

TESIS DOCTORAL

EL PERÍODO DE PRUEBA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Doctorando: María José Asquerino Lamparero

Director: Dr. D. Jaime Castiñeira Fernández.

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN Y RATIO.....	7
--	----------

CAPÍTULO I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

I.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.-

1.1.- La noción inicial del período de prueba.....	11
1.2.- Recorrido histórico.....	14
1.2.1.-Ley de Aprendizaje de 17 de julio de 1911 y sus concomitancias con el Código de Trabajo de 1926.....	15
1.2.2.-La Ley de Contrato de Trabajo.....	19
1.2.3.-La Ley de Relaciones Laborales, Ley 16/1976, de 8 de abril.....	20
1.2.4.-El Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980 de 10 de marzo.....	29
1.2.5.-El Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.....	34

II.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

2.1.-Las opciones doctrinales de encuadre jurídico.....	36
2.2.-La condición resolutoria.....	37
2.3.-La condición suspensiva.....	40
2.4.-El precontrato de trabajo.....	41
2.5.-El contrato de ensayo.....	42
2.6.-El contrato de trabajo especial.....	43
2.7.-Conclusiones iniciales.....	44

III.-EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PERIODO DE PRUEBA.-

3.1.-El principio de conservación del negocio.....	50
3.2.-La razón de ser del periodo de prueba.....	53
3.3.- ¿A qué intereses satisface el período de prueba?.....	62

CAPÍTULO III.-LA FORMALIZACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

IV.-LA FORMALIZACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

4.1.-La forma escrita ad solemnitatem.....	69
--	----

4.2.- Consecuencias de la ausencia de la buena fe del trabajador.....	74
4.3.- La remisión del establecimiento del período de prueba a las previsiones convencionales.....	75
4.4.-El momento de suscripción del período de prueba.....	76
4.4.1.-La regla general.....	76
4.4.2.-La excepción a través de la vía judicial.....	80
4.4.3.-El período de prueba en ascenso y situaciones de movilidad funcional.....	84

V.-LAS FUNCIONES Y LA EMPRESA

5.1.-La previsión legal.....	92
5.2.- La identidad en la cualidad del empresario.....	95
5.2.1.-Supuesto de hecho.....	95
5.2.2.- La sucesión empresarial.....	98
5.2.3.- Contratas y concesiones.....	101
5.2.4.- Los grupos de empresa.....	105
5.2.5.- Las empresas de trabajo temporal.....	109
5.3.-La identidad en las funciones.....	112
5.3.1.-Supuesto de hecho.....	112
5.3.2.- Las funciones: su delimitación.....	114

VI.- EL VÍNCULO CONTRACTUAL PREVIO

6.1.-La previsión legal.....	119
6.2.- Las prestaciones de servicio ajenas al Derecho del Trabajo.....	120
6.3.- Los períodos de conocimiento previos: las pruebas de selección, los procesos de formación y el período de prueba.....	125
6.3.1.- Delimitación conceptual.....	125
6.3.2.- Las pruebas de selección.....	127
6.3.3.- Los procesos de formación, las becas y las prácticas universitarias.....	130

VII.-LA DURACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

7.1.-Los máximos legales.....	133
7.2.- La escisión legal en atención al tamaño de la empresa.....	139
7.3.- La duración legal para empresas de menos de veinticinco trabajadores: ¿límite de derecho necesario?.....	141
7.4.- El instrumento convencional idóneo.....	144
7.5.- Los contratos temporales de duración inferior a seis meses.....	148
7.6 .- El fraude de ley y el abuso de derecho en la determinación convencional del plazo.....	151
7.6.1.- Consideraciones generales: el fraude de ley y el abuso de derecho.....	151

7.6.2.- La aplicación de la doctrina del abuso de derecho o fraude de ley a la determinación de la duración de la prueba.....	157
7.6.3.-Los efectos de la apreciación del fraude de ley en la determinación convencional del plazo.....	159
7.6.4.-El fraude de ley y el abuso de derecho en la doctrina del Tribunal Supremo.....	162
7.7.-La viabilidad de la duración única del periodo de prueba.....	165
7.8.- La previsión contractual del período de prueba.....	168
7.9.-Las funciones desempeñadas y la duración del período de prueba.....	177
7.10.- El cómputo de la duración del período de prueba.....	181
7.10.1.- Dies a quo.....	181
7.10.2.-Dies ad quem.....	182
7.10.3.- El contrato a tiempo parcial.....	187
7.11.-Consecuencias de la falta de acomodación normativa del período de prueba con relación a la duración.....	193
7.12.- Los sucesivos períodos de prueba.....	194
7.13.- La duración del período de prueba en los contratos temporales.....	209
7.13.1.-Su admisión.....	209
7.13.2.- La coincidencia temporal entre el período de prueba y el contrato temporal.....	212

CAPÍTULO IV.- EL CONTENIDO DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

VIII.- EL OBJETO DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

8.1.-La causa del período de prueba.....	218
8.2.- El deber de experimento.....	219
8.3.- La obligación ¿legal? de experimento.....	224

IX.-LOS EFECTOS DE LA SUSCRIPCIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

9.1.- Los derechos y deberes del trabajador.....	230
9.2.- La declaración de fraude de la relación laboral.....	231
9.3.-Otros pactos contractuales.....	232
9.3.1.-Pacto de permanencia.....	232
9.3.2.-Pacto de no competencia.....	235
9.4.-Derechos en el ámbito de Seguridad Social.....	237
9.5.-Derechos sindicales.....	239
9.6.- Efectos tras la superación de la prueba sobre la relación laboral.....	240
9.7.- Acción de nulidad por la apreciación de error en las cualidades personales.....	241

9.8.-El despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador.....	243
--	-----

CAPÍTULO V.-LA INTERRUPCIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

X.-LA INTERRUPCIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

10.1.-Antecedentes.....	251
10.2.-Presupuesto legal: "siempre que se produzca acuerdo entre las partes".....	252
10.3.- El resto de las situaciones suspensivas contractuales.....	259

CAPÍTULO VI.- LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN PRUEBA.-

XI.-LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.-

11.1.-Las posibilidades extintivas inherentes a la prueba: breve aproximación.....	263
11.2.- Las fórmulas legales de extinción de la relación laboral.....	264
11.2.1.-El mutuo disenso.....	264
11.2.2.-La imposibilidad en la continuidad de la prestación de servicios.....	270
11.2.3.-La voluntad unilateral del empresario.....	272
11.2.4.-La voluntad unilateral del trabajador.....	274
11.3.-La facultad extintiva durante el período de prueba.....	276
11.3.1.-El marco legal.....	276
11.3.2.-La voluntad extintiva del trabajador durante el período de prueba.....	282
11.3.3.-La voluntad extintiva del empresario durante el período de prueba.....	284
11.2.4.-El desistimiento durante el período de prueba.....	293

XII.-LOS REQUISITOS DE LA EXTINCIÓN DURANTE LA PRUEBA.-

12.1.-Requisitos temporales.....	301
12.2.-Requisitos formales.....	302

XIII.-CONSECUENCIAS TRAS LA PRUEBA.-

13.1.-Las alternativas ante la finalización de la prueba.....	311
---	-----

13.2.--El ejercicio de la facultad de desistimiento por el empresario: el análisis de la causa extintiva.....314

XIV.-LA EXTINCIÓN DURANTE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.-

14.1.-Delimitación.....317
14.2.-La extinción durante la incapacidad temporal: de vuelta con la obligación al experimento.....318
14.2.1.- La extinción durante la incapacidad temporal sin interrupción de la prueba.....318
14.2.2.-La extinción durante la incapacidad temporal que interrumpe la prueba.....322

XV.-LA EXTINCIÓN DURANTE LA PRUEBA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

15.1.-Planteamiento.....324
15.2.-Los derechos a la igualdad y a la no discriminación.....328
15.2.1.-Las situaciones de incapacidad temporal.....331
15.2.2.- Discriminación por razón de sexo: en especial el embarazo.....342
15.3.- Otros derechos fundamentales alegados.....352
15.3.1.-Derecho de indemnidad.....352
15.3.2.- Derecho de libertad sindical.....355
15.3.3.-Derecho a la libertad de expresión.....356
15.3.4.-Derecho a la salud, integridad física y a la dignidad.....356

