

LA ILEGALIDAD INTERNACIONAL DEL PERIODO DE PRUEBA DE UN AÑO DEL CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES

Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, núm. 412/2013

Sofía Olarte Encabo

Catedrática de Universidad. Universidad de Granada

1. VOLUNTAD LEGISLATIVA DE LA REFORMA LABORAL DE ESTA MATERIA

Entre los problemas estructurales del mercado de trabajo español están, sin duda alguna, la atávica incapacidad del mismo para ofrecer suficientes oportunidades a los jóvenes para encontrar un empleo, muchas menos para que este sea, además, digno. Por eso, la reforma laboral de 2012 asumió como una de sus prioridades mejorar la inserción juvenil. Ahora se ve que con poco éxito, pues después se han hecho otras reformas, y las que vendrán en aplicación del «plan de garantía juvenil», que tienen el mismo objetivo, y las tasas se resisten a bajar. Pero, en cualquier caso, una vía preferida por el legislador para intentar alcanzar tan alta misión es alterar la regulación de las modalidades contractuales, llevándose la palma la previsión de un contrato pretendidamente indefinido pero con un periodo de prueba:

- Largo –un año.
- Indisponible para la autonomía colectiva –norma de orden público económico.
- Indiscriminado, sin atender al tipo de cualificación profesional.

De forma inesperada, pues las reivindicaciones parecían ir en la línea de reducir los tipos de contratos, no aumentarlos –aunque se simplifiquen los modelos administrativos–, y con excepción radical, eso sí, transitoria –hasta que estemos por debajo del 15 % en tasas de desempleo–, del régimen general *ex* artículo 14 del ET, el artículo 4 de la [Ley 3/2012](#) creaba una nueva sub-modalidad de contrato indefinido para «favorecer especialmente a quienes están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias económicas de la crisis: los jóvenes desempleados y las Pymes» –EM–. Se trata, pues, de una modalidad contractual regulada fuera del ET que, como ya sucediera en otros países europeos, ya deudores –Grecia– o ya acreedores –Francia–, apostaba fuertemente por la flexibilidad de salida para facilitar la entrada al mercado de trabajo. La pa-

radoja era, pues, inexorable. Tanto las autoridades comunitarias –la Comisión Europea– como buena parte de, no toda, la doctrina científica advirtió de las enormes dudas de constitucionalidad de una regla de este tipo, amén de la incertidumbre que generaría para los empresarios ante tal inseguridad sobre su suerte final.

¿Qué dice ahora la doctrina judicial que empieza a pronunciarse al respecto? Veámoslo analizando brevemente el razonamiento y fallo de la *Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 2, de Barcelona, con fecha de 19 de noviembre de 2013, y número 412/2013*. Se anticipa ya la clara contestación judicial, al entender que dicho periodo de un año quiebra la legalidad internacional.

2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

El demandante suscribió contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores con una empresa, fijándose la jornada laboral en 40 horas y la categoría de peón. En la cláusula segunda del contrato se estableció un periodo de prueba de un año. El salario bruto, con la prorrata de pagas extras, ascendía a 1.094,48 euros. Por carta de 22 de marzo de 2013, y efectos de esa fecha, la empresa comunicó al actor la finalización de su contrato por no superar el periodo de prueba. El artículo 10 del Convenio colectivo de recuperación de residuos y materias primas secundarias, aplicable a la empresa, establece un periodo de prueba de dos semanas para el personal obrero, ampliable a seis meses. Mientras que el trabajador pide que se aplique ese periodo convencional máximo, la empresa entiende que es aplicable el de un año, pues formalizó el contrato al amparo del artículo 4 del *Real Decreto-Ley 3/2012*.

3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO A LA COMPRESIÓN DE LA REFORMA LABORAL

La juzgadora tiene clara su posición al respecto y la defiende con firmeza. De un lado, considera que no es de aplicación la norma convencional, porque el principio de jerarquía normativa *ex* artículo 9.3 de la CE impediría su operatividad, sin que el principio de norma más favorable pueda entrar en juego en estos casos. De otro, y también en aras de la defensa de ese principio de jerarquía, pero ahora en su dimensión de legalidad supra-legal, no solo formal sino material, considera que debe analizarse si el artículo 4.3 del *Real Decreto-Ley 3/2012* –hoy *Ley 3/2012*–, contraviene o no el artículo 4.4 de la *Carta Social Europea de 1961*. A tal fin recuerda algo que es cierto y otra cosa que no lo es. Resulta cierto que la versión aplicable a España de la Carta es la de 1961, y no la última versión de mayo de 1996, pues España no ha ratificado ni esa revisión ni el Protocolo de 1995 que permite la presentación de reclamaciones colectivas. Y es igualmente cierto que la Carta Social Europea es una norma internacional que forma parte del Derecho interno –arts. 10.2 y 96 CE–. Pero exige matización su afirmación según la cual «tiene el mismo valor vinculante que los tratados de la Unión Europea, por lo que en orden al principio de jerarquía normativa se sitúa por encima de la Ley nacional» –FJ 4.º.

