

**JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 2 DE BARCELONA**

Sentencia 412/2013, de 19 de noviembre de 2013

Rec. n.º 426/2013

**SUMARIO:**

*Contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Establecimiento de un periodo de prueba de un año. Trabajador con categoría de peón, cuyas funciones consisten en llevar neumáticos de un sitio a otro, que es cesado días antes del cumplimiento del año. Despido improcedente. El art 4.3 del RDL 3/2012 vulnera el art 4.4 de la Carta Social Europea, pues no fija plazo de preaviso ni indemnización por finalización del contrato durante el periodo de prueba mencionado, no pudiéndose entender como razonable un plazo tan largo para evaluar las capacidades del trabajador en relación a las tareas descritas. De igual forma, el RDL 3/2012, contraviene la legislación nacional, puesto que a través del contrato de emprendedores con un periodo de prueba de un año, se excluye la aplicación del art. 15 del ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal. En consecuencia, lo que debe aplicarse es el ET, que remite al Convenio Colectivo de aplicación en la materia.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 14.

Carta Social Europea, art. 4.4.

RDL 3/2012 (Reforma del mercado laboral), art. 4.3.

**PONENTE:**

*Doña María Luisa Sanz Anchuela.*

**Juzgado de lo Social n.º 2**

Barcelona

Procedimiento: Despido n.º 426/13

**SENTENCIA n.º 412/13**

En Barcelona, a diecinueve de noviembre de dos mil trece.

Vistos por mí, D<sup>a</sup> María Luisa Sanz Anchuela, Magistrada Juez del Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona, los presentes autos n.º 426/13, seguidos a instancia de Elías contra Alfredo Mesalles, S.A., habiendo sido citado el FOGASA y el Ministerio Fiscal, en materia de despido, en los que constan los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

En fecha 19.04.2013 tuvo entrada en este Juzgado demanda suscrita por la parte actora contra Alfredo Mesalles, S.A., en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró le asistían, terminó suplicando que se dictara sentencia declarativa de la improcedencia del supuesto despido sufrido el día 22.03.2013.

**Segundo.**

Que señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio, éstos tuvieron lugar el día 5.11.2013, compareciendo la parte actora y la empresa demandada.

En trámite de alegaciones la actora se afirmó y ratificó en su escrito de demanda.

La empresa demandada manifiesta que existiendo periodo de prueba no superado no existe despido, estando conforme con la categoría y antigüedad postulados por el actor. En cuanto al salario postuló el de 1094,48 euros brutos anuales

Las partes propusieron las pruebas que estimaron convenientes y que fueron admitidas y practicadas con el resultado que es de ver en autos. En conclusiones las partes solicitaron una sentencia de acuerdo con sus pretensiones, quedando los autos vistos para sentencia.

**Tercero.**

En la tramitación de este procedimiento se han observado los requisitos legales.

**HECHOS PROBADOS****Primero.**

El demandante Elias, mayor de edad, suscribió contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores con la empresa demandada el 30.03.2012, con una jornada semanal de 40 horas y con la categoría de peón. En la cláusula segunda del contrato se estableció un periodo de prueba de un año (f. 86, 87)

**Segundo.**

Las funciones del actor consistían en coger los neumáticos del lugar en que se encontraban y dejarlos en el montón destinado al reciclado o en el de pavimentado (interrogatorio empresa)

**Tercero.**

EL actor ha venido percibiendo un salario mensual bruto con prorrata de pagas extras de 1094,48 euros (f. 90 a100)

**Cuarto.**

Por carta de 22.03.2013, y efectos de esa fecha, la empresa comunicó al actor la finalización de su contrato por no superar el periodo de prueba (f. 105)

**Quinto.**

En fecha 22.07.2013 tuvo lugar el intento de conciliación entre las partes terminando sin acuerdo. La papeleta se presentó el 17.04.2013 (f. 63)

**Sexto.**

El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante unitario o sindical de los trabajadores.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97.2 LRJS se hace constar que los anteriores hechos probados son el resultado de la valoración de los medios de prueba practicados en el acto del juicio y que constan reseñados en cada hecho probado.

