

Contrato de apoyo a emprendedores: el empresario puede desistir libremente durante el periodo de prueba, pero debe preavisar con 15 días de antelación. Aplicación y límites del control difuso de convencionalidad.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Contrato indefinido de “apoyo a los emprendedores”. Desistimiento empresarial a los cuatro meses de su celebración y tres días antes de que la empresa finalizara su actividad. El periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen una naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común. En consecuencia, el empresario debe observar el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c) ET por la analogía del supuesto con el despido objetivo, por preservar la concordancia con el plazo de preaviso “razonable” contemplado en la Carta Social Europea, así como por la naturaleza por cuenta ajena de la relación y la buena fe recíproca en el cumplimiento de los derechos y obligaciones contractuales legalmente exigido.*

Palabras clave: *Periodo de prueba. Contrato de apoyo emprendedores. Plazo de preaviso extintivo. Analogía. Carta social europea.*

Abstract: *Indefinite-term “contract to support entrepreneurs”. Business termination four months after its execution and three days before the end of the company's activity. The annual trial period of the contract for the support of entrepreneurs and the business termination in accordance with that specific functionality have a special nature, being inapplicable the common construction. Consequently, the employer must observe the notice period provided for in Article 53.1.c) ET due to the analogy of the case with the objective dismissal, to preserve the concordance with the “reasonable” notice period provided for in the European Social Charter, as well as due to the nature of the relationship as an employee and the reciprocal good faith in the fulfillment of the legally required contractual rights and obligations.*

Keywords: *Trial period. Entrepreneur support contract. Termination notice period. Analogy. European Social Charter.*

I. Introducción

El TS ha dictado recientemente varias sentencias relativas al contrato indefinido de apoyo a emprendedores. En dos de ellas se examina el alcance de la Carta Social Europea y la previsión en ella contenida sobre la necesidad de preavisar con un plazo razonable antes de proceder a la extinción del contrato. Se declara que, en este especial contrato indefinido en el que se permite un plazo dilatado de periodo de

prueba, el empresario debe preavisar con 15 días de antelación al trabajador. Al no estar en juego exclusivamente la experimentación de las capacidades profesionales mutuas y responder su construcción igualmente a objetivos de política legislativa de creación de empleo y viabilidad empresarial, la traslación de las exigencias de preaviso del art. 53.1. c ET se fundamentan en razones de analogía, pero también en ser una consecuencia derivada de las exigencias de la buena fe y la nota de ajenidad propia del contrato de trabajo. Las obligaciones derivadas de la Carta corroboran y apoyan las conclusiones derivadas del ordenamiento interno. Pero se advierte que no todos los preceptos de la Carta son directamente aplicables si no tienen claridad y certeza o se encuentran condicionadas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: STS (Sala 4ª) núm. 268/2022, de 28 de marzo de 2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 471/2020.

ECLI:ES:TS:2022:1354

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La demandante había suscrito un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores como auxiliar administrativa el 1 de octubre de 2018. En dicho contrato se estipulaba un periodo de prueba de un año. El día 30 de enero de 2019 la empresa le notifica su decisión de dar por finalizada la relación laboral con efectos de esa misma fecha, por no superar el periodo de prueba. En esa misma fecha la empresa extinguió otros 27 contratos de trabajo en iguales circunstancias. La empresa finalizó su actividad el 3 de febrero de 2019.

Interpuesta demanda de despido contra la decisión extintiva, el Juzgado de lo social la estima y califica el despido de improcedente. Argumenta, de un lado, que ya la STC 119/2014 avaló la constitucionalidad del contrato y su largo periodo de prueba; y, de otro lado, que la terminación del contrato por desistimiento en el periodo de prueba en nuestro sistema jurídico no exige motivación, sin que por ello se vulnere la Carta Social Europea. En el presente caso, no obstante, demostrado que la contratación no persigue el fin previsto legalmente, al haber sido utilizado de modo abusivo y proceder la empresa al despido de la mayoría de la plantilla el mismo día y por igual motivo, considera que el desistimiento deviene un despido que debe ser calificado de improcedente.