CAPITULO VII.-LAS REGULACIONES ESPECIALES DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

XVI.- JUSTIFICACIÓN.....359

XVII.-EL PERÍODO DE PRUEBA EN LOS CONTRATOS FORMATIVOS.-

17.1.-Consideraciones previas.....360
17.2.-El contrato de trabajo en prácticas.....361
17.3.- El contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje.....370
17.4.-Previsiones comunes en torno a la prueba.....372

XVIII.- EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES.-

18.1.- Marco normativo.....376
18.2.-La regulación del período de prueba.....381

18.3.-Los planteamientos de inconstitucionalidad.....	398
18.3.1.-Antecedentes.....	398
18.3.2.-La respuesta del Tribunal Constitucional.....	404
18.4.-La respuesta de la Organización Internacional del Trabajo a las reclamaciones presentadas por los sindicatos.....	415
18.4.1.-Delimitación.....	415
18.4.2.- La decisión ¿final?.....	416
18.5.- La intervención del Comité europeo de Derechos sociales.....	420
18.5.1.-El caso griego.....	420
18.5.2.-El caso español.....	422
18.6.-La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 2.015 (Caso Nisttahuz Poclava).....	426

**XIX.-EL PERÍODO DE PRUEBA EN LAS RELACIONES
LABORALES ESPECIALES.-**

19.1.-El período de prueba en el contrato de alta dirección.....	428
19.2.- El período de prueba en la relación especial con deportistas profesionales.....	434
19.3.-El período de prueba en la relación especial con abogados.....	437
19.4.-El período de prueba en la relación especial del servicio del hogar familiar.....	440
19.5.-El período de prueba en la relación especial de trabajadores minusválidos.....	443
19.6.-El período de prueba en la relación especial de los artistas.....	449
19.7.-El período de prueba en otras relaciones laborales especiales.....	453

CONCLUSIONES.....	456
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	467
---------------------------	------------

RELACIÓN DE SENTENCIAS.....	482
------------------------------------	------------

I.-INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN Y RATIO.-

El nacimiento del Derecho del Trabajo está directamente relacionado con la inoperancia de los mecanismos previstos en nuestro Derecho Civil, que parte de un presupuesto en absoluto compartido por la realidad en la que se desenvuelven las relaciones laborales: el principio de autonomía contractual que se sustenta en la igualdad en la que se sitúan las dos partes contractuales.

Esta máxima, la de igualdad, resulta inadecuada para solucionar la tensión y el conflicto entre los intereses detentados por la parte empleadora y los que subyacen en la persona que presta sus servicios por cuenta ajena. Teniendo presente la necesidad de tratar de equiparar posiciones antagónicas se han arbitrado mecanismos que respondiendo al principio tuitivo garanticen los legítimos intereses laborales sin que quede maltrecha la postura –también lícita- del empresario.

Situados en este punto, nuestro interés se centra en una figura cual es el período de prueba que sacrifica las expectativas de estabilidad en el empleo (art.35 de la Constitución) por hacer realidad la libertad de empresa (art.38 de la Carta Magna). Aproximarnos en el entendimiento de las razones que impulsan a nuestro legislador a decantarse por primar los intereses empresariales sobre los de los trabajadores, entendimos era una ocasión para tratar también de comprender de forma global esta concreta rama jurídica en la que nos situamos.

Con el propósito de realizar una valoración o crítica de esta cláusula probatoria en la modalidad contractual antes referida, entendimos pertinente, y por supuesto necesario, llevar a cabo un examen lo más pormenorizado posible del artículo del Estatuto de los Trabajadores sobre el que descansaba la comprensión de la anterior figura y aquí nos encontramos ante una basta literatura jurídica que realizaba un exhaustivo examen del período de prueba, institución esta que a pesar de gozar de una considerable trayectoria histórica no había por ello dejado de suscitar dudas relativas a su contorno y definición.

Esta circunstancia, la subsistencia de problemas en orden a la interpretación y alcance del período de prueba, dotaba a esta institución de la prueba de un atractivo en si mismo, haciéndola aparecer ante nuestros ojos como una figura jurídica de innegable solera pero profundamente viva y actual.

Mayor fue nuestro asombro al comprobar cómo muchos de los conflictos individuales planteados sobre el período de prueba trataban de despejar viejas incógnitas y junto a estos aparecían nuevas disquisiciones planteadas por el nuevo marco de relaciones laborales en el que nos situamos.

El período de prueba es una institución en la que merece la pena sumergirnos porque en sí misma encierra connotaciones que la hacen brillar con luz propia, confluyendo en ella diversos y heterogéneos aspectos de las relaciones individuales de trabajo, e incluso de las colectivas. La excusa perfecta para acercarnos a otras categorías jurídicas laborales a través de la llave maestra que nos ofrecía el período de prueba.

Otro de los signos que redundan en la idea de que el instituto probatorio está dotado de un gran dinamismo es su influjo. Irradia su efecto más allá de nuestros operadores jurídicos y extiende su influencia a cualquier individuo que resulte afectado por el mundo laboral. De ahí, que aparte de la visión netamente jurídica que de forma más que sobrada nos expone nuestra doctrina jurídica y los aportes jurisprudenciales que se han –y se irán- sembrando, se comprueba (y esto redundo, a nuestro juicio, en la riqueza de la figura) cómo cualquier persona que forma parte del mercado posee su propia referencia acerca del entendimiento del período de prueba. Con ello queremos expresar que el valor de esta institución no se agota con su comprensión jurídica, sino que se extiende más allá del terreno técnico para formar parte del acervo lingüístico y experimental del ser humano.

Estudiar –de la mano de nuestra doctrina- el período de prueba, nos ofrece la oportunidad de conocer de forma más precisa cómo se desenvuelve nuestro sistema de relaciones laborales y hasta qué punto la flexibilidad laboral se ha implantado en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo constatar tras el estudio en qué medida se han visto afectados principios básicos en el entendimiento de nuestro Derecho laboral, tales y como la causalidad en la extinción de las relaciones de trabajo o el axioma de conservación del negocio y, concretamente, cómo también en nuestro Estatuto de los Trabajadores se dan cabida a fórmulas en las que la balanza se inclina a favor de legítimos intereses netamente empresariales, sacrificando temporalmente las también legítimas expectativas laborales que posee el trabajador.

Aún más. El período de prueba nos conecta con ámbitos jurídicos paralelos al Derecho del Trabajo, dándonos igualmente la posibilidad de rozar instituciones supranacionales e incluso

legislaciones próximas a la nuestra. Todos estos factores redundan en la importancia de la figura analizada.

La relevancia del período de prueba no es azarosa sino que depende primordialmente de la forma en la que se concibe la institución de la extinción contractual. Toda vez que la esencia de esta institución estriba en la posibilidad libre que ostentan las partes de deshacerse del vínculo contractual, la previsión legal no tendrá alcance práctico en aquellos ordenamientos que hayan optado por un régimen de extinción libre, pues nada tendría que aportar la prueba a las opciones unilaterales que las contratantes ostentan en orden a la finalización del vínculo. Por el contrario, en aquellos ordenamientos - como el nuestro- para los cuales se ha adoptado un régimen de cautelas extremadamente minucioso en orden a evitar la extinción acausal, la importancia del período de prueba es de primer grado.

Pero no solo se vincula la trascendencia real del período de prueba al entendimiento de la extinción contractual, sino también a la concepción de la contratación temporal. De esta forma, si se permiten contratos eventuales que no hayan de obedecer a una causa o motivo legalmente habilitante, la virtualidad del instituto probatorio es exigua, pues idéntica finalidad de extinción libre se puede conseguir a través del empleo del contrato temporal acausal. A sensu contrario, si la regulación de las modalidades temporales se reviste de cautelas causales, el período de prueba vuelve otra vez a aparecer con renovado vigor.

Necesario es convenir que una parte muy destacada de nuestra doctrina se ha dedicado a abordar la comprensión y a ofrecer respuesta a los problemas que el período de prueba plantea en la teoría y en la práctica. Bien pudiera pensarse que, existiendo exámenes más que prolijos en esta materia, resultaría absolutamente ocioso recuperar otra vez su estudio, sobre todo cuando aparentemente no han existido cambios legales que hayan afectado frontalmente a su comprensión.

