cual cada Estado debe elegir un mínimo de diez preceptos de la parte II respecto de los cuales se considera obligado, lo que hace posible que no todos los Estados firmantes estén necesariamente vinculados por los mismos preceptos²⁰.

¹⁶ El artículo 20.1, a de la [Carta Social Europea](#) se refiere a la parte I de la Carta como una declaración de objetivos que las partes contratantes tratarán de alcanzar por todos los medios adecuados. En la [Carta revisada \(1996\)](#) el número de objetivos de la parte I se amplía a treinta y uno.

¹⁷ En coherencia con la ampliación de objetivos que realiza la [Carta revisada](#), en el texto de 1996 el número de artículos asciende a treinta y uno. En la parte II de la Carta se recogen, por ejemplo, el derecho al trabajo, a disfrutar de condiciones equitativas de trabajo, a la seguridad e higiene en el trabajo, a una remuneración equitativa, a la libre asociación de trabajadores y empresarios, a la negociación colectiva, a la protección de los jóvenes trabajadores, a la orientación y formación profesionales, a la seguridad social y protección de la salud, a la protección de los emigrantes, de los minusválidos, de la familia y de las madres y los niños.

¹⁸ Véase el primer apartado del anexo a la [Carta Social Europea](#) relativo a la parte III.

¹⁹ Se trata de un sistema de ratificación «a la carta», como señala BELORGEY, J-M.: «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, pág. 351. El inconveniente de este sistema –que pone de manifiesto el autor– es la tentación de los Estados de aceptar solo aquellos artículos que no les comprometen a demasiados cambios, salvando así sus puntos deficitarios.

²⁰ La [Carta](#) (art. 20.1 b y c) dispone que cada Estado debe considerarse vinculado por al menos diez artículos (de 19) o cuarenta y cinco párrafos numerados de la parte II. En todo caso, de los siete preceptos considerados especialmente importantes (el conocido como «núcleo duro» de la Carta: el derecho al trabajo, el derecho sindical, a la negociación colectiva, a la seguridad social, a la asistencia social y médica, el derecho a la protección de la familia y de los trabajadores migrantes y sus familias), cada Estado signatario debe verse vinculado por al menos a cinco de ellos. La [Carta Social Europea revisada](#) ha ampliado el número de preceptos a los que deben vincularse las partes signatarias a seis de los nueve preceptos que se indican y un número adicional de preceptos o párrafos numerados de la parte II, siempre que el Estado quede vinculado a un mínimo de dieciséis artículos o sesenta y tres párrafos numerados de dicha parte (art. A.1 b y c).

La parte IV regula, en los términos previstos tras la modificación por el Protocolo de 21 de octubre de 1991, el sistema de control de aplicación de la Carta a través de los informes que periódicamente remiten los Estados para su examen por el Comité Europeo de Derechos Sociales. Finalmente, la parte V contiene disposiciones varias sobre la aplicación de la Carta, como la posibilidad de derogación de los derechos recogidos en ella, la aplicación de la misma por convenios colectivos, su aplicación territorial, así como sobre la posibilidad de enmienda y de denuncia de la Carta.

Con el paso de los años, la Carta ha sido ampliada y modificada por la aprobación de tres protocolos. El Protocolo de 1988, que añadió nuevos derechos para aumentar y mejorar la protección de los trabajadores²¹. El Protocolo de 1991, que modificó algunos preceptos de la Carta para mejorar sensiblemente el mecanismo de control de su cumplimiento²². Por último, el Protocolo de 1995 estableció nuevo un sistema de control de la aplicación de la Carta a través de reclamaciones colectivas que, coexistiendo con el sistema de informes, busca potenciar la participación de las organizaciones de trabajadores y empresarios, así como de las organizaciones no gubernamentales²³.

En mayo de 1996 se firmó la [Carta Social Europea revisada](#), con la finalidad de actualizar y adecuar este instrumento a la evolución experimentada por la sociedad europea desde los años sesenta. La Carta revisada es un tratado internacional que reúne en un solo instrumento los derechos de la Carta originaria y los previstos en el Protocolo de 1988, a los que a su vez añade otros –como el derecho a la vivienda, el derecho a la protección en caso de despido, el derecho a la dignidad en el trabajo o el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social– e introduce mejoras en la protección prevista para las personas discapacitadas, los trabajadores menores, las madres y en otros aspectos relacionados con la igualdad y no discriminación. La Carta revisada entró en vigor el 1 de julio de 1999, aunque, a día de hoy no ha sido ratificada por todos los Estados miembros del Consejo de Europa²⁴.

²¹ [Protocolo de 5 de mayo de 1988](#) (en vigor desde el 4 de septiembre de 1992). En concreto, incorpora cuatro nuevos derechos: el derecho a la igualdad de oportunidades, a la información y consulta, a la participación en la determinación y mejora de las condiciones laborales y el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social.

²² [Protocolo de enmienda a la Carta Social Europea, de 21 de octubre de 1991](#). Este instrumento mejora el procedimiento simplificándolo y clarificando las respectivas competencias de los principales órganos de control: el Comité de Expertos Independientes (actual Comité Europeo de Derechos Sociales) y el Comité Gubernamental (compuesto por un representante de cada Estado firmante). Aunque técnicamente no está en vigor –al no haber sido ratificado por todos los Estados firmantes de la Carta– en la práctica, casi la totalidad de sus disposiciones están siendo aplicadas, por decisión unánime del Comité de Ministros.

²³ [Protocolo de 9 de noviembre de 1995](#) (en vigor desde el 1 de julio de 1998).

²⁴ De hecho, solo treinta y tres de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa han ratificado la [Carta Social Europea revisada](#). La situación de los diferentes Estados al respecto puede verse en (italiano) http://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures?p_auth=uosUzebm.

1. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE APLICACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Un aspecto fundamental en materia de protección internacional de los derechos humanos son los mecanismos de control y garantía puestos a disposición de los particulares ante las instancias internacionales. Pues bien, los derechos recogidos en la Carta Social Europea no se protegen y aplican de la misma manera que los reconocidos en el CEDH²⁵. Ni la Carta originaria, ni la versión revisada, cuentan con un órgano jurisdiccional de la importancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) competente para conocer de los casos de violación de los derechos previstos en el tratado. La Carta dispone de mecanismos propios de control a través del Comité Europeo de Derechos Sociales, mecanismos que ni son tan elaborados ni estrictos como el previsto en el CEDH²⁶.

El Comité—hasta 1998 denominado Comité de Expertos Independientes— está formado por quince miembros²⁷ independientes e imparciales que son elegidos por el Comité de Ministros en consulta con la Asamblea Parlamentaria²⁸, por un mandato de seis años renovables una sola vez. Como máximo órgano encargado de la interpretación, defensa y control de la Carta, la finalidad del Comité Europeo de Derechos Sociales es principalmente determinar en qué medida el Derecho interno y la práctica administrativa de los Estados firmantes son acordes con la Carta Social Europea. Aunque formalmente no es un órgano jurisdiccional, no hay unanimidad sobre el carácter

²⁵ En este sentido, PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., pág. 214, constata que el CEDH ha llegado mucho más lejos que la [Carta Social Europea](#) en lo que se refiere a los mecanismos de control y garantía puestos a disposición de los particulares. Ello se explicaría, según el autor, por la especial naturaleza de los derechos protegidos, ya que tanto desde el punto de vista político como técnico-jurídico, los derechos civiles y políticos se prestan a un tipo de protección más eficaz, satisfactorio y avanzado que los derechos económicos sociales y culturales; sobre esto último véase también pág. 223. Un razonamiento cuando menos cuestionable, según LÓPEZ MARTÍN, A. G.: «El Sistema Europeo: El Consejo de Europa y la Carta Social (II)», en AA. VV., Fernández de Casadevante Romani, C. (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4.ª ed., Madrid: Dilex, 2011, pág. 245, porque genera la sensación de que existen derechos de primera y de segunda categoría.

²⁶ Tal y como señalan EVANS, P. y SILK, P.: *Assemblée parlementaire. Pratique et procédure*, 10.ª ed., Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 2008, pág. 59. Según los autores esta diferencia de protección de los derechos reconocidos en el CEDH y la [Carta Social Europea](#) sigue siendo la «manzana de la discordia» entre la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros.

²⁷ Aunque el artículo 25 de la [Carta revisada](#) dispone que el Comité estará formado por nueve miembros, por decisión del Comité de Ministros, el Comité Europeo de Derechos Sociales se compone de quince expertos independientes.