La empresa interpone recurso de suplicación que es admitido. El TSJ declara el cese conforme a Derecho. Considera la sentencia que el fraude no se presume y que no se ha acreditado y que el posterior cierre de la empresa acreditaría que los puestos de trabajo no habían sido viables. Argumenta la Sala que el art. 4.4 de la Carta Social Europea alegado para percibir un importe por un supuesto plazo de preaviso incumplido no es viable en tanto dicho precepto no se puede aplicar directamente, como tampoco son de eficacia directa las conclusiones del Comité Europeo de

Derechos sociales, sin que el legislador español haya establecido la obligatoriedad de un plazo de preaviso en el periodo de prueba.

Se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina que es admitido y estimado en el motivo relativo a la indemnización por falta de preaviso extintivo.

IV. Posición de las partes

1. De la trabajadora recurrente

Varias cuestiones se plantean por la trabajadora. La primera relativa a la valoración de los hechos probados y su revisión. En segundo término, el carácter fraudulento del contrato de trabajo (en su modalidad de apoyo a emprendedores) y la consiguiente calificación como despido del cese acordado por la empresa durante el periodo de prueba. La última, a título subsidiario, el derecho a percibir la indemnización correspondiente al plazo de preaviso cuando el contrato termina por desistimiento empresarial por aplicación del art. 4.4 de la Carta Social Europea.

2. De la parte empresarial

Considera que se trata de un cese legal que, como desistimiento permitido, no necesita de preaviso ni motivación.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 4.4. Carta Social Europea en relación con el art. 96 CE y art. 49.1.c) RDL 2/2015, 23 octubre. Arts. 14.1, 55.4 ET. Arts. 193.b) y 196 LRJS. Arts. 6.4 y 7.2 CC

VI. Doctrina básica

1. Los contratos de trabajo sólo generan consecuencias económicas en su extinción cuando así lo prevé el legislador (tipicidad extintiva) y el derecho a una compensación por falta de preaviso tan sólo se devenga cuando se incumple el plazo normativamente previsto.

2. Excepcionalmente, cuando existe un contrato como el indefinido de apoyo a emprendedores, considerado conforme con la Constitución, precisamente, porque su dilatado periodo de prueba responde no sólo al normal examen de la conformidad de las prestaciones a las expectativas profesionales de las partes, sino también a una funcionalidad específica consistente en la viabilidad económica del puesto de trabajo creado, jurídicamente es posible entender que no son aplicables ni las normas sobre el periodo de prueba (art. 14 ET), ni las relativas a la terminación del contrato por expiración del término convenido, ni siquiera todas las del despido objetivo.

3. Ello, no obstante, la especificidad de la figura y su incompleto régimen jurídico, llevan al TS a entender aplicable la exigencia empresarial de un periodo de preaviso de 15 días para proceder a la extinción durante el periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores cuando la extinción se produce superada la duración máxima del periodo de prueba aplicable a la categoría de la persona trabajadora. Razones de analogía con el despido objetivo ETOP, exigencias de buena fe recíprocas que deben respetarse en las contraprestaciones de la relación laboral y la propia configuración del contrato de trabajo como un contrato caracterizado por el desequilibrio y la ajenidad, abocan a la Sala de lo Social a entender exigible dicho periodo de preaviso. La conformidad de dicha exigencia con lo previsto en el art. 4.4 de la Carta Social Europea, constituye una razón adicional, pero no única ni definitiva, para entender aplicable dicho periodo de preaviso (y compensar económicamente su incumplimiento).

VII. Parte dispositiva

Estimar el tercer motivo subsidiario del recurso, casando parcialmente la sentencia del TSJ en la medida necesaria para reconocer el derecho a percibir el equivalente a los salarios dejados de percibir por incumplimiento del plazo de preaviso.

