

¿EL DERECHO VIGENTE ES OPCIONAL PARA CADA JUEZ DE LO SOCIAL?: A VUELTAS CON EL PERIODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES

Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de enero de 2014, rec. núm. 2018/2013

Antonio Álvarez Montero

Catedrático de Escuela. Universidad de Jaén

1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y VOLUNTAD LEGISLATIVA

No es la primera vez que en las páginas de esta Revista se da cuenta de las vicisitudes por las que está atravesando, en su recién inaugurada aplicación judicial, una de las medidas «estrella» de la reforma laboral para animar el deprimido mercado de trabajo español. Sí, claro que sí, me refiero al celeberrimo periodo de prueba, de un año en todo caso, previsto para el contrato de apoyo a emprendedores –art. 4 *Ley 3/2012*–. Al margen de la valoración que pueda merecer una previsión legislativa de este tipo, discutida y discutible, la intención del legislador al contemplarla, «contra viento y marea», era la de dar certeza jurídica al empleador, bien cada vez más apreciado por su dimensión económica, no solo jurídica. En efecto, al dilatar el periodo en que es lícito «desistir» del contrato de trabajo «sin causa –sin explicación– y sin coste –sin indemnización–», incrementaba el legislador las posibilidades que tendría aquel, el empleador, de extinguir el contrato de trabajo que no le acomode económicamente sin riesgo a ser condenado por despedido improcedente, con el consiguiente mayor coste y, sobre todo, sin verse envuelto en un tedioso procedimiento que, de seguro, en su difundido imaginario social, iba a perder.

Sin embargo, ese «gozo parecería fenecer en el pozo» al que lo abocaba la reciente «doctrina de instancia social», según la cual, tal regulación chocaba de raíz contra la normativa internacional en la materia y, por mor del principio de jerarquía normativa –art. 9.3 en relación con el art. 96 *CE*–, debía dejarse sin eficacia, con la consiguiente «abrogación de facto» de la ley en este punto¹. Por lo tanto, de nuevo dejando a un lado la valoración social, económica e incluso jurídica que pueda merecer esta decisión judicial, que no es firme pero sí se toma en serio el Derecho Humanitario

¹ Vid. el comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, en *RTSS. CEF*, núm. 370/2014, pag. 173 y ss.

Internacional del Trabajo, asistiríamos a la escritura de un camino claro en torno a la ilegitimidad de esa medida. Claro que no es firme, por supuesto, porque la sentencia exigirá ser consolidada, o no, como jurisprudencia por el tribunal competente para ello. Pero al menos la senda estaba trazada.

Pues bien, confirmando que vivimos tiempos revueltos, poco dados a la certidumbre, no ya en torno a las respuestas, sino incluso a las preguntas, no ya respeto a la meta, sino en relación con el camino mismo, un diferente tribunal, la Sala Social del TSJ del País Vasco, cuando lo tenía todo para «rematar» esta figura en la experiencia práctica, le ha dado aire, aunque sea prolongando su agonía. En efecto, el reciente [Auto del TSJ del País Vasco de 21 de enero de 2014 –rec. núm. 2018/2013–](#), no se ha creído en condiciones de llevar a cabo esa interpretación «abrogatoria» por sí mismo y ha elevado cuestión de inconstitucionalidad para que el TCO, cuando lo considere oportuno –dentro de cuatro, cinco... años–, diga el Derecho válido y eficaz.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

En el hecho segundo del auto se deja constancia de cuál era la situación fáctica. En síntesis, se trataba de una trabajadora que había prestado servicios para una empresa como directora de área de espacios escénicos, percibiendo un salario de 2.200 euros/mes. El alta tuvo lugar el 18 de junio de 2012, de acuerdo con un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, en el que se incluyó una cláusula que remitía a un periodo de prueba de un año. El 13 de febrero de 2013, la empresa comunica a la actora su cese con efectos desde el 15 de dicho mes y año, a consecuencia de la no superación del periodo de prueba.

Con fecha 9 de abril de 2013 tuvo entrada, por turno de reparto, ante el Juzgado de lo Social n.º 6 de Bilbao demanda por despido. Dictada sentencia por dicho Juzgado de lo Social, desestima la demanda y absuelve de todas las peticiones a la empresa demandada. Frente a dicha resolución se interpuso por la demandante recurso de suplicación, que fue impugnado por la *mercantil demandada*. En fecha de 4 de diciembre de 2013 la Sala Social del TSJ del País Vasco dictó providencia acordando oír a las partes y al Ministerio Fiscal en el plazo común e improrrogable de 10 días, para que alegaran lo que a su derecho conviniera sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad y/o sobre el fondo de la misma, debido a las dudas que la sala alberga sobre la constitucionalidad del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

3. LA DOCTRINA JUDICIAL SENTADA: CLAVES DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO DE LA MAYORÍA, Y TAMBIÉN DE LA MINORÍA

Esas dudas sobre la constitucionalidad de dicho artículo 4.3 se centran en:

- a) El principio de igualdad ante la ley y no discriminación del artículo 14 de la CE.