²⁸ En realidad, el artículo 25 de la [Carta revisada](#) establece que los miembros del Comité Europeo de Derechos Sociales serán elegidos por mayoría de votos en la Asamblea Parlamentaria. Sin embargo, esta disposición—introducida en el [Protocolo de 1991](#)— todavía no se aplica, por lo que sus miembros siguen siendo elegidos por el Comité de Ministros. En relación con esta cuestión, la Asamblea Parlamentaria en la Recomendación 1795 (2007)—apdo. 11.3— insiste en que los miembros del Comité Europeo de Derechos Sociales sean directamente elegidos por ella, como ocurre con los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque los mecanismos necesarios para llevar a efecto esta propuesta no se han puesto en práctica.

vinculante de sus resoluciones²⁹. Para dar cumplimiento a las funciones que tiene asignadas, el Comité despliega su actividad a través de dos mecanismos: el procedimiento de informes –adoptando conclusiones– y el procedimiento de reclamaciones colectivas –a través de decisiones–. Se trata, a continuación, de analizar los aspectos básicos de cada uno de ellos.

1.1. El procedimiento de informes

Este sistema de control, aplicable a todos los Estados que hayan firmado la Carta, tanto en su versión originaria como revisada, está regulado en la parte IV del Tratado³⁰. El procedimiento se inicia con la remisión por los Gobiernos de los Estados a la Secretaría General del Consejo de Europa de un informe sobre la aplicación de las disposiciones de la parte II de la Carta respecto de las que están vinculadas. A estos efectos, los artículos de la Carta se organizan en cuatro grupos temáticos³¹, de manera que los Estados presentan anualmente un informe sobre las disposiciones relativas a uno de estos grupos. Con este fraccionamiento de la Carta se consigue que los Estados rindan cuentas del cumplimiento de cada uno de los artículos de la Carta una vez cada cuatro años.

Una copia del informe elaborado por el gobierno debe remitirse a las organizaciones empresariales y sindicales nacionales que estén afiliadas a las organizaciones internacionales invitadas a participar como observadores en las reuniones del Comité Gubernamental³². Los agentes sociales nacionales pueden formular observaciones al informe presentado por el Estado, que serán remitidas por el secretario general al Gobierno en cuestión para que, a su vez, pueda realizar los comentarios que considere oportunos. En los Estados –como España– que no han ratificado el Protocolo de reclamaciones colectivas, esta es la única vía de que disponen los agentes sociales para señalar los defectos en el cumplimiento de los derechos incluidos en la Carta³³.

²⁹ Sobre esta cuestión puede verse, *infra*, el apartado 2.2 del epígrafe V de este trabajo.

³⁰ Artículos 21-29 de la [Carta originaria](#), modificados según lo previsto en el [Protocolo de 1991](#). La [Carta revisada](#) incluye en sus artículos 21-29 el procedimiento de informes modificado. Se trata de una de las técnicas clásicas de control de los tratados internacionales de derechos humanos.

³¹ De acuerdo con la [decisión adoptada por el Comité de Ministros el 3 de mayo de 2006](#), los grupos de materias que se establecen son: Grupo 1: empleo, formación e igualdad de oportunidades (arts. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25); Grupo 2: salud, seguridad social y protección social (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30); Grupo 3: derechos relacionados con el trabajo (arts. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29); y Grupo 4: niños, familia y migrantes (arts. 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31).

³² El Comité Gubernamental está formado por un representante de cada Estado firmante. En sus reuniones pueden participar como observadores dos organizaciones internacionales de empresarios y dos organizaciones internacionales de trabajadores. El Comité también puede convocar a consulta a representantes de organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa, que tengan especial competencia en las materias reguladas por la Carta.

³³ Como pone de manifiesto CARDONA RUBERT, B.: «La situación del Estado español en relación al cumplimiento de la Carta Social Europea», *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015, pág. 106.

El informe del Gobierno y las observaciones formuladas por los agentes sociales son examinados por el Comité Europeo de Derechos Sociales, que evalúa desde un punto de vista jurídico la conformidad de la legislación y la práctica nacional del Estado con las obligaciones derivadas de la Carta. Para realizar esta labor puede solicitar información adicional o alguna aclaración al Gobierno y, si lo estima necesario, puede celebrar una reunión con los representantes del Estado. El Comité elabora un informe con sus conclusiones –que pueden ser de conformidad o no del Estado con la Carta Social Europea– que se trasladan a la Asamblea Parlamentaria y al Comité Gubernamental.

A la vista del informe del Comité Europeo de Derechos Sociales y del informe presentado por el Estado, el Comité Gubernamental selecciona motivadamente –con un criterio de política social, económica o de otra índole– aquellas situaciones que considera que deben ser objeto de recomendación al Estado y presenta su informe al Comité de Ministros. Finalmente, sobre la base de este informe, el Comité de Ministros adopta –por mayoría de dos tercios– una resolución con recomendaciones individuales dirigidas al Estado firmante, solicitando la adopción de las medidas de corrección que sean necesarias para adecuar su normativa o práctica a las disposiciones de la Carta Social Europea.

1.2. El procedimiento de reclamación colectiva

Contrariamente a lo que ocurre en el ámbito del CEDH, en el que cualquier persona que estime vulnerados los derechos reconocidos en el Convenio puede acudir al TEDH, la Carta Social Europea no prevé la reclamación individual ante el Comité Europeo de Derechos Sociales. Sin embargo, desde la aprobación del Protocolo de 1995 –no ratificado por todos los Estados– se establece un sistema de reclamaciones colectivas³⁴, más acorde con el carácter de las disposiciones de la Carta y con la dimensión interestatal de las obligaciones de resultado que imponen. Se trata, en todo caso, de un procedimiento al que puede acudirse directamente, sin necesidad de haber agotado previamente los procedimientos jurisdiccionales nacionales³⁵.

A diferencia del procedimiento de informes, el procedimiento de reclamación colectiva no es aplicable en todos los Estados pertenecientes al Consejo de Europa. Es un procedimiento de aceptación facultativa por los Estados, puesto que para que pueda seguirse es preciso que el Estado haya ratificado el Protocolo de 1995 –lo que a fecha de hoy han realizado solo trece países–³⁶ o bien que haya realizado una declaración específica al suscribir la Carta revisada, por la que acepte

³⁴ El procedimiento de reclamación colectiva está previsto en el artículo D (parte IV) de la *Carta Social revisada*. Su regulación se encuentra en el *Protocolo Adicional a la Carta de 1995*.

³⁵ *Vid.* SALCEDO BELTRÁN, C.: «Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales: Carta Social Europea y periodo de prueba (a propósito de la SJS n.º 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013)», *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, pág. 126.

³⁶ La situación de los distintos Estados del Consejo de Europa respecto al Protocolo de 1995 puede verse (italiano) en http://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/158/signatures?p_auth=NhQKKfbQ.

el control del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Carta mediante el procedimiento previsto en dicho Protocolo, lo que han realizado hasta el momento dos Estados³⁷. En consecuencia, actualmente, el procedimiento de reclamación colectiva solo puede seguirse en quince de los cuarenta y siete Estados que integran la organización. Téngase en cuenta, por lo demás, que la aplicación del citado procedimiento es independiente de la ratificación por los Estados de la Carta Social Europea revisada³⁸.

Tienen legitimación para presentar la reclamación en este procedimiento las organizaciones internacionales de empresarios y trabajadores, las organizaciones nacionales representativas de trabajadores y empresarios del Estado contra el que se dirija la reclamación, así como las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y cualquier organización nacional no gubernamental a la que un Estado firmante reconozca el derecho a presentar reclamaciones³⁹.

La reclamación, que debe presentarse por escrito dirigido al secretario general, tiene que referirse a una disposición de la Carta aceptada por el Estado y en ella debe especificarse en qué medida el Estado no ha garantizado su aplicación satisfactoria. Por razón de su carácter colectivo la reclamación debe referirse a la no conformidad de la legislación o de la práctica de un Estado respecto a un artículo de la Carta, sin que puedan plantearse situaciones individuales de violación de la misma⁴⁰. Inmediatamente se da traslado de la reclamación al Comité Europeo de Derechos Sociales que, si la considera admisible, iniciará un procedimiento escrito con intercambio de documentos entre las partes, a fin de que el Estado afectado y el reclamante puedan formular las

³⁷ Este es el caso de Bulgaria y Eslovenia, países que, sin haber ratificado el [Protocolo de 1995](#), quedan sometidos al procedimiento de reclamación colectiva en virtud de una declaración específica al suscribir la [Carta Europea revisada](#).

³⁸ De hecho, mientras la [Carta Social revisada](#) ha sido ratificada por treinta y tres Estados, el procedimiento de reclamación colectiva solo se puede aplicar en quince países. Además, hay Estados que no han ratificado la Carta revisada pero sí el [Protocolo de 1995](#), por lo que siguen vinculados por la [Carta originaria](#) pero pueden utilizar el procedimiento de reclamación colectiva (es el caso de Croacia y la República Checa). Viceversa, no todos los Estados que han ratificado la Carta revisada han hecho lo propio con el Protocolo adicional; de hecho, solo una minoría de los países firmantes de la Carta revisada –doce Estados, en concreto– han ratificado el Protocolo o han declarado su vinculación al mismo. La situación de los Estados que pertenecen al Consejo de Europa en relación con la [Carta revisada](#) puede verse en (italiano) http://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures?p_auth=NhQKKfbQ.