VIII. Pasajes decisivos

- "La función que dogmáticamente corresponde al periodo de prueba y que concuerda tanto con la regulación contenida en el artículo 14 ET, cuanto con el presupuesto de la doctrina recién recordada, no es la que posee en la modalidad contractual de apoyo a emprendedores. Así se desprende de las consideraciones realizadas por la exposición de motivos de la Ley 3/2021 y de las argumentaciones acogidas por la STC 8/2015 de 22 enero (Pleno), reiterando y ampliando lo que ya dijera la STC 119/2014, de 16 de julio.

- "1ª) El contrato de trabajo contemplado en el artículo 4º de la Ley 3/2012 no es temporal sino, como su propia rúbrica indica, de duración indefinida. 2ª) El periodo de prueba de doce meses incorporado a tales contratos no es contrario a la Constitución ni al Derecho de la UE. 3ª) Dada su duración indefinida, no podría pretenderse la obtención de indemnizaciones derivadas de la terminación de un contrato de trabajo de carácter temporal (art. 49.1.c.I ET). 4ª) Tampoco puede pretenderse la observancia del preaviso inherente a la terminación de los contratos de duración determinada que han superado el año (art. 49.1.c.IV ET), porque esa es la duración máxima del contrato de apoyo a emprendedores y porque, adicionalmente, aquí no se han superado los cuatro meses. 5ª) Queda por despejar la duda acerca de si otros enfoques, incluyendo la ausencia de un periodo razonable de preaviso cuando finaliza la relación laboral durante ese periodo de prueba a instancia de la empresa, arrojan un resultado distinto".

- "Consideramos que cuando el "periodo de prueba" del contrato de apoyo a emprendedores finaliza, por iniciativa empresarial y transcurrido el tiempo máximo de su duración ordinaria, el supuesto no puede subsumirse en la causa del artículo 49.1.b ET, como viene manteniendo nuestra doctrina. Puesto que el legislador ha querido extender a ese tiempo (insistamos, más allá del máximo que en la misma empresa es posible fijar para el resto de las modalidades contractuales) y a esa funcionalidad (atenta a las posibilidades económicas o similares de la empresa) la figura del desistimiento es claro que no cabe identificar como un despido esa voluntad empresarial. No, al menos, desde la perspectiva de las consecuencias indemnizatorias que derivan del artículo 49 ET y preceptos concordantes. Pero, aunque no estamos ante un despido objetivo, sino ante un desistimiento empresarial, su causa posee esa impronta y, del mismo modo que resulta inadecuado subsumir al supuesto en el artículo 49.1.b ET, cobra sentido la duda sobre si el preaviso debe operar en tal supuesto".

- "Las razones que nos conducen a estimarla pretensión de la trabajadora, bien que por argumentos sustancialmente diversos a los de la sentencia referencial: A) Pese a no estar ante un despido por causas objetivas, es claro el parentesco del desistimiento acaecido con tal figura ("causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"). El artículo 53.1.c) ET prescribe que en toda extinción por ese motivo debe existir "un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo", con independencia de cuánto haya durado la previa prestación de servicios. Puesto que el contrato de trabajo no finaliza por motivo inherente a la persona cesada y se está utilizando el desistimiento empresarial por razones análogas a las que justifican el despido objetivo, el silencio de la Ley 3/2021 bien podría considerarse compatible con la aplicación analógica de esta figura. El artículo 4.1 CC viene disponiendo que "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón". Existiendo en nuestro Derecho un plazo de preaviso de quince días para la comunicación de una extinción contractual por causas económicas, técnicas,