A pesar de ser cierto lo que se acaba de exponer, entendemos que subsisten las grandes preocupaciones doctrinales, en parte porque el Tribunal Supremo no ha tenido la oportunidad de unificar la doctrina judicial en muchos aspectos. En el período de prueba se barajan multitud de vectores, algunos de los cuales son susceptibles de un análisis objetivo, general y válido para cualquier sujeto, y otros que pertenecen a la individualidad propia del ser humano -y, por ende, que no son extrapolables a la generalidad de las relaciones jurídicas-humanas-. En nuestra opinión, esta circunstancia dota al período de prueba de una considerable repercusión y actualidad que no solo se proyecta de cara al presente, sino que continuará en el futuro.

La consideración anterior, ha supuesto a nuestro juicio que inevitablemente continúen replanteándose los mismos problemas de antaño e incluso otros nuevos surgidos a raíz de la riqueza de los vínculos contractuales y de las nuevas previsiones legislativas, fundamentalmente, de la Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral¹ que a través de su art.4.3 prevé, ope legis, el establecimiento de un período de prueba para los contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores cuya duración es, en todo caso, de un año, precepto este declarado constitucional a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio².

Así, nuestra intención es analizar las aseveraciones vertidas por la doctrina, extraer las líneas maestras que nos ofrece nuestra jurisprudencia y descender al detalle de nuestra casuística doctrina judicial, por cuanto es en esta donde se está fraguando la futura opinión jurisprudencial que nos ofrecerá –aun cuando fuere temporalmente- el bien preciado de la seguridad jurídica, al dispensarnos criterios sólidos para solventar las actuales y futuras controversias que se manifiestan en la realidad cotidiana y práctica.

Pasemos, sin más dilación, a acotar el terreno que trataremos de explorar, teniendo presente que analizar el período de prueba, tal y como nos enseña nuestra doctrina, significa acercarnos a la comprensión y concepción de dos de los momentos claves de la relación laboral: el inicio y la finalización.

¹ Ley 3/2012, de 6 de julio de 2012.

² RTC 2014/119.

Capítulo I

Consideraciones preliminares

I.- LA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

1.1.- La noción inicial del período de prueba.-

Previamente a abordar la concepción jurídica de esta institución, nos parece especialmente útil aproximarnos al entendimiento de esta figura desde la perspectiva que nos dispensa el diccionario de nuestra Real Academia Española.

El término "prueba" es un concepto rico en significados, pero de todas las acepciones, destacamos tres:

a. "Ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultará en su forma definitiva".

b. "Examen que se hace para demostrar o comprobar los conocimientos o aptitudes de alguien".

c. "Operación que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha es correcta".

De estas definiciones se pueden extraer las siguientes aseveraciones:

1).-Oportunidad para constatar si algo funciona.

2).-Referido a las personas, la finalidad es la de que queden en evidencia el saber de éstas y sus cualidades.

3).-El objetivo es conocer si se ha acertado en la primera impresión.

Pasemos, ahora, a contemplar la definición jurídica del período de prueba. Iniciemos el recorrido por nuestro Derecho Civil: no existe alusión alguna. Acudamos al Derecho del Trabajo y nos encontramos referencias al período de prueba, tanto en la normativa contenida en

la norma básica laboral³, como en la legislación específica que aborda el tratamiento de las relaciones laborales especiales⁴ e incluso en y para el ámbito de los servicios prestados a la Administración Pública⁵.

Empero, en ninguno de los preceptos a los que se ha hecho alusión se define a esta figura⁶ que, no obstante, sí ha sido ampliamente delimitada por nuestra doctrina y jurisprudencia.

³ Art. 11.1.d) y f), art. 14, art.15.2, art.52.a) y art.84.4 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

⁴ Art.5 del Real Decreto 1006/1985 (de 26 de junio) por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales; art.4 del Real Decreto 1435/1985 (de 1 de agosto) por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección; art.4 del Real Decreto 1435/1985 (de 1 de agosto) por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos; art.10 del Real Decreto 1368/1985 (de 17 de julio) por el que se regula la relación laboral especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo; art.13.4 de la Ley 27/1999 (de 16 de julio), de Cooperativas; art.6 del Real Decreto 1620/2011 (de 14 de noviembre) por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar; art.3.5 del Real Decreto 1146/2006 (de 6 de octubre), por el que se regula la relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud; art.3 del Real Decreto 1438/1985 (de 1 de agosto), por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas; art.8 del Real Decreto 1331/2006 (de 17 de noviembre) por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

⁵ Art.61.5 de la Ley 7/2007 (de 12 de abril), del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁶ STS de 20 de enero de 2014 (RJ 2014/981), a título de ejemplo que recordando su anterior de 12 de julio de 2012 (RJ 2012/9598) manifiesta que: “ a) que *"el núcleo de la regulación del período de prueba del contrato de trabajo es ...la facultad de "desistimiento" de la relación laboral atribuida durante su transcurso tanto al empresario como al trabajador (" cualquiera de las partes") (art. 14.2 ET) , facultad que se ejercita en principio libremente y sin preaviso"*; b) que *"período de prueba es de aplicación solamente cuando hubiera sido acordada como pacto "escrito" en el momento de la celebración del contrato (art. 14.1 ET)"*; c) que *"la libertad de desistimiento durante el período de prueba supone que ni el empresario ni el trabajador tienen, en principio, que especificar los motivos del cese, ni acreditar los hechos o circunstancias determinantes del mismo, ni tampoco expresar la decisión extintiva mediante una forma preestablecida"*; d) que *"la finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado"*; e) que, *"en términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así: en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 ET , de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos"*; y f) que *"a tal efecto, durante el período o plazo de prueba, cuyo pacto cabe incardinar genéricamente entre "las causas (de extinción) consignadas válidamente en el contrato" (art. 49.1.b) ET), no rigen las reglas comunes del despido o de la dimisión del trabajador; ni se exige "carta de despido" (art. 55.1 ET), ni el empresario ha de expresar o acreditar las causas que motivan su decisión (art. 55.4 ET), ni tampoco el trabajador se encuentra vinculado por un deber de preaviso [art. 49.1.d) ET]"*; si descendemos a nuestra doctrina judicial hemos de resaltar la Sentencia del TSJ Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993/349), que recuerda cómo el período de prueba no se encuentra definido legal ni jurisprudencialmente y lo conceptúa como *"pacto escrito de carácter facultativo, anterior o coetáneo al contrato de trabajo, en virtud del cual las partes se someten a un mutuo y recíproco conocimiento personal y profesional , dentro de un plazo legal o convencional, estando facultadas para resolver unilateralmente el contrato, sin alegación de causa o motivo, salvo supuestos de discriminación, y sin sujeción a ningún requisito formal"*.

De esta manera, y a pesar de que no exista un concepto legal del período de prueba, lo que sí podemos apreciar ya en este punto es que se trata de una institución típica de la rama social del Derecho. Institución auténticamente laboral, por cuanto los datos y elementos que le confieren su esencia no han sido –a diferencia de muchas otras instituciones del Derecho del Trabajo, empezando por la propia configuración del contrato de trabajo- heredadas del ámbito civil.

Pero, volvamos otra vez al concepto inicial del período de prueba. En este punto podemos afirmar, y más tarde intentaremos demostrar, que la definición al uso sobre el sustantivo “prueba” (esa con la que nos hemos iniciado en el estudio y que procede de nuestro acerbo lingüístico) en poco va a diferir con el que se toma como base o punto de partida en la práctica empresarial, laboral y judicial. Así pues, trasladándolo al ámbito laboral, se trata de una situación coyuntural para comprobar si las expectativas que primitivamente tenían las partes contractuales efectivamente trascienden del plano de las expectativas a la realidad.

A pesar de todo, la definición que hasta ahora hemos ofrecido resulta incompleta, pues no tiene en consideración la característica que la define jurídicamente, distinguiendo al instituto probatorio frente a otros estadios contractuales. Sentada la primera conclusión de que a través de la prueba las partes tendrán la oportunidad de conocer si verdaderamente sus intuiciones tienen base real, ¿qué ocurrirá cuando se muestre erróneo el primer juicio que las partes (o alguna de ellas) se habían forjado?. Lo que nos remite a otra cuestión: ¿por qué y para qué se ha consagrado normativamente el período de prueba?.

Las respuestas no nos las ofrece el diccionario común. Aquí es donde aparece con todo su vigor el art.14 del Estatuto de los Trabajadores, a la sazón precepto clave para este estudio.