³⁹ No obstante, la legitimación activa de las ONG no es absoluta, pues solo pueden presentar reclamaciones colectivas en aquellos ámbitos y respecto de aquellas cuestiones en las que estén particularmente cualificadas.

⁴⁰ Esto implica que las organizaciones legitimadas para presentar la reclamación colectiva no pueden actuar en nombre de los particulares afectados por actuaciones contrarias a la Carta. *Id.*, JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «La Carta Social Europea (revisada): entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas», *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009, pág. 12 del ejemplar manejado obtenido en <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/carta-social-europea-revisada-entre-desconocimiento-su-revitalizacion-como-instrumento-coordinacion-politicas-sociales-europeas>.

alegaciones u observaciones que consideren pertinentes⁴¹. No obstante, si el Comité lo considera oportuno puede celebrar, también, una audiencia con los representantes de las partes.

Examinada toda la documentación, el Comité elabora sus conclusiones sobre el fondo de la reclamación, en orden a determinar si el Estado signatario ha garantizado satisfactoriamente o no la aplicación de la disposición de la Carta objeto de reclamación. La decisión sobre el fondo del asunto se comunica a las partes interesadas, al Comité de Ministros y a la Asamblea Parlamentaria.

Cuando el informe del Comité concluya que el Estado no ha aplicado satisfactoriamente la Carta, el Comité de Ministros –por mayoría de dos tercios– adoptará una recomendación dirigida al Estado firmante, en la que se le invita a adoptar las medidas necesarias para adecuar su normativa o práctica a las obligaciones derivadas de la Carta. El Estado asume la obligación de informar en el siguiente informe que presente a la Secretaría General de las medidas adoptadas siguiendo la recomendación.

2. ESPAÑA Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA

España, que forma parte del Consejo de Europa desde el 24 de noviembre de 1977, [ratificó la Carta Social Europea el 29 de abril de 1980](#) (BOE de 26 de junio de 1980). Nuestro país suscribió en su totalidad la Carta originaria, por lo que se encuentra vinculada por todos los derechos y garantías recogidos en ella. Asimismo, ha ratificado los Protocolos de 1988 y de 1991⁴². Sin embargo, no ha ratificado ni el Protocolo adicional de 1995 –por el que se establece el sistema de reclamación colectiva– ni la Carta Social Europea revisada, a pesar de haber firmado este último documento el 23 de octubre de 2000⁴³. Esta falta de ratificación se considera la asignatura pendiente de España en relación con la Carta Social Europea y ha permitido afirmar que el grado de compromiso de nuestro país con el sistema de la Carta es francamente menor, pese a que Es-

⁴¹ Se trata de un procedimiento contradictorio y escrito, como afirma LÓPEZ MARTÍN, A. G.: «El Sistema Europeo: El Consejo de Europa y la Carta Social (II)», cit., pág. 252, sin perjuicio de la posible celebración de una audiencia pública.

⁴² En concreto, el Protocolo de 1988 fue firmado por España el 5 de mayo de 1998 y [ratificado mediante instrumento de 24 de enero de 2000](#) (BOE núm. 99, de 25 de abril de 2000). El Protocolo de 1991 fue firmado por nuestro país el 21 de octubre de 1991 y ratificado el 24 de enero de 2000.

⁴³ Como señaló en su día el Informe de 26 de noviembre de 1999 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al que hace referencia el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de mayo de 2000 (núm. expediente 1740/2000), existe cierta reticencia entre los Estados –especialmente los Estados miembros de la Unión Europea– a ratificar la Carta revisada, aunque la mayoría de ellos la ha firmado. Como señala SALCEDO BELTRÁN, C.: «El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional», *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, pág. 113, la situación de la [Carta revisada](#) es fruto de las reticencias de la Unión Europea ante la posibilidad de que se produzcan resoluciones divergentes entre el TJUE y el Comité Europeo de Derechos Sociales.

paña se constituya en un Estado social y democrático de derecho y el título I de la Constitución contenga un amplio y progresista catálogo de derechos y principios sociales⁴⁴.

Precisamente, en el año 2016 (XI Legislatura) se aprobó en el Congreso de los Diputados una [Proposición no de Ley sobre el alcance de los incumplimientos de la Carta Social Europea por la legislación laboral española](#). En ella, el Congreso de los Diputados insta al Gobierno que se constituya a ratificar la Carta Social revisada y el Protocolo de 1995⁴⁵. La naturaleza de este instrumento de impulso político no permite hacer un pronóstico fiable sobre si el Gobierno atenderá lo dispuesto en la Proposición no de Ley en cuanto a la ratificación de los citados textos internacionales. Además, hay que tener en cuenta que las reticencias de nuestro país a la hora de vincularse por estos acuerdos internacionales no conocen distinción en función del partido político que esté en el Gobierno, ya que la situación se ha mantenido con ejecutivos de distinta orientación ideológica.

Lo anterior tiene trascendencia en relación con los mecanismos de control de aplicación de la Carta Social Europea. Por un lado, la ratificación de la Carta originaria conlleva que en España –como en todos los países que pertenecen al Consejo de Europa– sea aplicable el procedimiento de informes; sin embargo, la falta de ratificación del Protocolo de 1995 –o de adhesión al mismo– implica que no sea posible utilizar el procedimiento de reclamación colectiva para hacer frente a eventuales vulneraciones de los derechos previstos en la Carta.

Pese al carácter programático de la parte I, la Carta Social Europea es un auténtico tratado internacional y, como tal, contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional⁴⁶, tal y como se establece en su anexo. En virtud del artículo 96.1 de la [CE](#), la Carta forma parte del ordenamiento interno, gozando de una posición jerárquica privilegiada puesto que –de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la [Ley 25/2014, de 27 de noviembre](#), de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTAI)–, en caso de conflicto prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno, excepto las de rango constitucional. En principio, la Carta –como cualquier tratado publicado válidamente concluido– es de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de una norma de desarrollo, tal y como

⁴⁴ Ese menor grado de compromiso de España respecto al sistema de la Carta Social Europea es puesto de manifiesto por JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «La Carta Social Europea (revisada): entre el desconocimiento y su revitalización...» cit., pág. 15; por su parte, CARDONA RUBERT, B.: «La situación del Estado español...», cit., pág. 104 considera la falta de ratificación de ambos instrumentos como la asignatura pendiente de nuestro país en el ámbito de la Carta.

⁴⁵ Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Podemos-En Comú Podem-En Marea (BOCG Congreso de los Diputados, serie D, núm. 34, de 15 de marzo de 2016), aprobada con las [enmiendas](#) formuladas por el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Ciudadanos por la Comisión de Empleo y Seguridad Social en su sesión de 30 de marzo de 2016 (BOCG Congreso de los Diputados, serie D, núm. 55, de 18 de abril de 2016).

⁴⁶ No se trata, por tanto, de un mero acuerdo internacional no normativo. Según el artículo 2 de la [Ley 25/2014, de 27 de noviembre](#), de Tratados y Acuerdos Internacionales (LTAI), este tipo de acuerdos contienen declaraciones de intenciones o establecen compromisos de actuación, pero no son fuente de obligaciones internacionales, ni se rigen por el Derecho internacional.

establece el artículo 30.1 de la [LTAI](#). Este es, como se verá más adelante, uno de los asuntos que ha suscitado controversias entre los órganos jurisdiccionales internos, pues dada la redacción de muchos preceptos de la Carta parece dudoso que puedan ser directamente aplicables, en el sentido de amparar pretensiones jurídicas de los particulares de un Estado parte.

IV. EL PERIODO DE PRUEBA Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La Carta Social Europea no se refiere expresamente –ni en la versión originaria, ni en la revisada– al periodo de prueba. Sin embargo, en la medida en que la extinción del contrato de trabajo durante el mismo no está sujeta a preaviso, se ha planteado la compatibilidad de la regulación del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores con el artículo 4.4 de la [Carta](#). En virtud del citado precepto, los Estados firmantes se comprometen a reconocer el derecho de los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo, para garantizar el efectivo derecho a una remuneración equitativa.

El derecho a un preaviso razonable, tal y como está contemplado en el artículo 4.4 de la [Carta](#), es un derecho que los Estados deben reconocer a todos los trabajadores sea cual sea la naturaleza de su relación laboral e incluso durante el periodo de prueba. Este es el punto de conexión entre el periodo de prueba y la Carta Social Europea: en la medida en que esta se refiere a un incondicionado derecho al preaviso y el régimen jurídico del periodo de prueba en nuestro país no contempla –ni con carácter general, ni en el concreto supuesto del contrato de apoyo a los emprendedores– obligación empresarial alguna de preavisar al trabajador la extinción del contrato durante la prueba.

1. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES SOBRE LA AUSENCIA DE PREAVISO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

Entre los numerosos pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el artículo 4.4 de la [Carta Social Europea](#) se traen ahora a colación dos de ellos relacionados con el periodo de prueba, por la especial trascendencia que han tenido o pueden tener en nuestro país. El primero de ellos –dictado en el marco del procedimiento de reclamación colectiva– no se refiere a España, pero ha sido utilizado por algunos órganos judiciales como fundamento de sus decisiones sobre el contrato de apoyo a los emprendedores. El segundo pronunciamiento –elaborado en el procedimiento de informes– se refiere expresamente a nuestro país y a la referida modalidad contractual.

1.1. Decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (reclamación colectiva 65/2011)

Cumpliendo las exigencias comunitarias en el marco del rescate a Grecia, se aprobó en aquel país una norma según la cual los primeros 12 meses en un contrato indefinido se conside-

rabán periodo de prueba durante el que los trabajadores podían ser despedidos sin previo aviso y sin derecho a recibir ninguna indemnización, salvo pacto en contra⁴⁷. En febrero de 2011, la Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos (ADEDY) presentaron ante el Consejo de Europa una reclamación colectiva solicitando que se declarase la violación del artículo 4.4 de la Carta Social Europea por la citada normativa.

El Comité de Derechos Sociales, en la Decisión de 23 de mayo de 2012, concluye que la normativa impugnada constituye una vulneración del artículo 4.4 de la Carta⁴⁸. Para alcanzar esta conclusión, el Comité recuerda algunos de los principios fijados con anterioridad en relación con el periodo de prueba y la necesidad de un plazo de preaviso en el despido. Básicamente tales principios son⁴⁹:

1. El derecho a un plazo de preaviso razonable en caso de despido se aplica a todo trabajador, también durante el periodo de prueba⁵⁰.
2. No es posible determinar en abstracto qué debe entenderse por preaviso razonable, por lo que hay que analizar las situaciones caso por caso, siendo el principal criterio a tener en cuenta la duración de la prestación de servicios.
3. La finalidad de dar un plazo razonable de preaviso al trabajador es proporcionarle un cierto tiempo para buscar otro trabajo antes de que finalice su empleo, siendo aceptable la sustitución del preaviso por una compensación económica, siempre y cuando su cuantía sea equivalente a lo que el trabajador habría cobrado durante el preaviso⁵¹.
4. Es posible el despido sin preaviso en los casos de falta grave del trabajador⁵².

⁴⁷ Ley 3899/2010, de 17 de diciembre (art. 17.5).

⁴⁸ El texto de la decisión puede consultarse en inglés en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ca431. Un análisis de la decisión puede verse en SALCEDO BELTRÁN, C.: «Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España», *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2014, págs. 36-38. También en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad de periodo de prueba», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013, págs. 216-218.

⁴⁹ Véase apartado 25 de la Decisión.

⁵⁰ Conclusiones XIII-4, de 30 de septiembre de 1996, en relación con Bélgica y Conclusiones de 22 de octubre de 2010, en relación con Ucrania.

⁵¹ Conclusiones de 22 de octubre de 2010, en relación con Ucrania.

⁵² Conclusiones XIV-2, de 30 de noviembre de 1998, en relación con Irlanda. Por su parte, el anexo a la Carta dispone que el artículo 4.4 se interpretará en el sentido de que no prohíbe un despido inmediato en caso de infracción grave.

Sentado lo anterior el Comité señala que hasta la fecha no ha sido requerido para pronunciarse sobre el concepto de periodo de prueba y su posible duración, ni respecto a las circunstancias en las que la duración de ese periodo puede considerarse aceptable. Sin embargo, considera que, siendo legítimo que el periodo de prueba se utilice para permitir al empresario comprobar que el trabajador cumple los requerimientos del puesto de trabajo, el periodo de prueba no debería ser tan ampliamente interpretado y su duración tan larga que las garantías del preaviso y la indemnización se vuelvan ineficaces⁵³. En el caso objeto de reclamación no está previsto plazo de preaviso ni indemnización cuando el contrato finalice durante el periodo de prueba de un año fijado en la norma, por lo que el Comité concluye por unanimidad que la normativa impugnada constituye una violación del artículo 4.4 de la Carta Social Europea⁵⁴.

Una observación puede hacerse al respecto de esta decisión. En realidad, el Comité no declara la violación de la Carta Social Europea por la duración del periodo de prueba sino, en sentido estricto, por la ausencia durante el mismo de un plazo de preaviso razonable. Es decir, una cosa es la duración del periodo de prueba, que no es un asunto que pueda considerarse cubierto directamente por la Carta, y otra es el preaviso exigible para la correcta extinción de la relación laboral⁵⁵. Solo indirectamente puede concluirse que el periodo de prueba es contrario a las disposiciones de la Carta en la medida en que se excluye toda protección de preaviso durante el mismo. Además, como acaba de verse, el Comité elude manifestarse de modo concreto sobre la eventual duración del periodo de prueba, indicando de modo genérico que la duración del mismo no puede ser tal que la garantía de preaviso se revele ineficaz.

La cuestión que surge inmediatamente es: ¿en qué casos puede entenderse que la garantía de preaviso deviene ineficaz por la duración del periodo de prueba? La respuesta no es desde luego sencilla, ni puede darse con carácter general; pasaría, quizá, por aplicar un criterio semejante al que utiliza el Comité a la hora de valorar la razonabilidad del preaviso: el tiempo de prestación de servicios o, en este caso, el tiempo de duración de la prueba. De modo que podría sostenerse que, a mayor duración del periodo de prueba –en la medida en que es posible una mayor duración de los servicios–, cobra más sentido la existencia de preaviso en el despido, por lo que es más censurable su ausencia. Por lo mismo, a mayor duración del periodo de prueba debería exi-

⁵³ Apartado 26 de la Decisión de 23 de mayo de 2012, en el que literalmente se dispone lo siguiente: «To date, the committee has not been required to rule specifically on the concept of probationary or trial periods, the length that such a period might last, in view, in particular, of the qualifications required for the post occupied, or the circumstances under which the extension of the period may be regarded as acceptable. However, it does go without saying that, while it is legitimate for such concepts to apply to enable employers to check that employees' qualifications and, more generally, their conduct meet the requirements of the post they occupy, the concept should not be so broadly interpreted and the period it lasts should not be so long that guarantees concerning notice and severance pay are rendered ineffective».

⁵⁴ Apartados 41 y 28 de la Decisión.

⁵⁵ Este razonamiento realiza GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «El contrato de apoyo a emprendedores ante el Derecho inter-nacional: Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013», *Información Laboral*, núm. 1, 2014, pág. 3 del ejemplar manejado de la base de datos *westlaw.es* (BIB 2014/599).

girirse un mayor plazo de preaviso y, viceversa, en periodos de prueba breves sería suficiente con un preaviso mínimo. Lo anterior debería aplicarse en el caso concreto, sin que sea posible una solución más concreta *a priori*.

1.2. Conclusiones XX-3 (2014) sobre el cumplimiento por España de la Carta Social Europea

Las Conclusiones XX-3 (2014), que fueron publicadas en enero de 2015⁵⁶, son las correspondientes al informe remitido por el Gobierno de España el 19 de septiembre de 2013, en relación con el cumplimiento de las disposiciones del grupo 3 –derechos vinculados al trabajo– durante el periodo 2009-2012. Se traen a colación estas Conclusiones porque una de las disposiciones examinadas es precisamente el artículo 4.4 de la Carta y el Comité se ha pronunciado, en los términos que se verá a continuación, sobre la adecuación del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores.

El resultado del examen llevado a cabo por el Comité Europeo de Derechos Sociales se concreta en diecisiete conclusiones, de las cuales nueve son de conformidad⁵⁷, siete son de no conformidad y una de ellas queda aplazada en tanto el Estado no remita la información que se solicita⁵⁸. Las conclusiones de no conformidad tienen que ver con la regulación de la jornada flexible en relación con la jornada laboral máxima; con la falta de medidas compensatorias para todos los trabajadores expuestos a riesgos para la seguridad y salud; con la insuficiencia del salario mínimo para garantizar un nivel de vida digno; con las horas extraordinarias y con la falta de preaviso adecuado ante la terminación del contrato. En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, se aprecia la falta de conformidad con la Carta Social Europea en relación con la posibilidad de inaplicación unilateral por el empresario de las condiciones previstas en el convenio colectivo y con la posible imposición de un arbitraje obligatorio que ponga fin a la huelga, más allá de lo previsto en la Carta⁵⁹.