La regla altera el régimen ordinario ex artículo 14 del ET solo para las empresas de menos de 50 trabajadores, de un lado, e indiscriminadamente para todo tipo de trabajador, de otro. La sala no acierta a entender ni la especificidad de ese umbral ocupacional ni el tratamiento por igual a todo trabajador. Sin caer en la tentación del oficio de profeta, creo que muy débil es este argumento crítico.

- b) Una eventual vulneración del derecho al trabajo (35.1 CE), negociación colectiva (37 CE) y tutela judicial efectiva (24 CE).

Un periodo de prueba tan largo e incondicionado sustraería a los trabajadores de la protección frente al despido, a los interlocutores sociales de su función reguladora y a los jueces de la suya de juzgar las causas de la extinción. Con el debido respeto al tribunal, me parece que tampoco esta línea argumental es suficientemente sólida, por cuanto que es más que conocido que el TCO, y el TJUE, admiten límites a estos derechos por razones de interés general, como es el fomento del empleo.

- c) Una posible vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la CE.

Más consistente es esta segunda duda, pues un periodo de prueba tan amplio puede suponer una arbitrariedad prohibida, dado que establece una diferencia extrema entre reglas, la excepcional y la ordinaria, de duración de periodos de prueba, sin que exista una razonable justificación, salvo la presunta de fomento de empleo. Pero, como también se conoce, no es posible aceptar una limitación o restricción del derecho que no supere, cómo no, el juicio de razonabilidad, a su vez exigencia del principio de proporcionalidad jurídica de la restricción.

Es aquí donde gana peso no solo la doctrina de instancia social referida al inicio de este comentario, sino también el voto particular que incorpora la resolución judicial analizada y que tiene, a mi entender, bases mucho más sólidas que el razonamiento y decisión de la mayoría. La disconformidad del Magistrado discrepante no reside en el fondo, sino en la oportunidad de la opción interpretativa abrogatoria elegida. A su entender, no era necesaria su sustanciación ante el TCO porque, a la luz de la normativa comunitaria, era de aplicación directa la misma, y por tanto se podía prescindir de este procedimiento teniendo por no puesta la posibilidad de que el contrato de trabajo se extinga por no superación del periodo de prueba en el primer año. Para ello, se invoca una jurisprudencia permanente del TJUE que señala que los tribunales nacionales pueden aplicar directamente la normativa comunitaria cuando la misma de manera manifiesta acredita una contradicción con la normativa interna (*TJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10*, entre las muchas existentes), cifrando dicha contradicción tanto en principios generales del Derecho Comunitario, los que derivarían de la normativa internacional –*Convenio n.º 158 OIT y Carta Social Europea*–, cuanto en Derecho Social Comunitario derivado –*Directiva 1999/70, relativa a los trabajos de duración determinada*.

4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

A diferencia de la opción seguida, en situaciones o idénticas o análogas, por diversos jueces de lo Social, la Sala Social del TSJ del País Vasco se muestra especialmente –yo diría que en extremo– «prudente» con el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, respetando el consabido principio de presunción de legitimidad de las leyes. De ahí que, en vez de dejarlo vacío de contenido práctico, por mor del artículo 96 de la CE, haya preferido trasladar la responsabilidad de la corrección del exceso legal al TCO. Ahora bien, con ello no solo contribuye a dilatar casi *sine die* el problema, cuando podía darle una solución directa e inmediata, sino que aumenta la inseguridad jurídica respecto de cuál vaya a ser la solución final del asunto, pues ofrece un soplo de vida a una figura jurídica que, por los argumentos expresados en el voto particular, ya fenecía.

Ciertamente, si hay dudas de constitucionalidad, que las hay y muy fundadas, debería ser el TCO quien las resolviera. Ahora bien, ni se pronuncia este en un tiempo razonable, ni, por su composición, hoy es posible aventurar el sentido de su fallo, cuando lo haya, después de años y años. Se abre un calvario y una incertidumbre que el juez social debía y podía evitar.