Sin perjuicio, lógicamente, del análisis más prolijo del artículo señalado, baste reseñar aquí la nota jurídica que no aparecía en el dicción de la Real Academia Española: la posibilidad que ostenta cualquiera de las partes de poner fin a la relación laboral por su propia y única iniciativa:

“Art.14.2 del Estatuto de los Trabajadores: “ Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.”

1.2.- Recorrido histórico.-

El entendimiento pleno de cualquier instituto jurídico no puede llevarse a cabo sin remontarse a sus orígenes históricos. El echar la vista atrás nos servirá para comprobar cuán arraigada se encuentra la figura a analizar y acaso también para aventurarnos acerca de su permanencia de cara al futuro.

Por estas razones, para conocer la consolidación y evolución de la institución, conviene remontarnos a los orígenes y estudiar cómo y cuándo ha surgido el período de prueba, comprobando en qué medida ha sido necesaria y oportuna su adaptación a las demandas del mercado imperante en cada momento histórico hasta llegar a la actualidad.

Lo primero que nos interesa destacar es un dato al que ya hemos aludido en los comienzos. El período de prueba es una institución típicamente laboral, sin que existan referencias ni históricas ni modernas del mismo en nuestro Derecho civil o mercantil.

Aunque será más adelante cuando nos detengamos en esta idea, baste reseñar ahora que el período de prueba es un pacto que, además se inserta directamente en el contrato de trabajo. Por esta razón, y siendo el precedente normativo del contrato de trabajo el arrendamiento de servicios (art.1.583 del Código Civil), podría ser lógico pensar que la posible alusión a la prueba se encontrara en el precepto reseñado o, en los artículos cercanos a éste. No obstante, no existe ninguna referencia al período de prueba o a una figura que cumpla la finalidad de este.

La razón de la omisión no es el olvido del legislador común, sino que atiende a la propia esencia con la que se concebían las relaciones de servicio o de trabajo "presidid(as) por la idea de la autonomía de la voluntad y abstención de los poderes públicos en la regulación del mercado de trabajo o relaciones de trabajo. Se basa en la idea de la igualdad jurídica de las partes contratantes", obedeciendo por tanto a un "...planteamiento liberal individualista"⁷ exento de todo tipo de intervencionismo estatal.

Si este es el panorama inspirador de las relaciones jurídicas que se entablan -abstencionismo estatal- razonable es que no aparezca referencia alguna que en primera o última instancia pueda suponer una injerencia a esa casi plena libertad de las contratantes, pues -y

⁷MARTÍN VALVERDE, A. y AA.VV.: *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1.936*. Congreso de los Diputados, 1.987, pág. XXXII.

prescindiendo por el momento de lo que supone el período de prueba- lo cierto es que en definitiva la actividad de regulación es actividad de limitación. Fuera quedan por tanto de la mente del legislador de Derecho común los pactos que las partes puedan alcanzar o la contemplación jurídica de las concretas condiciones bajo las cuales se va a encauzar la relación de servicios.

De hecho, y situados en sede del contrato de arrendamiento de servicios, la concepción legal de que las partes son omnímodas a la hora de establecer las condiciones contractuales, supone la posibilidad de que cualquiera de ellas inste la extinción unilateral del vínculo.

No obstante, poco a poco esta idea va desvaneciéndose haciéndose presente la necesidad de establecer mínimos infranqueables a partir de los cuales las partes podían reflejar contractualmente sus intereses y que, a la par, lograron robustecer la posición débil en la que se hallaba uno de los dos sujetos contratantes: el trabajador. Pero para entonces ya hemos de darle la bienvenida a una nueva rama del ordenamiento jurídico: ha nacido el Derecho del Trabajo.

1.2.1.- La Ley de Aprendizaje de 17 de julio de 1911 y sus concomitancias con el Código de Trabajo de 1926.-

El período de prueba surge por vez primera regulado en la Ley de Aprendizaje de 17 de julio de 1911. Texto este que, tal y como su nombre indica, iba destinado a regular un tipo de relación muy concreta: el contrato de aprendizaje. Por esta razón, aun cuando encontremos referencias legales a la figura estudiada en este cuerpo normativo, en ningún caso se puede extrapolar su contenido al resto de modalidades contractuales laborales que pudieran concertarse.

Así, el art.25⁸ omite qué hemos de entender por período de prueba, pero enuncia el efecto que se persigue y cómo se consigue este; nada falta, nada sobra: aquí están condensadas sus características definitorias, a saber: la necesidad de que conste explícitamente este pacto que, si se prevé, le otorga la posibilidad a cualquiera de las dos partes de poner fin a la relación sin tener que expresar la causa y sin asumir consecuencias indemnizatorias de ningún tipo (a salvo que se hubiera estipulado otro efecto). La extinción del contrato tan solo exigía que fuera solicitada por una

⁸ Art.25 de la Ley de Aprendizaje de 17 de julio de 1911: “Durante el período de prueba puede rescindirse el contrato a petición de cualquiera de las partes, haciéndolo constar en el instrumento otorgado. No procede en casos tales indemnización alguna, a menos de hallarse expresamente consignada en el contrato”.

contratante, sin que se requiera que esa petición estuviera motivada en causa legal o de otra índole alguna.

El tratamiento legal se cierra con la lectura de dos preceptos: el art.5⁹ y el art.21¹⁰.

Y así, de una lectura conjunta de las previsiones legales, estamos en condiciones de afirmar que las principales características del período de prueba para el contrato de aprendizaje son:

a. Surge como una cláusula específica a insertar únicamente en una modalidad contractual: el contrato de aprendizaje.

b. La necesidad de que conste por escrito ("haciéndolo constar en el instrumento otorgado").

Este requerimiento es absolutamente rotundo y llegará intacto hasta nuestros días. Ya MARTÍN VALVERDE destacó que se trata de una "exigencia reiterada como cláusula necesaria del contrato ... que no permite ninguna excepción" ¹¹.

c. La libertad de las partes para extinguir, en cualquier momento de su duración, el vínculo sin necesidad de alegar causa alguna ("puede rescindirse el contrato a petición de cualquiera de las partes), pues basta con expresar la voluntad en este sentido.

Esta nota es la que define íntegramente al período de prueba, confiriéndole todo el sentido para entender que nos hallamos ante una institución autónoma del Derecho del Trabajo.

d. En principio, y salvo pacto en contrario que habrá de constar en el propio contrato, ejercer la facultad extintiva no otorgará a la parte que la ha de soportar derecho a indemnización de ningún tipo.

e. El período de prueba no se concibe con carácter indefinido. Necesariamente habrá de tener su reflejo en el contrato y, en cualquier caso ("en ningún caso" dice la ley), no puede superar los dos meses de duración.

⁹ Art.5 de la Ley de Aprendizaje de 17 de julio de 1911: "Como parte del tiempo de aprendizaje se contará el período de prueba, que siempre debe establecerse, y que en ningún caso podrá exceder de dos meses".

¹⁰ Art.21 de la Ley de Aprendizaje de 17 de julio de 1911: "Los contratos deben comprender: ...La duración del período de prueba".

¹¹ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, Montecorvo, 1976, pág.55.

f. El tiempo en que el trabajador estuvo inmerso en la prueba, se computará a los efectos de determinar su íntegro período de aprendizaje.

El número de contratos celebrados, tal y como nos explica MARTÍN VALVERDE¹², fue escasísimo pero la importancia de la regulación no puede ser en absoluto desdeñada por cuanto sirvió para que literalmente se reprodujera su contenido en el art.81 del Código de Trabajo de 1926, precepto este que ni añade ni quita nada de su precedente histórico¹³ y que también –como el anterior- se refiere a la concertación del período de prueba en el contrato de aprendizaje.

Reflexionando sobre la previsión legal, y si nos situamos desde el punto de vista de la posición del trabajador, nos parece particularmente interesante y llamativo que el legislador de comienzos del Siglo XX mostrara esa empatía hacia los intereses fundamentalmente del trabajador, otorgándole la posibilidad (aun cuando estuviera delimitada temporalmente) de deshacerse del vínculo laboral sin esgrimir razón alguna de, en definitiva, dimitir sin causa.