En concreto, en relación con el derecho a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo (art. 4.4 de la Carta), el Comité llega a la conclusión de que la situación de

⁵⁶ El informe está disponible en <http://portal.ugt.org/actualidad/2015/abril/boletin21/001-europa.pdf>.

⁵⁷ Las conclusiones de conformidad se refieren a los artículos 2.2 –días festivos pagados– y 2.5 –descanso y concertación paritaria–. Además, respecto de otros cinco preceptos la conclusión es de conformidad con reservas mientras no se remitan los datos solicitados al Gobierno; tal es la situación respecto de los siguientes artículos: 2.3 –vacaciones anuales pagadas–, 5 –derecho sindical– 6.3 –conciliación y arbitraje– artículos 2 y 3 del Protocolo de 1988 –derecho de los trabajadores a la información y consulta y derecho de los trabajadores a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo, respectivamente–.

⁵⁸ Se trata, en concreto, de la conclusión sobre el artículo 4.5 de la Carta, relativa a la limitación de las retenciones sobre los salarios.

⁵⁹ Sobre las conclusiones de no conformidad con la Carta Social Europea, puede verse CARDONA RUBERT, B.: «La situación del Estado español...», cit., págs. 112-114.

España no se ajusta al tratado por varios motivos: por una parte, porque considera que no es razonable el plazo de preaviso aplicable en la extinción del contrato por expiración del tiempo o la realización de su objeto (art. 49.1 c ET), ni en caso de extinción por desaparición del empresario (art. 49.1 g ET) más allá de los tres años de antigüedad del trabajador, ni en el despido por causas objetivas (arts. 52 y 53.1 ET) cuando el trabajador tenga más de seis meses de antigüedad. También considera que se vulnera la Carta cuando el plazo de preaviso se deja en manos de las partes contratantes. Y, en lo que ahora más interesa, se entiende vulnerada la Carta porque el plazo de preaviso queda excluido del despido durante el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores.

En relación con este contrato, CC. OO. y UGT señalaron en sus comentarios al informe del Gobierno que el periodo de prueba de un año podía favorecer que este tipo de contrato se utilizara para fomentar el empleo temporal. El Gobierno, en la réplica a estos comentarios, basó su argumentación en los límites a la celebración del contrato y en las medidas para evitar un uso abusivo del mismo, así como en el silencio de la Carta Social Europea sobre el periodo de prueba.

El Comité en sus Conclusiones recuerda que la protección que brinda el preaviso se reconoce a todos los trabajadores, también durante el periodo de prueba; asimismo constata que en el contrato de apoyo a los emprendedores no se prevé ningún preaviso ni indemnización durante el periodo de prueba. Por lo anterior, considera que la norma que establece el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores no se ajusta al artículo 4.4 de la Carta Social Europea. Puede trasladarse aquí la misma observación que se acaba de realizar en relación con la decisión de fondo sobre Grecia: en realidad, el Comité no declara la violación de la Carta Social Europea por la duración del periodo de prueba sino, en sentido estricto, por la ausencia durante el mismo de un plazo de preaviso. Aún más, en las Conclusiones sobre España, el Comité no entra en consideraciones sobre la duración del periodo de prueba –ni en este contrato, ni en general–, limitándose a constatar la ausencia de preaviso en el supuesto que se le ha planteado y haciendo derivar de ella su disconformidad con la Carta. De ahí que se haya sostenido que si nuestro país introdujera un plazo de preaviso en la extinción del contrato durante el periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores –siempre que tal plazo fuera razonable–, podría seguir manteniendo el periodo de prueba de un año⁶⁰.

Ahora bien, siguiendo el escueto razonamiento del Comité y dado que la normativa española sobre el periodo de prueba no contempla –ni en el contrato de apoyo a los emprendedores, ni en ningún otro supuesto– la necesidad de un preaviso en caso de despido, habría que pensar que es la regulación general del periodo de prueba (art. 14 ET), y no solo la del contrato de apoyo a los

⁶⁰ En este sentido se expresa GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española. A propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores», *Trabajo y Derecho*, núm. 15 (2016), pág. 3 del ejemplar manejado en *laleydigital360* (ref. La Ley 905/2016).

emprendedores, la que no se ajusta a la Carta Social Europea⁶¹. De hecho, el Comité solicita al Gobierno que en el próximo informe indique el plazo de preaviso o la indemnización aplicable al despido durante el periodo de prueba que se rige por el [artículo 14 del ET](#), reservándose entre tanto su opinión sobre este punto. A la vista de la postura mantenida hasta el momento por el Comité –y salvo una modificación del régimen legal de la prueba en este aspecto– puede aventurarse que muy probablemente, cuando disponga de la información requerida, concluya en términos de no conformidad del [artículo 14 del ET](#) con la Carta Social Europea. No obstante, dicho pronunciamiento no se ha producido hasta la fecha.

V. LA DOCTRINA JUDICIAL EN RELACIÓN CON EL PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Los jueces y tribunales españoles no han permanecido indiferentes a los pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales en la materia que nos ocupa, aunque no siempre con las mismas consecuencias. Así, una parte de la doctrina judicial ha decidido inaplicar la normativa sobre la duración anual del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores por entenderla contraria al artículo 4.4 de la Carta Social Europea. Esta doctrina, cuyo punto de arranque se sitúa en la [sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013](#)⁶², se ha acogido en otros pronunciamientos posteriores, dictados incluso después de que el Tribunal Constitucional haya avalado la medida. Frente a esta doctrina, otras resoluciones –fundamentalmente dictadas en suplicación– descartan la nulidad del periodo de prueba porque niegan la aplicación directa de la Carta así como el carácter vinculante de los pronunciamientos del Comité. La cuestión es tanto más relevante en la medida en que, a la vista de las sentencias del Tribunal Constitucional y la falta de un pronunciamiento expreso en otras instancias internacionales, la vulneración de la Carta Social Europea parece ser el último asidero al que aferrarse para dejar de aplicar la polémica regulación del contrato de apoyo a los emprendedores.

⁶¹ Así lo considera GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «El contrato de apoyo a emprendedores ante el Derecho internacional...», cit., pág. 3 cuando afirma que, en realidad, lo que es contrario a la Carta no es esta modalidad contractual, sino el hecho de que en el periodo de prueba la legislación española no exija un preaviso en ningún caso. Estas consideraciones mantienen toda su vigencia, aunque se realizaron antes de que fueran conocidas las conclusiones que ahora se examinan.

⁶² Autos núm. 426/13. La sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios, entre los que pueden destacarse los realizados por SALCEDO BELTRÁN, C.: «Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales...», cit., págs. 119 y ss.; GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «El contrato de apoyo a emprendedores ante el Derecho internacional: Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013», *Información Laboral*, núm. 1, 2014; OLARTE ENCABO, S.: «La ilegalidad internacional del periodo de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores», *RTSS.CEF*, núm. 370, 2014, págs. 173 y ss.; HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: «El periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: Un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea», *Temas Laborales*, núm. 124, 2014, págs. 227 y ss.

1. LA DOCTRINA JUDICIAL QUE INAPLICA LA REGULACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES POR CONTRAVENIR LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La doctrina judicial partidaria de inaplicar la regulación del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores tiene su principal exponente en la ya citada [sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona](#). El litigio afecta a un trabajador contratado bajo esta modalidad de contratación, con la categoría profesional de peón, cuyas funciones consistían en coger los neumáticos de un lugar y llevarlos al montón destinado al reciclado o al pavimentado. En el contrato se estableció un periodo de prueba de un año, aunque según el convenio colectivo aplicable –de recuperación de residuos y materias primas secundarias– la duración que correspondería a su categoría profesional sería de dos semanas ampliable hasta seis meses. Unos pocos días antes de cumplirse el año de su contratación el trabajador fue despedido por no superar el periodo de prueba. El trabajador impugna la decisión empresarial solicitando que el despido sea declarado improcedente, alegando en su defensa que el periodo de prueba de un año vulnera la Carta Social Europea.

En realidad, la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona no basa su argumentación en el artículo 4.4 de la [Carta](#), sino en la interpretación del mismo realizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales en su Decisión de 23 de mayo de 2012 sobre Grecia, a la que ya se ha hecho referencia. Dada la similitud del supuesto de autos con el analizado por el Comité –son casos idénticos según la propia sentencia– la juez llega a la conclusión de que la regulación del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores vulnera la Carta Social Europea al no fijar ni plazo de preaviso ni indemnización por finalización del contrato durante el mismo. En consecuencia, entiende que el artículo 4.3 de la [Ley 3/2012](#) no puede ser aplicado, apelando a un principio de legalidad supraestatal o suprallegal, no ya para corregir o reorientar el sentido de la norma nacional, sino para abrogarla en virtud del principio de jerarquía normativa⁶³. A resultas de lo anterior, se declara la improcedencia del despido por carecer de causa, al no ser aplicable el periodo de prueba de un año y haberse producido la extinción del contrato una vez superada la duración de la prueba establecida en el convenio colectivo.