organizativas o productivas (art. 53.1.c ET), la identidad de razón que concurre respecto de casos como el ahora abordado inclina a extender la aplicación de referido plazo (o su equivalente monetario, si se incumpliere). Ello es así no por un deseo de equiparación entre situaciones entroncadas, pero no idénticas, sino porque la analogía (art. 4.1 CC) entre la causa por la que se admite el desistimiento empresarial y el despido objetivo impide subsumirlo en el artículo 49.1.b) ET, quedando entonces prácticamente al margen del listado legal y sin regulación específica. B) El artículo 20.2 ET dispone que "el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe". Este verdadero principio general de Derecho queda mal parado si el empleador conoce la existencia de problemas que convierten en inviables los puestos de trabajo generados al amparo de un contrato de apoyo a emprendedores y, estando exente de aplicar las reglas propias del despido por circunstancias objetivas, ni siquiera advierte a su empleada con cierta antelación de su próximo cese. Del mismo modo que para la dimisión de quien trabaja se exige la observancia de un plazo de preaviso (art. 49.1.d ET), el desistimiento empresarial en un periodo de prueba que se extiende más allá de lo adecuado a su genuina finalidad debiera ir acompañado de similar advertencia. C) En el caso del contrato de apoyo a emprendedores, la validez constitucional del periodo de prueba se ha basado en la atribución al mismo de una funcionalidad diversa a la propia que tal institución posee con arreglo a la dogmática implícita en su arquitectura jurídica y, desde luego, a nuestra consolidada doctrina. En esta modalidad contractual, cuando la terminación del periodo de prueba invocada por la empresa tiene lugar transcurrido el plazo máximo que, en condiciones ordinarias, sería posible debe entenderse que el desistimiento se basa en esa funcionalidad alternativa a la clásica. Desde luego, así sucede en el presente asunto. Aceptar que el periodo de prueba juegue como mecanismo de adecuación de plantillas sin los equilibrios propios del despido por causas objetivas u otras medidas de reestructuración empresarial es una decisión legislativa legítima, como se ha expuesto. Ahora bien, en la medida en que el diseño normativo lo permita, la propia nota de ajenidad inherente a la relación laboral (art. 1,1 ET) pide que exista cierta contraprestación o equilibrio. La observancia de un plazo de preaviso, inmediatamente anterior al cese material, o su equivalente monetario, aparece como un contrapeso adecuado. D) Por último, que la aplicación de tal plazo de preaviso concuerde con las exigencias de la CSE constituye resorte hermenéutico importante, sobre cuyo verdadero alcance, pese a no ser la única razón de nuestra decisión", conviene indagar detenidamente, dado que ha sido el principal argumento tanto de la recurrente cuanto de la sentencia referencial.

- "Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias.

- "Debemos recordar que, en el momento de producirse la terminación del contrato de trabajo de la recurrente, la CSE reconocía "el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo"; que el ejercicio de tal derecho debe asegurarse mediante convenios colectivos "o mediante cualquier otro procedimiento adecuado"; que no es posible reconducir el desistimiento enjuiciado a la categoría habitualmente activada; que no hay una regulación específica de tal negocio jurídico en el contrato de apoyo a emprendedores. No siendo adecuado trasladar al caso el régimen común del desistimiento durante el periodo de prueba, la previsión del artículo 4.4 de la CSE actúa como un resorte interpretativo auxiliar. Su remisión a los convenios colectivos puede inducir a pensar que no estamos ante una norma aplicable sin esa intermediación. Sin embargo, vale la pena recalcar la excepcionalidad del supuesto examinado y la interpretación del CEDS sobre incompatibilidad de la Ley 3/2012 con el artículo 4.4 de la CSE. Habida cuenta de que la intermediación que la CSE interesa no se dirige en exclusiva a los convenios colectivos y de que la interpretación concordante de las normas nacionales e internacionales constituye una exigencia de la unidad del ordenamiento (art. 9.1 CE)

consideramos que el precepto en cuestión opera como un relevante apoyo de la conclusión” alcanzada.

- “Como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada. De este modo, cuando la misión legal y constitucionalmente asignada al periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores (que la empresa pueda comprobar la viabilidad del puesto de trabajo creado) desemboca en un resultado negativo, el empleador puede desistir libremente de la relación laboral. Ahora bien, la analogía con el régimen propio del despido objetivo y la sintonía de esa facultad con la exigencia de la CSE invita a considerar exigible el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c ET”.