Afirmamos que el legislador es especialmente receptivo a los deseos del empleado, por cuanto no podemos olvidar que las circunstancias bajo las cuales se otorgaba al trabajador la posibilidad de extinguir la relación laboral durante su transcurso eran objetivamente penosas. Ciertamente es que se le reconocía legalmente la facultad de extinguir unilateralmente el vínculo contractual (art.27 de la Ley de Aprendizaje¹⁴ y 83 del Código de Trabajo de 1926¹⁵) mas el ejercicio efectivo de este derecho tenía consecuencias que se extendían a lo largo de toda su futura vida profesional, produciéndose en la práctica una drástica limitación al subjetivo derecho al trabajo, tal y como en la actualidad lo entendemos.

Y decimos esto último, por cuanto el aprendiz que se decidía a expresar y poner en práctica la extinción de la relación fuera de la cobertura del período de prueba, estaba renunciando no solo al puesto de trabajo que venía ejerciendo sino a la profesión en la que este se englobaba, al imposibilitársele legalmente para todo su futuro

¹² MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.47.

¹³ No solo este precepto se dedica al tratamiento del período de prueba. Hay que completar su estudio con el art.21 (de igual contenido que el art.5 de la Ley de Aprendizaje) o el art.71 (calcando las previsiones del art.5 de la Ley de Aprendizaje).

¹⁴ El art.27 enumera las causas que daban derecho a la rescisión unilateral del contrato, señalando: “Por deseo manifiesto del aprendiz a dejar el oficio”. En idéntico sentido se manifiesta el Código de Trabajo de 1926.

¹⁵ Art.83.- “Puede rescindirse el contrato a petición de parte: ...Por deseo manifiesto del aprendiz de dejar el oficio”.

retomar las actividades propias al oficio que había desempeñado hasta entonces.

Esta circunstancia, los efectos legales previstos para los supuestos de declaraciones expresas del trabajador de extinción del vínculo, en nada se asimilan a los previstos en la actualidad para la dimisión (ex art.49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores).

Y si esta era la previsión específica para los supuestos en los que expresa y claramente se enunciara la voluntad de extinguir el vínculo, para las hipótesis que hoy podemos encuadrar en la denominada dimisión tácita, el tratamiento era diferente. El abandono del trabajador (que concebimos como "la marcha sin explicación del trabajador"¹⁶) no tenía la relevancia, ni sobre todo los efectos jurídicos, con la que hoy lo entendemos. Descendamos un momento a este argumento.

Si la actitud fáctica de dimisión del trabajador no se consideraba justificada, dotaba a la persona del empleador de la capacidad de reintegrar –a través del representante legal del aprendiz- al que abandonaba a su puesto de trabajo. Y esto ya no por obra de la Ley de Aprendizaje, sino por la propia previsión contemplada en el art.131 del Código de Trabajo de 1926¹⁷. Este efecto (la necesidad de que el acto dimisorio sea justificado so pena de su –en la práctica- declaración de nulidad) es totalmente impensable con nuestro actual panorama normativo y, particularmente, si atendemos a lo dispuesto por el art.35 de nuestra Constitución.

Con todo lo expuesto queremos indicar que el único supuesto que, en puridad, podía concebirse como auténtica dimisión, era el acto de extinción que se llevaba a cabo durante el período de prueba, entendiendo esta como extinción unilateralmente procurada por el trabajador sin expresión de causa alguna.

1.2.2.- La Ley de Contrato de Trabajo.-

Silencio legal expreso. No aparecen referencias normativas al período de prueba. A pesar de ello, resultaría errado extraer la conclusión de que no era posible su concertación.

¹⁶ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del Trabajo. Volumen II*, 10ª Ed., Marcial Pons.1977, pág.576.

¹⁷ Art.131: "En el caso de abandonar sin justa causa el aprendiz la casa, el taller o la fábrica del maestro o patrono, éste dará cuenta de ello al representante de aquél, quien realizará las gestiones conducentes para procurar reintegrar al aprendiz al lugar del trabajo. Si no dieren resultado tales gestiones, o no existiere o no fuere posible hallar al representante del aprendiz, patrono o maestro deberán poner el hecho en conocimiento de las autoridades".

La previsión de esta figura –con el contenido que las partes hubieran estimado oportuno y siempre que constara por escrito– estaba del todo sometida a la libertad de las partes que así lo hubieran deseado¹⁸. La autonomía de la voluntad podía hacer surgir cuantas estipulaciones desearan –con las limitaciones impuestas por la proscripción del abuso de derecho– y entre ellas, cómo no, también la relativa a la prueba de la relación.

Con esta afirmación, se descarta la idea de que la falta de regulación de la prueba pueda deberse o bien a una imposibilidad a la hora de su establecimiento o a un olvido del legislador. La única razón que existe para no haber sido contemplada la prueba legalmente se debe, a nuestro juicio, en que no existía una necesidad empresarial para su previsión.

Así pues, si la esencia del período de prueba estriba en la facultad que ostentan las partes temporalmente de poner fin a la relación laboral sin alegación de causa, tal prerrogativa deviene en inoperante en aquellos ordenamientos o regulaciones en los que se concibe la facultad extintiva de forma libre¹⁹. Dicho de otra forma, ¿para qué regular el período de prueba cuando durante todo el tiempo que transcurre la relación laboral se tiene la posibilidad de unilateralmente deshacer el vínculo?. Cualquier previsión legal a la figura del período de prueba no hubiera añadido nada a las facultades naturales extintivas que poseían las contratantes.

A esta inicial consideración se ha de sumar la circunstancia de que en la realidad jurídica imperante no asistimos a una inclinación normativa a favor de la contratación indefinida sobre la temporal.

Sentada, no obstante, la posibilidad de concertar el período de prueba con fundamento en la libertad de las partes, hay que recordar que la facultad de los contratantes no era omnímoda, existía –como antes enunciamos– una limitación para su concierto: la proscripción del abuso de derecho y precisamente esta restricción aparece en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Decreto de 26 de enero de 1944). Esta era la única restricción –en absoluto desdeñable– a la autonomía privada en materia de extinción contractual. Y la

¹⁸ Art.89 de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley de 21 de noviembre de 1931): “Los contratos individuales de trabajo terminarán por una de las causas siguientes: 1ª Las consignadas válidamente en el contrato”; Art.76 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944: “Los contratos de trabajo terminarán por alguna de las causas siguientes: 1.Las consignadas válidamente en el contrato, salvo que el ejercicio de la facultad contractual constituya manifiesto abuso de derecho por parte del empresario”.

¹⁹DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba. Voz para una enciclopedia.” Relaciones Laborales, Sección Cuestiones prácticas, 1988, pág. 1312, tomo 1, Editorial LA LEY. La Ley Digital [en línea], disponible en La Ley 658/2001: “porque la necesidad de prever un periodo de prueba y la importancia del mismo dependen de la intensidad de las limitaciones que vengan establecidas para la libertad de resolución del vínculo contractual”.

importancia de esta limitación es tal que, posteriormente, será recogida con carácter general por el nuevo Título Preliminar del Código Civil (a través de Decreto 1836/1974, de 31 de mayo).

Es cierto que podría pensarse que el período de prueba era desde el momento de su concepción una previsión que entrañaba abuso de derecho, pero lo cierto es que "ni la doctrina ni los tribunales calificaron en ningún momento al período de prueba como cláusula abusiva del contrato de trabajo, al menos en línea de principio. Ya la jurisprudencia sobre la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 consideraba como lícito el pacto de prueba en base a sus artículos 9 y 89 –homólogos de los artículos 9 y 76 de la Ley de 1944"²⁰.

El período de prueba aparece consagrado en la normativa sectorial que, de otro lado, sí se decanta decididamente por el modelo de relación laboral indefinida.

1.2.3.- La Ley de Relaciones Laborales, Ley 16/1976, de 8 de abril.-

La necesidad de la regulación del período de prueba se hace esperar, coincidiendo su previsión legal con la introducción de resortes que limitan las posibilidades de deshacerse de la relación de prestación de servicios (y, en este punto enlazamos con lo ya apuntado en el párrafo precedente); en este momento, el período de prueba sí presenta una idiosincrasia propia que le hace merecedor de un lugar en el ordenamiento.

La evolución del período de prueba y su consagración jurídica está, de esta manera, directamente relacionada con el entendimiento del despido y también con la configuración legal de las modalidades temporales de contratación.