**Segundo.**

Postula en la demanda el actor un salario mensual bruto con prorrata de pagas extras de 1120,41 euros, que intenta modificar en alegaciones iniciales incrementándolo. La alegación debe rechazarse al constituir una modificación sustancial de la demanda, excluida en virtud del art. 85.1 LRJS .

En demanda se postula un salario superior manifestando que el actor realiza una jornada de 50 horas semanales, lo que comportaría 10 horas extras cada semana. La STSJ Catalunya de 6.09.2005, seguida posteriormente por otras como la de 22.12.2008, señala que respecto al concepto de horas extraordinarias que:

"Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, que asume esta Sala, contenida en Sentencia de 23 de enero de 2.001, entre otras, se recuerda que: "(...) a tenor de lo prevenido por el núm. 5 del art. 35 del E.T, es el empresario quien tiene la facultad y deber de controlar la realización de las horas extraordinarias por el trabajador registrándolas día a día y entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente lo que, en buena lógica y con deductivo razonar, cuando no consta que el empleador haya cumplido con tal deber pueda implicar ni hacer recaer sobre el empleado el deber de tal acreditación. (...)".

Y en la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2.000 : " (...) que la Sala debe partir del contenido del relato fáctico para examinar la aplicación hermenéutica desarrollada en la instancia y en el caso que nos ocupa y tal como se ha adelantado ut supra, los hechos no han sido combatidos y por ello debe partirse de lo allí objetivado, entre cuyos extremos está la realización regular de una jornada superior a la ordinaria y por lo tanto debe aplicarse la jurisprudencia señalada en la resolución recurrida, según la cual, y a diferencia de la realización casual de horas extraordinarias cuya acreditación incumbe al actor que reclama, ex art. 1214 C.Civil no es menos cierto que en el caso de acreditarse la realización de una jornada superior de modo constante y reiterado en el tiempo, no se precisa la prueba de hora a hora y día a día, sino que la prueba se contrae a justificar la existencia de esa superior jornada, tal como ha sido constatado por el Juez "a quo" y por lo tanto no puede prosperar la censura jurídica basada en tal interpretación. (...)".

En nuestra sentencia de fecha 3 de mayo de 2000, recordando la doctrina del Tribunal Supremo, señalamos: " (...) si bien es verdad que frente a la norma general de necesidad de probar por parte de quien la invoque en su favor la realización de horas extraordinarias, la doctrina del Tribunal Supremo sustentada entre otras coincidentes sentencias que el escrito de formalización del Recurso refiere y las de 3 de Febrero, 10 de Abril, 10 de mayo y 22 de diciembre de 1992 y 24 de junio de 1995, que cuando la jornada laboral llevada a cabo por el trabajador es uniforme y supera la establecida como ordinaria basta con acreditar esta circunstancia para demostrar también la habitualidad en la realización del exceso como horas extraordinarias, es claro que la aplicabilidad de tal doctrina supone y presupone la acreditada constatación o probada realidad de una jornada laboral habitual o continuadamente llevada a cabo por encima o con exceso de la establecida como propia u ordinaria, sin que en su cómputo pueda incluirse el tiempo de permanencia sin más a expectativa de la empresa, denominado tiempo de disponibilidad, como afirma el mismo Tribunal Supremo entre otras sentencias de 11 de julio de 1990, 18 de febrero de 1991, 21 de diciembre de 1993 y 15 de julio de 1996 ya que durante el mismo no se lleva a cabo la prestación de trabajo efectivo (...). (...)".

Por ello, lo que debe acreditarse para estimar la demanda es que el trabajador realiza de forma constante y reiterada una jornada superior a la ordinaria, lo que no se ha hecho. No presenta el Sr. Elias prueba alguna que indique siquiera indiciariamente que realizaba horas extras.