IX. Comentario

La sentencia aborda varias cuestiones planteadas por la trabajadora recurrente. La primera relativa a la valoración de los hechos probados y su revisión. Cuestión que lleva al TS a recordar los límites a la revisión fáctica en suplicación y las exigencias para interponer un recurso de casación de unificación de doctrina, por lo que, demostrada la falta de concurrencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la propuesta como contradictoria, declara que no puede entrar en el fondo de la cuestión. La segunda, relativa al carácter fraudulento del contrato de trabajo (en su modalidad de apoyo a emprendedores) y la consiguiente calificación como despido del cese acordado por la empresa durante el periodo de prueba. El TS rechaza la existencia de contradicción porque los presupuestos a partir de los que se sienta la correspondiente doctrina en la sentencia recurrida y en la de contraste son muy diversos.

Finalmente, la trabajadora planteaba el eventual derecho a percibir la indemnización correspondiente al plazo de preaviso cuando el contrato termina por desistimiento empresarial por entender aplicable el art. 4.4 de la Carta Social Europea (CSE). Aporta como sentencia de contraste la STSJ Canarias 28 de enero 2016, rec. 581/2015. La Sala de lo Social admite la contradicción y entiende que la conclusión acertada se contiene en la sentencia de contraste, si bien indicando expresamente que llega al mismo resultado, pero no por los argumentos en ella contenidos. De este modo, la Sentencia del TS opta por la vía intermedia, esto es, la de ofrecer una doctrina unificada propia (lo que no supone incongruencia, como especificó en su momento la STC 172/1994) sobre la necesidad de que el empresario preavise el desistimiento en este específico contrato.

El TS comienza indicando que el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores no puede identificarse con uno de duración determinada (es claramente de carácter indefinido), por lo que no cabe la aplicación de la indemnización legal prevista por la llegada del término convenido propia de los contratos de duración determinada, ni exigir al empresario el preaviso inherente a la extinción de los contratos de duración determinada que han sobrepasado el año de duración (inaplicación del art. 49.1.c ET). Recuerda también por qué el periodo de prueba contemplado en dicho contrato no es contrario a la Constitución, al tratarse de una medida legislativa legítima, coyuntural, de incentivo del empleo cuya función dogmática es “específica” y particular habida cuenta de que no se corresponde única y estrictamente con la prevista con carácter general en el art. 14 ET, sino que persigue también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo (SSTC 119/2014 y 8/2015); sin que tampoco parezca que este contrato sea contrario al Derecho de la UE, ya que el propio TJUE rechazó tener competencia para resolver esta cuestión sobre la base del derecho europeo aplicable (STJUE 5 febrero 2015, C-117/14). Pero pone de relieve que el Comité de expertos (ahora comité europeo de derechos sociales), en sus conclusiones sobre el cumplimiento de cada Estado de los compromisos asumidos XX-3 (2014), consideró que este particular contrato colisionaba con el art. 4 de la Carta social europea, entre otras razones, precisamente por la ausencia de previsión de un preaviso para extinguir el contrato durante el dilatado periodo de prueba.

De ahí que la Sala examine si la necesidad de un preaviso cuando la empresa finaliza la relación laboral en ese periodo de prueba puede derivarse de alguna otra