La sentencia realiza lo que en la doctrina se ha denominado «control de convencionalidad», es decir, la posibilidad de que un órgano de la jurisdicción ordinaria no aplique una ley interna en vigor, no declarada inconstitucional, por contradecir un tratado internacional integrado en el ordenamiento jurídico interno, o la interpretación de dicho tratado efectuada por la máxima instancia de control del mismo⁶⁴. Para efectuar este control, el órgano jurisdiccional parte de la pre-

⁶³ Tal y como indica OLARTE ENCABO, S.: «La ilegalidad internacional del periodo de prueba...», cit., pág. 175.

⁶⁴ Tales serían las claves del control de convencionalidad, según JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2013, pág. 24.

misa de que las decisiones del Comité constituyen jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales, premisa que, como se verá, no es asumida pacíficamente ni en la doctrina judicial ni en la científica.

Al respecto deben tenerse en cuenta dos aspectos: por una parte, que la resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales que sirve de base a la sentencia se dicta en un procedimiento de reclamación colectiva, procedimiento de control al que no está sujeto nuestro país. Parece algo forzado que si España no se ha querido vincular –al menos por el momento– a través de un procedimiento de esta naturaleza, sus tribunales puedan verse obligados por las resoluciones dictadas en este tipo de procedimientos hasta el extremo de dejar de aplicar una norma interna⁶⁵. Por otra parte, hay que tener en cuenta que en el momento de dictarse la sentencia –noviembre de 2013– no existía todavía un pronunciamiento expreso del Comité sobre la normativa española controvertida –que no se producirá hasta enero de 2015–; por tanto, la sentencia no efectúa el control de convencionalidad aplicando una declaración expresa sobre nuestro ordenamiento del órgano que controla el cumplimiento de la Carta, sino que, asumiendo no solo la argumentación del Comité sino también sus funciones, declara la inadecuación de la norma española con el tratado internacional. Conviene recordar que el anexo de la propia Carta dispone que la aplicación de las obligaciones jurídicas de carácter internacional que contiene únicamente está sometida al control establecido en la parte IV, es decir, a los procedimientos de informes y de reclamación colectiva. Esta fórmula se introdujo, precisamente, para excluir la posibilidad de que los individuos pudieran hacer valer directamente las disposiciones de la Carta ante las jurisdicciones nacionales⁶⁶.

El criterio seguido por esta sentencia ha sido asumido por otras resoluciones judiciales que, unas veces como argumento fundamental y otras veces de manera colateral, han mantenido la vulneración de la Carta Social Europea por el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, haciendo derivar de ella la ilicitud del despido efectuado por la empresa⁶⁷.

⁶⁵ La cuestión, sin embargo, no es pacífica en la doctrina; así, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «El contrato de apoyo a emprendedores ante el Derecho internacional...», cit., pág. 4, considera que quizá sea voluntarista afirmar que nuestros tribunales estén vinculados por la «jurisprudencia» del Comité, teniendo en cuenta que el único procedimiento de control a que se sujeta España es el de informes. En sentido contrario, CARDONA RUBERT, B.: «La situación del Estado español...», cit., pág. 106, afirma que las decisiones de fondo son de obligatorio cumplimiento para los Estados, aunque no se pueda utilizar en ellos el procedimiento de reclamación colectiva por falta de la ratificación correspondiente. En cualquier caso, no es admisible fundar la ausencia de vinculación de nuestro país por las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales en la falta de ratificación por España de la Carta Social revisada, como considera la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 25 de marzo de 2015 (rec. núm. 60/2015).

⁶⁶ Esta es la opinión manifestada en su momento por el presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales, Pierre Laroque, a que se refiere BELORGEY, J-M.: «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control...», cit., pág. 347. No obstante, este último considera que dicha cláusula del anexo a la Carta no significa que las jurisdicciones nacionales no tengan vocación de aplicar la Carta y de atribuirle efectos directos, sino únicamente que en el plano internacional solo el Comité Europeo de Derechos Sociales tiene dicha vocación; véase, pág. 375.

⁶⁷ Así, entre otras, la SJS núm. 1 de Toledo de 27 de noviembre de 2014 (proc. núm. 536/2014), la SJS núm. 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014 (proc. núm. 116/2014) o el AJS núm. 23 de Madrid de 4 de marzo de 2014 (proc. núm. 860/2013).

2. LAS CRÍTICAS AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Frente a la doctrina judicial que inaplica la regulación del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores por ser contraria a la Carta Social Europea, otras resoluciones descartan tal posibilidad fundamentando su postura básicamente en la dificultad de aplicar directamente la Carta y de considerar vinculantes las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales. A lo anterior se añaden algunas consideraciones en relación con el principio de seguridad jurídica, así como algunas discrepancias en relación con las consecuencias que deberían seguirse del incumplimiento de la Carta Social Europea.

A continuación se analizan los mencionados argumentos tomando como referencia la [Sentencia de la Sala de lo Social \(Pleno\) del TSJ de Cataluña de 22 de junio de 2015, rec. de suplicación 134/2015](#). Aunque no es el primer pronunciamiento en este sentido⁶⁸, puede considerarse un buen exponente de esta doctrina y su argumentación ha sido asumida en posteriores resoluciones judiciales⁶⁹. Por otra parte, la existencia de un voto particular en la sentencia facilita entablar un diálogo crítico con la solución alcanzada por la sala.

2.1. Sobre la aplicabilidad directa de la Carta

El principal argumento de la sala para descartar la inaplicación de la regulación del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores es la imposibilidad de aplicar directamente la Carta Social Europea y en particular el artículo 4.4. Las dificultades derivarían de la propia técnica jurídica empleada en el tratado, puesto que de su redacción se desprenden compromisos y obligaciones que los Estados asumen al ratificarla –debiendo adoptar las medidas internas que sean necesarias para hacer efectivos los compromisos asumidos– pero no reglas jurídicas que puedan aplicarse a los particulares.

No hay duda de que el valor jurídico de la Carta Social Europea es el propio de un tratado internacional válidamente celebrado y publicado. Como tal, forma parte de nuestro ordenamiento y sus normas prevalecen sobre cualquier otra, excepto las normas de rango constitucional. Como cualquier otro tratado internacional es, en principio, de aplicación directa, salvo que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.

⁶⁸ Sostienen el mismo criterio otras sentencias anteriores, por ejemplo, las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 de marzo y de 22 de abril de 2015 (recs. núms. 60/2015 y 164/2015), así como la STSJ de Canarias/Tenerife de 22 de abril de 2015 (rec. núm. 764/2014).

⁶⁹ Como ocurre en la STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2015 (rec. núm. 3560/2015).

Pues bien, del texto de la Carta se desprende con claridad que sus disposiciones no pueden ser directamente aplicables⁷⁰. Prescindiendo de la parte I de la Carta –de valor programático por tratarse de una enumeración de objetivos–, la inmensa mayoría de las disposiciones de la parte II tampoco pueden ser directamente aplicables. Basta comprobar el tenor literal de la práctica totalidad de sus artículos, según el cual *las partes contratantes se comprometen a...*; es decir, se trata de una norma –no puede olvidarse que la Carta establece obligaciones jurídicas de carácter internacional– que está dirigida al Estado, de manera que si al momento de ratificar la Carta no garantiza los derechos a los que se haya decidido vincular, deberá adoptar las medidas internas que sean precisas –modificaciones legales, por ejemplo– para garantizar a los particulares el disfrute de los derechos en los términos señalados en la Carta. Por tanto, en la medida en que se trata de normas dirigidas a los Estados signatarios, si estos no las asumen en sus respectivos ordenamientos, no parecen capaces de amparar pretensiones jurídicas de los particulares⁷¹.

La anterior conclusión se refuerza a la vista de la redacción de los artículos 6.4 y 18.4 de la Carta. A tenor de los mismos los Estados *reconocen* –no se comprometen a reconocer– el derecho a las medidas de conflicto colectivo y el derecho a salir del país para realizar una actividad lucrativa en el territorio de las demás partes contratantes. En consecuencia, el Estado firmante que se vincule por ellos –como es el caso de España– al ratificar la Carta no se está comprometiendo a reconocer tales derechos, sino que los está reconociendo directamente, por lo que ambos podrán ser alegados por los particulares ante los tribunales nacionales.

También resulta significativa a estos efectos la comparación de los términos en que está redactada la Carta Social Europea con los empleados en el CEDH. Ambos son tratados internacionales adoptados en el ámbito del Consejo de Europa, sin embargo, la técnica de uno y otro difiere notablemente, ya que en virtud del artículo 1 del CEDH las partes contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio. De nuevo, las diferencias con la Carta Social Europea son claras.