En sus conclusiones la defensa del actor manifiesta que como la empresa no lleva el registro de la jornada, como impone el art. 35.5 ET, debe entenderse probado que sí se realizaban horas extras en base al art. 91.2 LRJS . No puede llegar a esa conclusión esta Juzgadora porque el hecho de que la empresa no registre la jornada no puede comportar per se que se estime que se trabajan horas cuando no existe un mínimo indicio de que éstas se realizan. Corresponde a la parte actora, en virtud del art. 217 LEC acreditar que lleva a cabo un exceso de jornada, y en el caso de autos no lo ha hecho, por lo que la falta de prueba sólo se puede imputar al trabajador. Además, el art. 91.2 LRJS se aplica cuando el interrogado no comparece sin justa causa a declarar, rehúsa hacerlo o persiste en no responder afirmativa o negativamente, cosa que en el caso de autos no concurre.

Por todo ello, el salario regulador del despido debe ser el postulado por la empresa.

### **Tercero.**

Alega el Sr. Elias que ha venido trabajando para la empresa después de superar el periodo de prueba, que según el art. 10 del Convenio colectivo de recuperación de residuos y materias primas secundarias es de 2 semanas para el personal obrero, ampliable a 6 meses. La empresa se opone al haber formalizado el contrato al amaro de lo establecido en el art. 4 del Real Decreto Ley 3/12 .

El art. 4 de la citada norma establece:

"Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores.

1. Con objeto de facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial, las empresas que tengan menos de 50 trabajadores podrán concertar el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores que se regula en este artículo.

2. El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca.

3. El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por

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

4. La empresa tendrá derecho a aplicar los siguientes incentivos fiscales:

a) En el supuesto de que el primer contrato de trabajo concertado por la empresa se realice con un menor de 30 años, la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal de tres mil euros.

b) Adicionalmente, en caso de contratar desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo regulada en el Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal con un importe equivalente al 50 por ciento de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de doce mensualidades, y de acuerdo con las siguientes reglas:

1.º) El trabajador contratado deberá haber percibido la prestación durante, al menos, tres meses en el momento de la contratación.

2.º) El importe de la deducción a que tiene derecho la empresa quedará fijado en la fecha de inicio de la relación laboral y no se modificará por las circunstancias que se produzcan con posterioridad.

3.º) La empresa requerirá al trabajador un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

El trabajador contratado podrá voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por ciento de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación.

En todo caso, cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario en los términos del párrafo anterior, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, siendo de aplicación lo establecido en los arts. 212 y 213 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

5. Con independencia de los incentivos fiscales anteriormente citados, las contrataciones de desempleados inscritos en la Oficina de empleo darán derecho a las siguientes bonificaciones, siempre que se refieran a alguno de estos colectivos:

a) Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

b) Mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Estas bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

6. No podrá concertar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores a que se refiere el presente artículo, la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo.

7. Para la aplicación de los incentivos anteriormente referidos, el empresario deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, procediendo en caso de incumplimiento de esta obligación a su reintegro.

No se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

8. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación.

9. En lo no establecido en este artículo serán de aplicación las previsiones contenidas en la sección I del capítulo I de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, salvo lo establecido en el art. 6.2 en materia de exclusiones".

#### **Cuarto.**

El apartado 3 del art. 4 RD Ley 3/12 establece cuál es el régimen jurídico aplicable a los contratos de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores: El Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y el convenio colectivo de aplicación en la regulación del contrato por tiempo indefinido, con la única excepción " de la duración del período de prueba a que se refiere el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso". Esto comporta que la duración del periodo de prueba a que se refiere el art. 14 ET, que remite al Convenio colectivo en cuanto a los límites máximos, para este tipo de contratos es de un año como máximo por disposición de norma con rango de ley. En consecuencia, lo establecido en el Convenio colectivo para el periodo de prueba en cuanto al límite máximo de duración no sería aplicable al contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores, siendo de aplicación el RD Ley 3/12 en virtud del principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE, no pudiendo contravenir el principio de norma más favorable ( art. 3.3 ET ) el de jerarquía normativa ( SSTS 15.11.2001, 15.04.1999 ).