figura jurídica. Examina su doctrina sobre el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, la tipicidad extintiva y la tipicidad de las causas extintivas e indemnizatorias. Concluye que el desistimiento en periodo de prueba no lleva consigo ningún tipo de indemnización, salvo que la misma se derive de otras previsiones, ni obliga a ningún preaviso (arts. 14 y 49.1.b ET), como lo demuestra el hecho de que el legislador lo prevea expresamente cuando así lo desea (como en el caso de las relaciones laborales de alta dirección o en el empleo doméstico). No obstante, precisa que ello es así cuando se trata de “un verdadero y genuino periodo de prueba” y ante un desistimiento empresarial ajustado a tal caracterización. De modo que, cuando el establecimiento del periodo de prueba se debe a otro fundamento, “quiebra” la base en la que se asienta la regulación legal y su interpretación jurisprudencial. En el caso examinado quedó acreditado que la empresa activó el desistimiento por sus problemas de viabilidad y no por cuestiones atinentes a la forma de desempeño de la actividad de la persona trabajadora. El desistimiento empresarial estaba ligado a la imposibilidad de consolidar los empleos creados y se produjo en un momento en que se superaba la duración máxima del periodo de prueba prevista con carácter general en el convenio colectivo aplicable para el perfil profesional de la recurrente (2 meses) y que la decisión afectó a otros 27 contratos. Por ello, el TS declara que cuando el periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores finaliza por iniciativa empresarial y una vez transcurrido el tiempo máximo de su duración ordinaria, el supuesto no puede subsumirse en la causa del art. 49.1.b ET (causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo, donde se ubica dogmáticamente el desistimiento general en periodo de prueba). Pero tampoco cabe subsumir el supuesto en un *despido* cuando se procede al desistimiento empresarial porque el legislador ha querido extender el periodo de prueba más allá del resto de modalidades contractuales y con una funcionalidad vinculada a las posibilidades económicas de la empresa; figuras diferentes (desistimiento y despido), al menos desde las consecuencias indemnizatorias previstas para el despido objetivo. La última duda que le resta por resolver al TS es, entonces, si aunque no son equiparables a efectos de indemnización, debe entenderse que sí lo son a efectos del preaviso. Es decir, si cabe una aplicación analógica con el despido objetivo en relación con la obligación de preaviso contemplado en el art. 53.1.c) ET para todos y cada uno de los supuestos de extinción objetiva del contrato. Y es aquí donde la Sala de lo social declara la concurrencia de elementos interpretativos suficientes para responder afirmativamente y entender que también en este contrato indefinido se debe proceder a un preaviso de 15 días por parte del empresario cuando activa su decisión extintiva con independencia de la duración del contrato de trabajo.

Los motivos esgrimidos por la Sala de lo Social son los siguientes. La interpretación analógica (art. 4.1 CC) con el despido objetivo por causas ETOP habida cuenta de la identidad de fundamento y de la ausencia de regulación legal específica. Las exigencias de la buena fe recíproca en la relación laboral (art. 20 ET) se verían entredicho si el empresario que^[1] conoce que los puestos no son viables y que está exento de la aplicación del periodo de preaviso propio del despido objetivo, no advierte al empleado con cierta antelación de su cese, como sí se exige cuando es el trabajador quien dimite. La ajenidad de la relación laboral que exige cierto equilibrio en las contraprestaciones. Por la conformidad que tal exigencia de plazo de preaviso genera con la Carta Social Europea (CSE).

A este último argumento la sentencia le dedica en exclusiva el noveno fundamento donde el TS aprovecha para clarificar algunas cuestiones en torno al control de convencionalidad difuso de los jueces y tribunales. Conviene recordar que es en la STC 140/2018 (Ponente F. Valdés Dal-Re) donde se reconoce por vez primera de modo expreso el control de convencionalidad difuso, esto es, la posibilidad de que los órganos judiciales nacionales hagan efectivo el principio de prevalencia o superioridad de los Tratados internacionales sobre las leyes nacionales internas. Aunque el TC había ya señalado con anterioridad que la disconformidad de una norma interna con un Tratado internacional no era un problema de su competencia, porque los Tratados no constituyen canon de constitucionalidad, y que a quienes corresponde determinar la selección de la norma aplicable es a los jueces y tribunales, lo cierto es que, partir de