Sentado lo anterior, podría plantearse la posibilidad de trasladar a este ámbito la doctrina sobre el efecto directo de las directivas, que permite a los particulares de un Estado miembro de la Unión Europea invocar los derechos reconocidos en caso de falta de transposición, siempre que la directiva contenga una regulación autosuficiente y, por tanto, sea susceptible de ser aplicada por los jueces nacionales⁷²; es decir, cuando se trate de una norma *self-executing*. Sin embargo, el

⁷⁰ Como señaló ya en su día RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», *Revista de Política Social*, núm. 118, 1978, págs. 28 y ss., la técnica jurídica utilizada con carácter general por la Carta Social Europea dificulta la aplicación directa de sus previsiones.

⁷¹ Por eso no puede compartirse el argumento de la ubicación sistemática del artículo 4.4 en la parte II de la Carta que utiliza el voto particular de la *STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2015* para sostener su aplicación directa. Es cierto que la Carta distingue con nitidez la parte I –programática– de la parte II como de contenido jurídico vinculante; pero no puede pasarse por alto que las obligaciones jurídicas de esta parte de Carta van dirigidas a los Estados no a los particulares, por lo que no serían directamente aplicables.

⁷² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «El contrato de apoyo a emprendedores ante el Derecho internacional...», cit., pág. 5, se refiere también en este ámbito a la aplicación analógica de la doctrina sobre el efecto directo de las directivas.

artículo 4.4 de la Carta no contiene una regulación suficientemente precisa, al limitarse a contemplar de manera general la necesidad de reconocer un plazo razonable de preaviso, sin establecer un derecho concreto y preciso, lo que permite varias opciones a los Estados⁷³.

Distinta es la opinión del voto particular formulado contra la [STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2015](#), que entiende que el artículo 4.4 de la Carta es una norma suficientemente clara y precisa para ser aplicada directamente. El magistrado discrepante considera que la obligación de establecer un plazo de preaviso no es una norma programática, por lo que es directamente invocable por el trabajador en el marco de sus relaciones jurídicas, al existir un claro incumplimiento de la misma por el legislador interno. Ahora bien, admitiendo que el artículo 4.4 no es una norma programática, no está de más recordar que esto no basta para declarar el carácter *self-executing* de una disposición, siendo necesario que contenga una regulación lo suficientemente precisa y concreta para ser aplicable por el tribunal nacional, circunstancia que en nuestra opinión no se da.

2.2. Sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales

Otro de los puntos de discrepancia entre las corrientes judiciales a las que se viene haciendo referencia tiene que ver con el carácter –vinculante o no– de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales. Quienes consideran que no puede aplicarse la regulación interna sobre el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, estiman que las decisiones del Comité constituyen jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales, no solo en aquellas resoluciones que se pronuncien sobre nuestro país, sino también en las decisiones adoptadas en reclamaciones contra otros Estados. Sin embargo, la corriente judicial contraria niega el carácter vinculante de las resoluciones del Comité, incluso de las conclusiones relativas a nuestro país.

Aunque no faltan autorizadas voces en la doctrina que opinan lo contrario⁷⁴, resulta dudoso que las conclusiones emitidas por el Comité tengan la eficacia suficiente como para vincular a los jueces nacionales hasta el punto de inaplicar una norma interna. La obligatoriedad de las resolu-

⁷³ De ahí que GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Carta de los Derechos Fundamentales...» cit., pág. 3, declare que, al menos desde esta perspectiva, el artículo 4.4 CSE no es una norma *self-executing*.

⁷⁴ Entre otros, SALCEDO BELTRÁN, C.: «Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales...», cit., pág. 132, señala el carácter vinculante tanto de las decisiones de fondo como de las conclusiones y su consideración como jurisprudencia. Por su parte, OLARTE ENCABO, S.: «La ilegalidad internacional del periodo de prueba...», cit., pág. 175, se refiere a la «doctrina-jurisprudencia» del Comité Europeo de Derechos Sociales. En el ámbito judicial tanto la [SJS núm. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013](#), como el voto particular a la [STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2015](#) (ambos ya citados), asumen la doctrina contenciosa sobre la naturaleza jurisprudencial de las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales expresada, entre otras, en las STS (Sala III) de 25 de mayo de 2012 (rec. núm. 3340/2011) o STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2011 (rec. núm. 2256/2008).

ciones de las organizaciones internacionales depende de lo dispuesto por su tratado regulador⁷⁵. En la Carta Social Europea no hay ninguna disposición que establezca el carácter vinculante de las resoluciones del Comité; ni siquiera existe una disposición análoga al artículo 46 del CEDH según el cual las partes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del TEDH en los litigios en que sean partes. Tampoco el Reglamento del Comité Europeo de Derechos Sociales⁷⁶ contempla explícitamente la obligatoriedad de sus resoluciones, ni de las adoptadas en el procedimiento de informes, ni en el de reclamaciones colectivas. Por lo demás, en el ámbito interno, no existe en nuestro país una norma –ni constitucional, ni legal– que disponga la obligatoriedad de las resoluciones dictadas por una organización internacional.

Aunque formalmente el Comité Europeo de Derechos Sociales no es un órgano jurisdiccional, desde la implantación del mecanismo de reclamaciones colectivas se ha potenciado su imagen judicial o *cuasi* judicial; sin embargo, la «jurisdicción» del Comité no es una jurisdicción en toda su plenitud, ya que sus decisiones no son directamente ejecutivas⁷⁷, siendo necesario un acto posterior del Comité de Ministros a estos efectos. Así, en el sistema de reclamaciones colectivas, el procedimiento finaliza con una resolución del Comité de Ministros y, en caso de que se aprecie disconformidad con lo dispuesto en la Carta, con una recomendación en la que se invita al Estado a la adopción de medidas de adecuación a la Carta Social Europea. Los términos empleados en la Carta son elocuentes: se trata de una recomendación, de una invitación al Estado a realizar lo necesario para adecuarse al Tratado. En realidad, la obligación que asumen los Estados como consecuencia de este procedimiento es la de rendir cuentas de lo realizado para poner en práctica la recomendación recibida en el siguiente informe que remitan a la Secretaría General. La ejecución de las decisiones de fondo está guiada por el principio de subsidiariedad, quedando en buena medida al albur de la voluntad política del Estado contra el que se dirige la reclamación⁷⁸.

No obstante, dado que España no está sometida al procedimiento de reclamación colectiva, merece la pena hacer referencia al otro procedimiento de control: el de informes. La cuestión tiene aún más relevancia si se tiene en cuenta que en las conclusiones emitidas en este procedimiento el Comité ha declarado expresamente la vulneración del artículo 4.4 de la Carta Social Europea por la regulación del contrato de apoyo a los emprendedores. Estas conclusiones son un informe del Comité al que la Carta no atribuye valor vinculante para los Estados, ni carácter de complemento o integración del Tratado. Las conclusiones de no conformidad pueden determinar la emisión de recomendaciones al Estado, pero es discutible su consideración como interpretación

⁷⁵ Véase PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., pág. 154.

⁷⁶ Reglamento de 29 de marzo de 2004 (versión vigente desde el 9 de septiembre de 2014).

⁷⁷ Así lo afirma BELORGEY, J.-M.: «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control...», cit., pág. 353, aunque acto seguido añade que pese a que las decisiones del Comité no sean directamente ejecutivas, el Comité de Ministros en todos los casos –excepto en uno– les ha dado semejante fuerza.

⁷⁸ Véase JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pág. 67.

auténtica y vinculante de la Carta Social Europea⁷⁹. Ahora bien, el hecho de que las conclusiones no sean vinculantes no quiere decir que no puedan tener ningún efecto en el Derecho interno. Por ejemplo, la elevación de la edad de educación obligatoria a los dieciséis años o la extensión de los permisos del [artículo 37 del ET](#) a los empleados de hogar en nuestro país son consecuencia de conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales⁸⁰.

Si se considera, como se viene haciendo, que las conclusiones del Comité no son vinculantes para el Estado, parece razonable que los órganos judiciales nacionales tampoco se encuentren vinculados por las mismas hasta el extremo de dejar de aplicar una norma interna. Además, no tendría mucho sentido afirmar el carácter vinculante de las resoluciones del Comité para nuestros tribunales si las disposiciones sobre cuyo cumplimiento se pronuncia no se consideran de aplicación directa en nuestro ordenamiento.

2.3. Sobre las consecuencias del incumplimiento de la Carta Social Europea

Aun sosteniendo que las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales no sean vinculantes para el juez nacional, algunas sentencias que consideran inaplicable el artículo 4.4 de la Carta Social Europea en relación con el contrato de apoyo a los emprendedores se plantean cuál sería la consecuencia que debería producirse si se admitiera, siquiera a efectos dialécticos, el carácter vinculante de las conclusiones del Comité⁸¹.