Sin embargo entiende esta Juzgadora que debe analizarse si el art. 4.3 del RD Ley 3/12 contraviene la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España por Instrumento de 29.04.1980, como sostiene la defensa del actor en conclusiones. El Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó un protocolo adicional, de 5 de mayo de 1988, ratificado por España el 7 de enero de 2000, que hizo lo propio con el protocolo de 21.10.1991 (ratificado el 24.01.2000), siendo la última revisión de la Carta el 3 de mayo de 1996, no habiendo procedido España a su ratificación. Tampoco España ha ratificado el Protocolo de 1995 que permite la presentación de reclamaciones colectivas.

La Carta Social Europea es una norma internacional que forma parte del derecho interno ( art. 10.2 y 96 CE ) y que 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. Corresponde a la Comisión Europea de Derechos Sociales velar por la correcta aplicación de la Carta, por lo que sus decisiones son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales.

En el caso de autos debe traerse a colación la Decisión de 23 de mayo de 2012 (reclamación 65), que resuelve la reclamación planteada por la Federación General de trabajadores de la Empresa nacional de energía eléctrica (GENOP-DEI) y la Confederación de Sindicatos de Funcionarios Griegos (ADEDY) en relación al art. 17.5 de la Ley 3899 de 17.12.2010 de Grecia, que establece la ampliación del periodo de prueba en el trabajo de dos a doce meses para todos los trabajadores, sin disposiciones especiales según su especialización y la especificación del trabajo para el que son contratados, durante el que la empresa tiene derecho a rescindir la relación laboral sin aviso previo, no teniendo el trabajador derecho a percibir indemnización alguna, salvo que se haya pactado en contra por las partes contratantes. Los reclamantes solicitan que se declare la violación del art. 4.4 de la Carta argumentando que la duración del periodo de prueba debe estar en función de la cualificación que tenga un trabajador, no pudiendo ser la misma para todos los trabajadores, que esa duración va en contra del principio de proporcionalidad reconocido por la Carta Europea de los Derechos del Hombre y por el TJUE, y que todo trabajador tiene derecho a un plazo de preaviso razonable cuando el empresario va a dar por finalizada la relación laboral. Para resolver la cuestión, el Comité hace mención a los siguientes aspectos:

1-que el derecho a la notificación razonable debe aplicarse a todas las categorías de empleados, independientemente de su estado/grado y debe aplicarse también durante el periodo de prueba. Por eso la legislación nacional debe garantizar que ningún trabajador quede desprotegido.

2-que el Comité no ha definido en abstracto el concepto de notificación razonable, ni se ha pronunciado sobre la función del preaviso o de la indemnización porque se deben examinar los asuntos caso por caso, pero el principal criterio para ello es la antigüedad, llegando a la conclusión, por ejemplo, de que el aviso inferior a un mes después de un año de trabajo es contrario a la Carta.

3- que el objetivo del preaviso razonable es que la persona disponga de un cierto tiempo para buscar otro trabajo mientras percibe su salario. En este sentido la percepción de los salarios en lugar del preaviso es aceptable, siempre que la suma pagada fuese equivalente a la que el trabajador hubiese recibido durante el mismo periodo de preaviso.

4-la única justificación aceptable para un despido inmediato es una falta grave.



Continua indicando el Comité que no se ha pronunciado específicamente sobre el periodo de prueba, pero que en todo caso su extensión temporal debe atender a las condiciones requeridas para el puesto ocupado o de las circunstancias en que la ampliación del mismo se puede considerar como aceptable. En todo caso el periodo de prueba permite al empleador verificar las cualificaciones de los empleados y si éstos reúnen los requisitos del puesto de trabajo, pero no se puede interpretar de manera tan amplia, ni el periodo puede ser tan extenso, que las garantías sobre notificación e indemnización se vuelvan ineficaces.