En cuanto a la primera afirmación, algo ya hemos indicado. Se observa cómo la suerte del período de prueba corre paralela al tratamiento del despido. "En efecto, si uno de los rasgos definitorios del período de prueba es la relajación de las normas limitativas del desistimiento del contrato por voluntad de una de las partes, sus antecedentes han de ser concebidos como respuesta o reacción, más o menos inmediata, a dichas normas limitativas que, como es bien sabido, no han existido siempre para todos los tipos de contrato de trabajo".²¹

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.83, citando STS 7 de marzo de 1941.

²¹ Últ. Cit., pág.69.

Pero aquella aseveración resultaría incompleta, por cuanto el progreso del período de prueba está también directamente conectado con la propia concepción de la contratación temporal. Es precisamente, gracias a este texto legal cuando se introduce la clara preferencia legal en pro de la contratación indefinida que llegará hasta nuestros días, se hace realidad por vez primera el principio que informará las relaciones laborales: el principio de estabilidad en el empleo²² que se traducirá en la imposición de barreras a libertad de finalización del vínculo laboral y la limitación al empleo de la eventualidad en la contratación.

Centremos nuestra atención en esta consideración, por cuanto entendemos que, en la medida en la que se generalizara y permitiera el empleo de los contratos temporales acausales, ya no sería tan apremiante la regulación del período de prueba²³.

Extrememos el supuesto para ejemplificar la situación. Imaginemos que se pudieran formalizar relaciones temporales sin causa alguna y sin límite temporal ni máximo ni mínimo. Se nos ocurre pensar (sin ser originales) que el empresario acudiría a ellas de forma preferente por cuanto la formalización de la relación laboral temporal le supondría una serie de ventajas que no son equiparables a las obtenidas con la suscripción de un contrato indefinido.

De entre los beneficios empresariales, cabría señalar la circunstancia de que el empleador podría elegir libremente entre el empleo de la contratación indefinida o temporal y si escogiera esta última opción podría finalizar la vinculación en cualquier momento o, al menos en el término que se fija como final en el contrato. Al ser lícita esta extinción, tampoco tendría que soportar ningún reproche a modo de compensación económica.

En ese panorama imaginario ¿qué virtualidad, qué aporte traería la regulación del período de prueba?. Escaso. La misma finalidad que hoy se cumple con el período de prueba bien podría conseguirse con la concertación de contratos temporales de corta duración.

²² DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba. Voz para una enciclopedia”, op.cit.,

²³ DURÁN LÓPEZ, F.:” El período de prueba. Voz para una enciclopedia,” op.cit, “Y, por otra parte, si el ordenamiento favorece o permite la contratación temporal o de duración determinada en igualdad de condiciones con la contratación de duración indefinida, ello hace que la permisión o la previsión de un periodo de prueba revista, a lo sumo, escasa importancia”. “Cuanto más difícil es recurrir a la contratación temporal y resolver el contrato de duración indefinida, tanta más importancia adquieren los instrumentos puestos a disposición del empresario para «conocer» al trabajador, valorar sus características y aptitudes profesionales, y decidir por tanto la estabilización del vínculo jurídico establecido con el mismo.”

Acaso se nos pudiera tachar de excesivamente fantasiosos -tras esta digresión teórica acerca del empleo generalizado de la contratación temporal acausal-, así que es momento de dejar atrás la imaginación y descender al terreno real, pasado pero real. En el siglo XX existen ejemplos que nos muestran otra opción de política legislativa. Entonces, y concretamente con las leyes de 1931 y 1944, el legislador no hacía una apuesta por el principio de estabilidad en el empleo. En los textos legales enunciados, las modalidades eventuales no se empleaban únicamente para trabajos que cubrían necesidades empresariales temporales²⁴. Las partes contratantes eran libres para decidir si lo que deseaban concertar era una relación temporal o indefinida²⁵. Toda alusión legal al período de prueba hubiera resultado superflua y lo único que hubiese conseguido era haber limitado la libertad de las partes contratantes, principio este que inspiraba la regulación laboral de entonces. De ahí que el legislador de aquel momento histórico prescindiera de su establecimiento.

No obstante, el panorama descrito cambia radicalmente con la Ley de Relaciones Laborales de 1976. La importancia de este texto para nuestro estudio es absoluta. Es esta la primera ley que no solo recoge el tratamiento normativo del período de prueba sino que extiende su aplicación a todo tipo de modalidades contractuales, dotando de uniformidad a su concepción, tratamiento y regulación²⁶. Se erige así este texto legal en el auténtico precedente normativo de nuestra actual concepción jurídica sobre el período de prueba²⁷.

²⁴ Art.21 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931: “El contrato de trabajo podrá celebrarse por tiempo indefinido, por cierto tiempo, expreso o tácito, o para obra o servicio determinado.

A falta de pacto expreso, se entenderá por duración del contrato la mínima que se haya fijado por bases de trabajo o pactos colectivos en la clase de trabajo a que aquél se refiera y en defecto de tales normas, por la costumbre.

El contrato para obra o servicio determinado durará hasta la total ejecución de la una o hasta la total prestación del otro”.

Artículo 27 Ley de Contrato de Trabajo de 1944: “El contrato de trabajo podrá celebrarse por tiempo indefinido, por tiempo cierto, expreso o tácito, o para obra o servicio determinado. A falta de pacto expreso, se entenderá por duración del contrato la mínima que se haya fijado por normas legales o reglamentaciones del trabajo, en la clase del mismo a que aquél se refiera y, en defecto de tales normas, por los usos o costumbres locales. El contrato para obra o servicio determinado durará hasta la total ejecución de la una o hasta la total prestación del otro”.

²⁵ MARTÍN VALVERDE, A. y AA. VV.: *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1.936*, op.cit., LXXXIX.

²⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.99.

²⁷ Parece ser otra la conclusión alcanzada por MONTOYA MELGAR, A., (*Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2014, 35ª Ed., pág.529), señala que la finalidad originaria de la prueba era diferente a la actual e indica que su nacimiento se encuentra en la Ley de Aprendizaje de 17 de julio de 1.911.

Por su parte, la STS 2 de febrero de 1983 (RJ 1983/521) fija el precedente normativo del período de prueba en la Ley de Relaciones Laborales.

En efecto, el art.17²⁸ se dedica a regular el régimen jurídico de esta institución, coincidiendo (y, a nuestro juicio, no es fruto de una mera casualidad) temporalmente con el cambio jurisprudencial operado hacia una concepción restrictiva del empleo del período de prueba y la apuesta clara del legislador –ya desde lo que podemos considerar como Exposición de Motivos²⁹- a la contratación indefinida³⁰.

Y al regular normativamente se está avanzando en la limitación de la libertad de la autonomía contractual. Pero esta limitación es del todo punto necesaria, por responder a una necesidad en absoluto ficticia o imaginada.

El precepto legal es fruto (“una especificación”³¹) no tan solo del art.76.1 de la anterior Ley de Contrato de Trabajo de 1944, sino de las propias ordenanzas y reglamentaciones de trabajo³², pues estas sí contemplaban el empleo de la cláusula del período de prueba descendiendo a detalles tales como su formalización, duración, aplicación, facultades extintivas y remuneración, entre otras³³,

²⁸ “Artículo diecisiete.- Uno. Las Ordenanzas Laborales y, de modo especial, los convenios colectivos sindicales, establecerán que en las relaciones de trabajo podrá fijarse, siempre que se concierte por escrito, un período de prueba que, en ningún caso, podrá exceder de seis meses para el grupo profesional de técnicos titulados, ni de tres meses para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados, en cuyo caso la duración máxima será de dos semanas. La empresa y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba; la situación de incapacidad laboral transitoria autoriza a interrumpir el período de prueba siempre que se produzca acuerdo por escrito de ambas partes.

Dos. Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional, o al puesto que desempeñe, como si fuera de plantilla, pero cualquiera de las partes podrá desistir de la relación de trabajo sin que tal decisión dé lugar a indemnización.

Tres. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador.”

²⁹ II “En la regulación del contrato de trabajo se parte de la estimación de su duración indefinida como regla general. Tan sólo en los supuestos que específicamente se detallan, el contrato tendrá una duración determinada, reforzándose con esta y otras medidas que se articulan, el principio de estabilidad en el empleo en previsión, asimismo, de fraudes y otros abusos en perjuicio del trabajador.”