Dado que el Comité ha declarado vulnerado el artículo 4.4 de la Carta Social Europea, no por la duración de un año del periodo de prueba en el tipo de contrato de que se trata sino por la ausencia de preaviso en caso de despido, se plantea la duda sobre cuáles deberían ser las consecuencias concretas sobre los despidos realizados. Es decir, si el juez nacional debería inaplicar totalmente la regulación del periodo de prueba –art. 4.3 de la [Ley 3/2012](#)– o bien imponer al empresario la obligación de indemnizar al trabajador por no haber preavisado la extinción del contrato. De admitirse la primera posibilidad la consecuencia sería la ilicitud del periodo de prueba y la consiguiente declaración de improcedencia del despido efectuado durante el mismo, como sostienen las sentencias partidarias de aplicar el control de convencionalidad en esta materia.

La cuestión, y la solución que se dé a la misma de forma general, tiene trascendencia porque la extinción durante el periodo de prueba en el contrato de emprendedores no es, ni mucho menos, el único supuesto en el que el Comité considera vulnerado el artículo 4.4 de la Carta. Aplicando

⁷⁹ Véase al respecto la STSJ de Canarias/Tenerife de 22 de abril de 2015 (rec. núm. 764/2014), a la que ya se ha aludido en alguna ocasión.

⁸⁰ A estas consecuencias en nuestro ordenamiento del procedimiento de informes se refiere CARDONA RUBERT, B.: «La situación del Estado español...», cit., pág. 108.

⁸¹ Es el caso de las ya citadas SSTSJ de Canarias/Tenerife de 22 de abril de 2015 (rec. núm. 764/2014) o de [Cataluña de 22 de junio de 2015](#).

la lógica jurídica de los pronunciamientos que declaran la ilicitud del despido, deberían también considerarse improcedentes, por ejemplo, las extinciones de los contratos temporales –tanto de duración inferior o superior a un año– y, con toda probabilidad, la de cualquier despido durante el periodo de prueba sea cual sea la modalidad contractual.

Sin embargo, puede entenderse que el efecto jurídico del incumplimiento del preaviso no debería ser la improcedencia del despido, sino la condena a abonar los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplido⁸², básicamente por dos motivos: en primer lugar, porque en realidad lo único que busca garantizar el sistema de la Carta Social Europea es el preaviso en caso de despido o, al menos, una indemnización sustitutiva; y, también, por el criterio general de nuestro ordenamiento laboral en el que la omisión por la empresa del plazo de preaviso exigible en la extinción del contrato no provoca, por sí misma, la improcedencia del despido sino la obligación de indemnizar por los días de preaviso incumplido⁸³.

No obstante, hay que tener en cuenta que la anterior solución cuenta con un problema práctico de difícil solución: cuantificar la condena por incumplimiento de un preaviso cuya duración no se conoce. El juez no puede determinar la cuantía de la indemnización sustitutiva del preaviso porque en nuestro ordenamiento esta viene condicionada por el tiempo incumplido, y no es posible conocer el alcance exacto del incumplimiento cuando el preaviso no está determinado en la ley. La opción de la aplicación de un plazo de preaviso por analogía tampoco parece viable. Dada la duración anual del periodo de prueba, lo razonable sería aplicar por analogía lo dispuesto en relación con la extinción de los contratos de duración inferior al año, pero nuestra legislación no prevé preaviso alguno en estos casos⁸⁴.

Otro argumento, más secundario, utilizado en sede judicial para descartar la improcedencia del despido durante el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, es que con la improcedencia del despido, en realidad, se trasladan al empresario las consecuencias del incumplimiento por parte del Estado de una obligación asumida a nivel internacional. En este sentido, se apela al principio de seguridad jurídica que quedaría en entredicho si una empresa, que se ampara en una norma vigente –y expresamente declarada constitucional– para celebrar un contrato de trabajo, tiene que responder por un despido improcedente porque la normativa a la que se acoge supone un incumplimiento internacional del Estado⁸⁵. La inseguridad jurídica se

⁸² De esta opinión es, por ejemplo, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Carta de los Derechos Fundamentales...» cit., pág. 3.

⁸³ Así ocurre, por ejemplo, en el caso del despido por causas objetivas (véase [art. 53.4 ET](#)).

⁸⁴ Estos problemas, así como la imposibilidad del recurso a la analogía, son puestos de manifiesto por GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «El contrato de apoyo a emprendedores ante el Derecho internacional...», cit., pág. 5. Por su parte, las sentencias que se muestran partidarias de la indemnización del trabajador no ofrecen una fórmula para solucionar el problema que ellas mismas constatan. Simplemente se limitan a señalar que no pueden pronunciarse en el caso de autos por no haberse reclamado indemnización alguna en la demanda.

⁸⁵ En la doctrina, se refiere a la seguridad jurídica y a la situación en la que queda el empresario que actúa en la confianza de lo que dice la ley GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «El contrato de apoyo a emprendedores ante el Derecho internacional...», cit., pág. 7. En el ámbito judicial la [STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2015](#), a la que se viene haciendo

ve acentuada a la vista de las discrepancias entre los tribunales sobre la aplicabilidad de la Carta Social Europea y sobre las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Por este motivo, dada la complejidad de la materia, sería deseable un pronunciamiento unificador que evite que supuestos idénticos puedan ser resueltos de manera antagónica en función del órgano que resuelva.

VI. CONCLUSIÓN

La previsión de una modalidad contractual con un periodo de prueba de un año de duración, aunque sea con el loable objetivo de fomentar el empleo en un contexto de crisis, parece una medida excesiva, especialmente si –como es el caso– se aplica con carácter general, sin tener en cuenta la complejidad del puesto de trabajo a desempeñar o la cualificación del trabajador. Una medida de estas características introduce un elemento de precarización difícilmente compatible con la deseable estabilidad en el empleo.

Por estas y otras razones, desde el establecimiento del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores se han puesto en marcha diversos mecanismos jurídicos tendentes a evitar la aplicación de este controvertido aspecto de su régimen jurídico. Superado el test de constitucionalidad y despejadas –de manera más formal que real– las dudas sobre su adecuación al Derecho comunitario y al [Convenio 158 de la OIT](#), la [Carta Social Europea](#) ha adquirido un protagonismo hasta ahora desconocido entre nuestros tribunales.

A pesar de que la Carta Social Europea no hace ninguna referencia al periodo de prueba, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha concluido que el periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es contrario a la Carta. El motivo de esta infracción no radica tanto en la duración del periodo de prueba como en la falta de preaviso en caso de despido durante el mismo.

Sin embargo, pese a contar con un pronunciamiento expreso en esta materia no es posible que los órganos judiciales internos dejen de aplicar la regulación del periodo de prueba en este contrato, básicamente por dos motivos: en primer lugar, porque aunque la Carta forma parte de nuestro ordenamiento –como tratado internacional válidamente celebrado–, no puede considerarse una norma directamente aplicable en la medida en que lo que contiene son obligaciones internacionales

referencia, también apela al principio de seguridad jurídica para descartar la nulidad del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores, especialmente al haber sido declarado constitucionalmente válido. Sin embargo, el voto particular que se formula a esta sentencia refuta este argumento sobre la base de que, precisamente, dejar de aplicar una ley contraria a un tratado en virtud del principio de jerarquía normativa no solo no es contrario a la seguridad jurídica sino que es un requisito indispensable para hacerlo efectivo. La infracción del principio de jerarquía normativa –al aplicar la ley interna en contra de lo previsto en un tratado– es lo que haría peligrar la seguridad jurídica. Esta argumentación es plenamente coherente si, como entiende el magistrado discrepante, la Carta Social es directamente aplicable, pero resulta difícil de asumir en caso contrario.

que el Estado se compromete a garantizar, por lo que no sería apta para amparar las pretensiones de los particulares. Por otra parte, porque en el sistema de la Carta Social Europea las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales no tienen carácter vinculante para los Estados. De hecho, las decisiones y conclusiones del Comité se concretan en recomendaciones para que estos adecúen su normativa y práctica interna a los compromisos adquiridos al ratificar la Carta. En definitiva, su cumplimiento queda a la voluntad de cada Estado, sin perjuicio del control que el Comité de Ministros efectúa a través de los informes periódicos que los países deben presentar.

En consecuencia, la imposibilidad de aplicar directamente la Carta y la falta de carácter vinculante de las conclusiones del Comité convierten en ineficaz el recurso a este instrumento internacional para proteger al trabajador frente a la duración anual del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores. Ante esta situación, el único expediente que permitiría la tutela del trabajador sería el fraude de ley. No obstante, su apreciación no podría hacerse *a priori* con carácter general y es una opción no exenta de problemas, entre ellos probatorios. Además, la amplia interpretación del Tribunal Constitucional sobre la finalidad del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores podría restringir notablemente el margen de apreciación del fraude.