Ciertamente, la Carta Social Europea se sitúa por encima de la Ley Nacional, pero no porque tenga valor de Derecho Comunitario, sin perjuicio de su aplicación como principios generales de Derecho, porque no lo tiene, sino porque el artículo 96 de la CE sitúa por encima de la Ley Nacional a la Ley Internacional, e inmediatamente un escalón por debajo de la Constitución. Pero al margen de esa precisión, irrelevante para este caso, lo cierto es que, una vez más, la doctrina judicial apela al principio de legalidad supra-estatal o supra-legal para no ya corregir o reorientar el sentido de una norma nacional, sino lisa y llanamente para abrogarla en virtud del principio de jerarquía normativa. A mi juicio, también requiere matización su afirmación, hecha «a mayor abundamiento», por tanto no como "*ratio decidendi*", según la cual la norma española «*convierte al contrato de emprendedores en un contrato temporal carente de causa, algo prohibido en nuestro ordenamiento jurídico*», excluyendo la aplicación del artículo 15 del ET. El matiz viene de que, en efecto, existe una contradicción entre ambas normas, pero análoga a la que podría existir entre los artículos 14 y 15 del ET. La cuestión es determinar si la excepción que hacen las normas reguladoras del periodo de prueba es o no razonable y proporcionada. Esta es la verdadera cuestión jurídica.

Por eso, la magistrada, con toda razón, resuelve la ilegitimidad internacional, y por tanto la inaplicación, del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, pues una duración incondicionada de un año «*va en contra del principio de proporcionalidad*» reconocido en la Carta Social Europea, según la doctrina-jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales que la interpreta, así como por el TJUE. Recordando esa jurisprudencia evidencia que, a diferencia de lo que afirma el legislador de reforma, la «*situación de crisis económica... no podía tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la Carta y, por lo tanto, ...los Gobiernos estaban obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los derechos de la Carta fuesen especialmente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más*».

Dejando a un lado este buen propósito, argumento más ético-social que jurídico, para nuestro lamento, lo cierto es que la sentencia analizada considera que el periodo de un año «*es excesivo y carente de causa, y en consecuencia, lo que debe aplicarse es el Estatuto de los Trabajadores, que remite al Convenio Colectivo de aplicación en la materia*».

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA SENTADA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN FUTURA

La doctrina fijada es de una enorme trascendencia práctica. Se trata de una decisión no firme, pero tiene todos los visos de consolidarse como jurisprudencia. Aplica estrictamente, más allá de algunos excesos de argumentación ético-social, compatible por mí en ese plano pero de escasa eficacia jurídica, la «*jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*», que ya cuenta con diversos precedentes análogos al caso español. La eficacia interpretativa, no ya como estricto «*precedente*», está reconocida claramente por la doctrina de suplicación, por la jurisprudencia

del TS y, sobre todo, por la doctrina constitucional –SSTCO [116/2006](#) y [198/2012](#), entre otras muchas–. Por lo tanto, fija el Derecho no solo Justo sino correcto.

En la práctica esta medida es fundamental para la suerte del contrato analizado. La realidad estadística muestra que la mayoría de los empresarios acogen esta modalidad no por los incentivos, pese a ser potentes, sino por el estímulo que supone contar nada menos que con un año de «*libertad de desistimiento*», la realización del sueño empresarial de «*un despido libre y gratuito*». Por lo tanto, será un gran revés para esta medida legislativa que, de seguro, va a obligar a cambios legislativos, recuperando el sentido de la proporcionalidad, como ahora propone para los contratos temporales de menos de seis meses la nueva redacción dada al artículo 14 del ET por el [Real Decreto-Ley 16/2013](#). Además, será un buen revulsivo para que, de una vez, España ratifique la nueva versión y el Protocolo de 1995, como le piden los sindicatos, a fin de abrir la vía a las reclamaciones colectivas. Aunque creo que esta segunda derivada de la doctrina judicial tendrá más resistencias en el Gobierno, al menos de momento.