De esta manera, el Comité entiende que el art. 17.5 de la Ley 3899 de 17.12.2010, que no prevé plazos de preaviso ni indemnización por finalización de contrato en los casos en que un contrato de trabajo indefinido se acabe durante el periodo de un año de prueba fijado por ella misma, constituye una violación del art. 4.4 de la carta de 1961, no pudiendo considerar en ningún caso como razonable un periodo de prueba de un año según lo que debe entenderse por dicho concepto.

Por resolución de 5.02.2013, el Comité de Ministros adoptó por unanimidad la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales en relación a la violación por la ley griega del art. 4.4 de la Carta (Resolución CM/ResChS (2013) 2).

### **Quinto.**

El caso objeto de autos es idéntico al analizado por el Comité de Derechos Sociales, pues estamos aquí ante un contrato indefinido (para emprendedores) con un periodo de prueba de un año, sin que la ley prevea ni plazo de preaviso ni indemnización a su finalización dentro de ese período de prueba.

El art. 4.4 de la Carta dispone que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes Contratantes se comprometen "a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo".

Siguiendo la decisión del Comité, no puede llegarse a otra conclusión que el art. 4.3 del RD Ley 3/12 vulnera el art. 4.4 de la Carta pues no fija ni plazo de preaviso ni indemnización por finalización del contrato durante el periodo de prueba de un año, no pudiéndose entender como razonable un plazo de prueba de un año en el caso objeto de esta litis, como señala el Comité, pues los requerimientos del puesto de trabajo del actor, peón que lleva neumáticos de un sitio a otro, no requieren de un año para que el empleador evalúe sus capacidades en atención a sus tareas. A mayor abundamiento hay que indicar que el RD Ley esta contraviniendo la legislación nacional en materia de contratación temporal, puesto que a través del contrato de emprendedores con un periodo de prueba de un año, durante el cual el empleador puede dar por finalizado el contrato sin preaviso ni indemnización, se excluye la aplicación del art. 15 ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal. El RD Ley convierte al contrato de emprendedores en un contrato temporal carente de causa, algo prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

Es cierto que el RD Ley se dicta en el marco de una situación de crisis económica, pero también es cierto que durante esa situación no se puede desproteger a los trabajadores de sus derechos. Y en este sentido ya en la introducción general a las Conclusiones XIX-2 (2009) el Comité indicó, en relación a las repercusiones económicas de la crisis económica sobre los derechos sociales que dicha crisis no podía tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la carta y, por lo tanto, que los Gobiernos estaban obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los derechos de la Carta fuesen especialmente garantizados en el momento en que la necesidad de protección se hace sentir más.

Todo ello debe llevar a la conclusión de que el apartado 4.3 del RD Ley no puede ser aplicado por contravenir una norma de rango superior, el art. 4.4 de la Carta, pues no fija ni preaviso ni indemnización por finalización de un contrato indefinido dentro del periodo de prueba de un año, plazo que es excesivo y carente de causa, y en consecuencia, lo que debe aplicarse es el ET, que remite al Convenio colectivo de aplicación en la materia.

Las decisiones del Comité constituyen Jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales, y en este sentido lo recoge las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de noviembre de 2012 (rec. 494/12 ), o de 8 de marzo de 2011, (rec. 2256/2008 ), entre otras. Por todo ello, es posible que un órgano jurisdiccional resuelva de forma contraria a lo regulado en una norma interna, cuando su contenido es contrario a lo que regula un Tratado internacional o a la interpretación que realiza el órgano que lo supervisa. Y así lo han expresado las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre o 136/2011, de 13 de septiembre, en las que se determina que "(...) tanto los tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado pueden constituir "valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce", valor que se atribuye con fundamento en el art. 10.2 CE, a cuyo tenor, y según hemos destacado en otros pronunciamientos, "las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España ( art. 10.2 CE ); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por

esos mismos tratados y acuerdos internacionales " ( STC 116/2006, de 24 de abril o STC 198/2012, de 6 de noviembre ). En el mismo sentido, los Autos TS, Contencioso-administrativo, de 6 de noviembre de 2007, rec. 4693/2003, y de 20 de octubre de 2005, rec. 7869/2002, entre otros, contienen una mención al juicio de convencionalidad.