esta Sentencia esta idea quedó declarada expresamente. En el FJ 6 de esta sentencia se permite expresamente el control difuso de convencionalidad que tiene lugar en el ámbito interno de cada Estado parte y que básicamente es un acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional, pudiendo inaplicar la norma interna contraria a los mismos. La virtualidad que tal declaración suponía para los derechos sociales, en especial como vía de entrada de interpretaciones sociales más amplias derivadas de los Tratados internacionales especializados (como los de la OIT, o la CSE y su interpretación por el CEDS) se puso rápidamente en evidencia. Pero también se advertía de los excesos a que podría dar lugar si se utilizaba por los órganos judiciales a modo de interpretación “alternativa” del Derecho no controlable constitucionalmente, salvo por los mecanismos generales de motivación del art. 24.1 CE (razonabilidad, ausencia de arbitrariedad y de error patente)^[2].

El TS, en una línea que opta por la contención^[3], opta por acotar sabiamente el alcance del control de convencionalidad ofreciendo cierta seguridad jurídica en esta materia. En concreto, la Sentencia recuerda que los Tratados y acuerdos internacionales son de aplicación directa “a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes” (art. 30.1). El intérprete debe así verificar si la norma internacional es clara e incondicionada, con carácter previo a proceder a una libre inaplicación de una norma nacional. Traslada así al ámbito de los Tratados internacionales en general, el mecanismo conocido propio de la eficacia directa de las disposiciones del Derecho de la UE. A contrario, cuando la norma del Tratado no reúne dichas características, el órgano judicial no podrá inaplicar el derecho interno. Como declara la Sentencia, como el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no todo él posee la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. De ahí que la decisión adoptada de considerar aplicable un plazo de preaviso empresarial cuando se extingue el contrato de apoyo a emprendedores durante el periodo de prueba, coincidente con los 15 días previstos para todos los supuestos extintivos del despido objetivo, constituya una solución específica, particular por la peculiaridad del supuesto examinado, que “no prejuzga lo que proceda en otras materias” donde, sólo a la vista de cada una de las prescripciones que fueran aplicables, cabría adoptar una decisión sobre ese particular.

En definitiva, habrá que analizar en cada caso qué precepto es aplicable de la Carta Social Europea -o de cualquier otro Tratado internacional- para comprobar si reúne los requisitos propios de la eficacia directa. Sólo una vez que es clara su aplicación, así como la existencia de contradicción con la norma nacional (en tanto, aunque nada diga el TS, podría también aplicarse aquí la doctrina de la interpretación conforme, por ser más respetuosa con el principio democrático -representado por las mayorías parlamentarias que aprueban la norma nacional- que la unilateral dejación de la norma nacional por el parecer de un órgano judicial, especialmente si es unipersonal), cabrá apartar la norma nacional por contraria al Tratado internacional. En todo caso, estos lógicos límites, hacen surgir la duda de qué ocurre cuando el Tratado internacional (por ejemplo, CSE) llega a conclusiones directamente aplicables contrarias al Derecho de la UE o la interpretación de éste realizada por el TJUE. El principio de primacía, a mi juicio, obligaría al órgano judicial a aplicar la norma comunitaria inaplicando la normativa nacional contraria a la misma, incluido el Tratado ratificado que forma parte del ordenamiento interno. Veremos cómo evolucionan los perfiles supremos del control de convencionalidad y los resquicios que tratan siempre de encontrar los órganos inferiores inducidos por sagaces juristas.

Referencias:

1. [^] *Sobre este control JIMENA L., “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, RGDTSS n. 53 (2019), pp. 434-461; LLOBERA VILA*

- M., “El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales: STC núm. 140/2018, de 20 de diciembre, NREDT, n. 222/2019, pp. 252-262.
2. ^ NOGUEIRA GUASTAVINO M., “El derecho internacional social europeo y los Convenios Fundamentales de la OIT: luces y sombras del control difuso de convencionalidad en España”, RMTES n. 14/2020, pp. 421-451
 3. ^ GOERLICH PESET J.M. El control de convencionalidad ante el TS, Foro de Labos, 11 de mayo 2022.