³⁰ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Artículo 15. Duración del contrato de trabajo”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, T. IV, Madrid, 1983, pág.100: La Ley de Relaciones Laborales “otorga una especial protección y muestra una decidida preferencia por el contrato de trabajo por tiempo indefinido; en su artículo 14 hizo algo más que consagrar una presunción en favor de la duración indefinida de la relación de trabajo; convirtió tal duración en elemento natural del contrato, sólo excluible mediante pacto en contrario y precisamente cuando tal pacto encontrara amparo en alguno de los excepcionales supuestos permitidos de contratación temporal que se contemplan en su artículo 15”.

³¹ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.83.

³² Últ.Cit., pág.99: “Es de lamentar que, por esta razón, se haya perdido la oportunidad de especificar la finalidad del instituto, marcando con ello más nítidamente las fronteras de la facultad unilateral de desistimiento del empleador por resultado desfavorable de la prueba.”

³³ Así lo ilustra MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 88

provocando una gran dispersión que se tratará de corregir a través de la norma invocada de 1.976³⁴.

De lo afirmado se puede constatar cómo la figura del período de prueba tenía vida propia antes incluso de que la contemplara el legislador; ya, en los años cuarenta, se observa la expansión del empleo de esta institución. Esta evolución normativa nos hace concluir en que el legislador tan solo recondujo una necesidad real, que afectaba a las contratantes, siendo de esta manera sensible a la necesidad existente de consagrar legalmente el instituto de prueba.

Es el momento de examinar el régimen jurídico legal bajo el que se concibe el período de prueba:

a. Origen contractual para su constitución.-

A pesar de la labor de compilación efectuada por el legislador con base en las previsiones recogidas en ordenanzas y reglamentos, hay que advertir que en este punto no reproduce el contenido de las dispersas previsiones reglamentarias.

La mayoría de reglamentaciones y ordenanzas laborales coincidían en afirmar que el período de prueba surgía *ex lege*; la norma legal desecha esta alternativa y se decanta por el origen *ex contractu*.

La decisión del legislador no es baladí: solo si las partes hubieran previsto expresamente la voluntad de quedar vinculadas por un período de prueba, podrá entenderse existente éste. Las partes, en definitiva, son soberanas para someter la relación laboral a probanza y la ley se limita a atribuirles esta facultad.

Fruto de la previsión normativa surge la necesidad de materializar por escrito la voluntad de establecimiento del período de prueba, poniendo fin a la anterior práctica en la que se desenvolvían las relaciones laborales³⁵.

b. Protagonismo de los instrumentos convencionales y sectoriales.-

³⁴ El “propósito legislativo unificador” (empleando los términos con los que se expresa el legislador de entonces) se erige en uno de los objetivos a los que responde esta norma.

MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 87, destaca la importancia de la generalización del período de prueba a través de las reglamentaciones de trabajo afirmando que es la primera vez que se opera “una modificación importante en la situación normativa del instituto...sin haberse efectuado un cambio paralelo en la regulación del despido” que acaso encuentre su justificación en el “mimetismo de la normativa de la época al modelo corporativo fascista”.

³⁵ Últ.Cit., pág.88.

Será la normativa sectorial la que -y de forma preferente el convenio colectivo- haya de abordar si para esas relaciones de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación está o no previsto el período de prueba, todo ello sin perjuicio de que su real y efectiva vinculación a las partes no se produzca hasta en tanto en cuanto no se señale expresamente para cada una de las relaciones de prestación de servicios concertada.

c. Provisionalidad.-

El período de prueba necesariamente tendrá una duración acotada en el tiempo que, además, no podrá ser superada ni por el contrato ni tampoco por un instrumento convencional, toda vez que los límites temporales legales constituyen *ius cogens* y, por lo tanto, son indisponibles para las partes.

Pero los límites legales son indisponibles al alza. Esto supone que si la normativa aplicable al sector (ordenanza o convenio) prevé una duración inferior, estamos a esta, teniendo por finalizado el período de prueba una vez transcurra el período máximo que fije esta regulación que es más restrictiva en cuanto al ámbito temporal se refiere³⁶.

En este punto, la Ley responde a la perfección (a nuestro juicio) a las exigencias del principio de estabilidad en el empleo. La voluntad contractual servirá para modular, en atención al servicio concretamente concertado, el tiempo concreto sin sobrepasar en ningún caso los límites que con carácter de máximos señala el precepto.

Siguiendo con la duración máxima legal del período de prueba, interesa destacar cómo la misma no es igual para todo tipo de trabajo, sino que se adecua en función del grupo profesional en el que se incardina al trabajador.

Los límites infranqueables (expresión del principio de norma mínima) son superiores en los supuestos en que, objetivamente, el trabajo desempeñado requiera una mayor cualificación y complejidad. Concretamente, si el contratado realiza funciones de técnico titulado el máximo de la prueba serán seis meses; para las tareas desempeñadas por personal no cualificado se entiende que es suficiente con un período máximo de dos semanas; en cuanto al resto de trabajadores el tope del período de prueba se fija en tres meses.

³⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “Problemas prácticos del período de prueba”, Revista Política Social núm. 148, 1985, pág. 192.

A pesar del acierto conceptual de señalar una duración máxima, MARTÍN VALVERDE es de la opinión de que las fronteras son excesivas en atención a las exigencias funcionales del instituto³⁷, pues entiende que no se precisa un lapso tan dilatado para probar a las contratantes.

De cualquier forma, la triple alternativa de grupo profesional escogida (CRUZ VILLALÓN) suponía una simplificación con respecto a la multiplicidad de categorías profesionales existentes en la realidad laboral del momento, lo que en la praxis introducía gran dosis de incertidumbre acerca de cuál era el encuadramiento legal correcto. Así, una vez examinada la jurisprudencia se puede apreciar cómo la tendencia es la de subsumir “a los trabajadores preferentemente en el grupo intermedio –personal cualificado-, aplicando criterios restrictivos para los otros dos”, mientras que “...para el personal no cualificado suele limitarse mucho, entendiendo la jurisprudencia que se aplica sólo a los trabajadores manuales cuyas labores supongan preferentemente esfuerzo físico”³⁸.

d. Las obligaciones de los contratantes.-

Las partes –empleador y trabajador-, necesariamente, deben realizar durante el transcurso de la prueba las “experiencias” que constituyen su objeto.

Pero, ¿qué se ha de entender por la expresión legal “experiencias”? Es este un concepto del cual nuestra doctrina se ha ocupado detenidamente y que merece un capítulo propio de nuestro estudio. Baste ahora con reseñar que el deber de experimento en que se traduce el período de prueba no difiere –en la generalidad de los supuestos- de las obligaciones que se asumen por las partes con la suscripción de un contrato de trabajo, háyase o no previsto la prueba.

e. Incidencias durante el transcurso del período de prueba.-

Las partes poseen en sus manos la facultad de interrumpir la prueba en los supuestos de incapacidad temporal (“incapacidad laboral transitoria”). La posible interrupción –que se hará coincidir con el período de suspensión contractual con ocasión de la imposibilidad temporal de prestar servicios al ser precisa la asistencia médica del trabajador- se condiciona a su previsión por escrito.

Por esta razón, si nada hubieran hecho constar las contratantes con relación a qué ocurrirá si se enfrentan a un proceso de incapacidad temporal del trabajador, el efecto natural es que la

³⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.99.

³⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Problemas prácticos del período de prueba”, op.cit., pág. 191 y pág.192.

prueba proseguirá su cómputo, teniéndose en consideración el período de baja para el establecimiento del plazo máximo de duración.

De cualquier manera, es destacable que es esta la única posibilidad legal de conseguir una prórroga en la duración total de la prueba, pues ninguna otra situación suspensiva aparece contemplada en el precepto y, por ende, no podría provocar la interrupción de su cómputo.

f. Derechos y obligaciones.-

Aplicable al trabajador, pues este ostenta las mismas facultades y obligaciones que cualquier otro trabajador de plantilla. En nada se diferencia por tanto su situación de la que posee un trabajador no sujeto al período de prueba.

Esta expresiva llamada a la igualdad si la contemplamos desde nuestra óptica actual podría resultarnos superflua, pero su inclusión fue de todo punto relevante, por cuanto que supuso el fin de la discriminación, fundamentalmente de tipo salarial, reinante en aquél entonces y que encontraba acomodo en las prácticas convencionales y empresariales de la época (MARTÍN VALVERDE³⁹).