El convenio de aplicación establece un periodo de prueba de dos semanas para el personal obrero (como el actor), con posibilidad de ser ampliado a seis meses. Por ello, la finalización del contrato el 22.03.2013, fuera del periodo de prueba convencionalmente establecido constituye un verdadero despido carente de causa, que debe ser declarado por ello improcedente, a tenor de lo establecido en el art. 55.3 y 4 en relación con el art. 108 LRJS, y con los efectos que asimismo disponen el art. 56 del E.T. y el art. 110 de la LRJS tras la reforma operada por la Ley 3/12 de 6 de julio, que entró en vigor el 8.07.2012, por lo que en caso de opción por la readmisión el trabajador tendrá derecho a salarios de tramitación 86,39 euros brutos diarios (2627,70x12/365), y en caso de extinción el actor tendrá derecho a una indemnización calculada a razón de 45 días de salario por año de servicios prestado por el tiempo de prestación de servicios anterior a 12.02.2012 y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, sin que pueda resultar el importe indemnizatorio superior a 720 días (D.T 5ª), salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12.02.2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Realizando los cálculos legales, y para el caso de opción, al demandante le correspondería una indemnización de 1.187,34 euros (28.244,73 euros de 30.03.2012 a 22.03.2013, 1 año), siendo en su caso el importe de los salarios de tramitación de 35,98 euros brutos diarios (1094,48x12/365).

#### **Sexto.**

En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 56 ET hay que señalar que no existe elemento alguno que haga motivar la cuestión, ni por la redacción dada por el RD Ley 3/12, ni, evidentemente por la Ley 3/12, aplicable al caso de autos. En cuanto al RD Ley, simplemente debe esta Juzgadora reproducir el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia dictada por este Juzgado de 16.11.2012, autos 632/12, sobre la misma cuestión:

"TERCERO-No considera esta Juzgadora que concurra causa alguna para interponer cuestión de inconstitucionalidad. Como se indica en el Auto del Tribunal Constitucional 85/2011, de 7 de junio, por el que inadmite a trámite cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Social de la Audiencia Nacional en relación al art. 1 del Real Decreto Ley 8/2010 se indica que para que el Gobierno legisle por el procedimiento excepcional del Real Decreto Ley se exigen dos requisitos, uno positivo, pues deben concurrir las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, y otro negativo, pues aunque concurren no se puede afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electora general.

El primer requisito concurre conforme a lo que indica la exposición de motivos del texto legal: "La gravedad de la situación económica y del empleo descrita exige adoptar una reforma inmediata que proporcione a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo. La extraordinaria y urgente necesidad que exige el art. 86 de la Constitución Española para legislar mediante real decreto-ley se justifica por la situación del mercado laboral español. Este real decreto-ley pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores".

En cuanto al segundo requisito, (el límite material), debemos estar a lo que ya resolvió el citado Auto TC en el fundamento jurídico séptimo:

"En relación con el límite material que para la figura del decreto-ley resulta de la prohibición de "afectar ... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I" CE, que es el concernido en este caso, este Tribunal ha rechazado una interpretación expansiva del mismo, pues se "sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno al vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquiera aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo 'afectar' de un contenido literal amplísimo", lo que conduciría "a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el título I" CE ( STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8). Frente a esa interpretación, una reiterada doctrina constitucional ha venido manteniendo en la interpretación de los límites materiales del decreto-ley una posición equilibrada que evite las concepciones extremas, de modo que la cláusula restrictiva del art. 86.1 CE ("no podrán afectar") debe ser entendida de modo que no reduzca a la nada el decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución "del que es posible hacer uso para dar respuesta

a las perspectivas cambiantes de la vida actual" ( STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5). De conformidad con ese criterio hermenéutico, lo que le esta vedado al decreto-ley, por el juego del límite material ahora examinado, es la regulación del "régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE" o que "se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos" ( STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8), de modo que, de aquel límite se infiere o concluye, que el decreto-ley "no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales" de los derechos, deberes y libertades del título I CE ( SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7 ; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6 ; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7 ; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7, por todas). Asimismo, hemos declarado también que al interpretar el límite del art. 86.1 CE este Tribunal no debe atender al modo cómo se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, sino más bien al examen de si ha existido "afectación" por el decreto-ley de un derecho, deber o libertad regulado en el título I CE. Lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho, deber o libertad afectado en cada caso e incluso su colocación en el texto constitucional y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate ( SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2 ; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 8 ; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6 ; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7 ; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7 ; y 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 8)".

En el caso de autos se invoca la vulneración del art. 14 CE, dentro del Título I CE, pero examinado el artículo 56 ET, tras la redacción dada por el RD Ley, es evidente que no se modifica ni el régimen general ni los elementos esenciales de esos derechos. Asimismo, el cumplimiento de los requisitos para la adopción del Real Decreto Ley 3/2012 determina la no vulneración del resto de preceptos invocados.

Por ello, debe estimarse ajustada a derecho la norma contenida en el art. 56 ET, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2012 ".

#### **Séptimo.**

En cuanto a la declaración de temeridad solicitada por ambas partes, la misma debe rechazarse pues no encuentra esta Juzgadora motivos para concluir que uno de los litigantes actuó de mala fe o con notoria temeridad, no debiéndose aplicar el art. 97.2 LRJS .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente observancia.

#### **FALLO**

Estimo en parte la demanda interpuesto por Elias contra Alfredo Mesalles, S.A, habiendo sido citado el FOGASA y el Ministerio Fiscal, y declaro improcedente el despido sufrido por el actor el 22.03.2013, condenando a Alfredo Mesalles, S.A a estar y pasar por tal declaración, y a que readmita al demandante en su mismo puesto de trabajo y en iguales condiciones a las que regían la relación laboral con anterioridad al despido, con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la readmisión, a razón de 35,98 euros diarios o hasta que el trabajador hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación; o, a su opción, que deberá ejercitar en el improrrogable plazo de cinco días, a que abone al demandante una indemnización en cuantía de 1.187,34 euros, absolviendo al FOGASA, sin perjuicio de sus responsabilidades legales.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, anunciándolo ante este Juzgado por comparecencia o por escrito en el plazo de los cinco días hábiles siguientes al de la notificación del presente fallo, siendo indispensable que al tiempo de anunciarlo acredite la parte que no ostente el carácter de trabajador y no goce del beneficio de justicia gratuita haber consignado el importe íntegro de la condena en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, o presente aval solidario de Entidad Financiera por el mismo importe; depositando además la cantidad de 300 euros, y sin cuyos requisitos no podrá ser admitido el recurso. Junto con el escrito de interposición del recurso de suplicación, el recurrente deberá acompañar el justificante de haber pagado la tasa prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, "por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses". Dicho justificante de pago deberá acompañarse en el modelo oficial previsto en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre. En caso de no acompañarse, no se dará curso al escrito de interposición del recurso.

Así, por ésta, mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN-** La anterior sentencia ha sido pronunciada y publicada por la Magistrada Juez que la dictó el mismo día de su fecha y en Audiencia pública; se incluye el original de esta resolución en el libro de Sentencias, poniendo en los autos certificación literal de la misma y se remite a cada una de las partes un sobre por correo certificado con acuse de recibo, conteniendo copia de ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 y concordantes de la LRJS . Dox fe.