En efecto, antes de la previsión legal era frecuente que el trabajador a prueba percibiera unos emolumentos inferiores a los que devengaba otro compañero que no estaba sometido a este período y esta situación de discriminación salarial tenía una motivación objetiva. La justificación estribaba en que el trabajador a prueba presentaba un menor rendimiento que el resto de la plantilla; si inferior era su productividad debía merecer un salario menor. Esta realidad empresarial parecía estar naturalmente implantada, pues en ningún momento se arguyó judicialmente la lesión al derecho a la igualdad.

El legislador de 1976 acaba con esta concepción, apostando a favor de los intereses más vulnerables del trabajador; entonces se ve con claridad que el riesgo en los costes (los que le podría suponer al empleador por una prestación de servicios de inferior calidad) ha de ser directa y exclusivamente asumido por el empresario⁴⁰.

No obstante este acierto, la dicción literal –que curiosamente se mantiene incólume hasta nuestros días- genera cierta dosis de confusión tal y como tendremos la oportunidad de examinar posteriormente.

³⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.83 y pág.84.

⁴⁰ Últ.Cit., pág.232.

g. Efectos tras la superación de la prueba.-

Ya hemos señalado que el contrato a prueba puede extinguirse durante su transcurso, pero ¿qué ocurre si las partes una vez finalizada la prueba continúan realizando el objeto del contrato laboral?.

Si las contratantes continúan unidas tras la finalización de la prueba, el tiempo que el trabajador se encontrara en la primitiva situación computa a efectos de antigüedad. La antigüedad se conecta directamente con la real prestación de servicios que desde luego no comienza con la finalización de la prueba, sino que enlaza directamente con su inicio.

Las consecuencias no se hacen esperar, la concreción de la antigüedad desde el inicio tendrá efectos visibles a la hora de calcular la posible indemnización por despido o para acceso a determinados beneficios cuya consecución se anuda al tiempo de permanencia en la empresa (estamos pensando, por ejemplo, en el complemento de antigüedad).

h. La nota definitoria del período de prueba.-

Para el final hemos dejado lo que dota de impronta propia al período de prueba: la posibilidad que, en pie de igualdad, poseen las contratantes de poner fin a la relación laboral sin que el ejercicio de este derecho suponga la asunción de responsabilidades pecuniarias, tal y como expresamente se encarga de afirmar el art. 17 dos de la Ley de Relaciones Laborales.

Podemos afirmar categóricamente que se ha implantado en nuestro modelo de relaciones laborales, gracias al precepto comentado, el período de prueba; instituto este que no se escapa de la influencia que ejerce el principio de la estabilidad en el empleo y la consiguiente presunción de estabilidad o fijeza de la relación laboral⁴¹.

⁴¹ Artículo catorce. “El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido, sin más excepciones que las indicadas en el artículo siguiente”.

Artículo quince.”Uno. Podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada en los supuestos siguientes:

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de obra o servicio determinados. Si el trabajo excediera de un período de tiempo superior a dos años, el trabajador, al finalizar el contrato, tendrá derecho a una indemnización que no será inferior al importe de un mes del salario real por cada año o fracción superior a un semestre.

b) Cuando se trate de trabajos eventuales, considerando como tales los que no tengan carácter normal y permanente en la empresa, fijándose la duración máxima en las Ordenanzas laborales.

c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato que se pacte se especifiquen el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

A pesar de los años transcurridos desde que viera la luz la Ley de Relaciones Laborales y también pese a las innumerables reformas laborales sufridas, como veremos el entendimiento legal básico del período de prueba ha permanecido intangible.

1.2.4.- El Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980 de 10 de marzo.-

A.- La primitiva redacción.-

Presidiendo la Sección Primera del Capítulo II nos encontramos con el art.14 cuyo contenido⁴², básicamente será el mismo que su predecesor (art.17 de la Ley de Relaciones Laborales), aun cuando la redacción es más defectuosa y "presenta dudas"⁴³. A fin de evitar reiteraciones tediosas, tan sólo señalaremos las diferencias observadas entre su predecesor y el que ahora analizamos:

a. Se suprime toda referencia a los convenios colectivos.

Curiosamente el papel preeminente del convenio colectivo a la hora de prever el período de prueba (con independencia de que fuera precisa la forma escrita para que se considerara nacido y vinculante) en 1976 desaparece cuatro años más tarde. Queremos ver en esta falta de alusión una clara opción legal al instrumento que por antonomasia es el que creará la cláusula de prueba y que no es otro más que el contrato de trabajo, entendiéndose que era ocioso que el convenio contuviera precisiones en torno a esta figura, ya que no tenía la norma paccionada per se, en este punto, fuerza normativa automática sobre las relaciones laborales.

d) En los referentes a personal artístico y técnico de la producción de espectáculos y en los relativos a deportes profesionales.

e) En aquellas otras actividades laborales que, por su naturaleza singular, constituyan un trabajo temporal y sean autorizadas por disposición legal."

⁴² Art.14 "Uno. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, que en ningún caso podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de tres meses para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados, en cuyo caso la duración máxima será de quince días laborables.

El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba."

Dos. Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y al puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

Tres. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa.

La situación de incapacidad laboral transitoria que afecte al trabajador durante el período de prueba interrumpe el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas "

⁴³ CRUZ VILLALÓN, J.: "Problemas prácticos del período de prueba", op.cit., pág.188.

Así pues, la prueba es una institución que escapa del ámbito de actuación e interés de los agentes negociadores para situarse en el plano de las relaciones individuales de trabajo.

b. Se modifica la duración máxima de la prueba que vincula a los trabajadores no cualificados, desechándose el módulo semanal para fijarse empleando como referencia el diario y aumentando levemente su duración que, por otro lado, se señala en atención al tiempo de efectiva prestación de servicios.

El lapso máximo de duración del período de prueba de los trabajadores no cualificados es de quince días laborables (recordemos que, al amparo de la normativa anterior, era de dos semanas).

Bien es cierto que pudiera criticarse la ampliación del posible tiempo de prueba, no obstante el acento queremos ponerlo en el acierto del legislativo a la hora de precisar claramente el cómputo de la prueba, pues apuesta por incluir solo los días en los que el trabajador desempeña la labor contratada. No estamos sugiriendo, en este momento, que la opción entre días laborales y naturales sea la más deseable, sino que la clara precisión a uno de los parámetros posibles procura seguridad jurídica en el ordenamiento de las relaciones laborales.

c. Se precisa ahora que la única extinción unilateral exenta de consecuencias jurídicas es la que se produce mientras perdure el período de prueba. Exporta, desde este momento inicial de la regulación de las relaciones entre empresario y trabajador, el axioma civil de que la extinción del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes. La regulación del período de prueba es la excepción al régimen ordinario del fin de la relación laboral, conduciéndonos de nuevo al principio de estabilidad en el empleo.

Los demás cambios parecen resultar intrascendentes, por cuanto aparentemente afectan a la forma de redacción de los conceptos. A título de ejemplo, se alude al "empresario" prefiriendo este término al anterior de "empresa", individualizando y afianzando el ámbito subjetivo de la obligación de acometimiento al objeto de la prueba (las experiencias). De hecho, con una técnica más depurada – a nuestro juicio- se precisa las obligaciones que asumen las dos partes contractuales: empresario (no empresa) y trabajador.

Se emplea la conjunción copulativa en vez de la disyuntiva cuando se refiere a los derechos y obligaciones del trabajador en prueba. En este sentido, el empleado ostentará los derechos y obligaciones que le correspondan en atención a dos elementos conjuntamente (no de forma alternativa: la categoría profesional y el puesto de trabajo realmente desempeñado).

La última referencia es al término de resolución a modo de sinónimo con el ya tradicional de desistimiento. Esta inclusión, que aparentemente no parece tener incidencia en el tratamiento y consideración jurídica de la figura estudiada, ha ocasionado serios problemas en atención a la verdadera naturaleza jurídica del acto de extinción que el período de prueba es susceptible de procurar y que trataremos más adelante.

B.- La modificación del art.14 por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.-

El legislador de los noventa lleva a cabo una reforma de alguno de los preceptos clave del Estatuto de los Trabajadores de 1980, movido por la preocupación de conseguir un marco laboral que garantice la posición que asume el trabajador. Para conseguir esta finalidad se estima necesario potenciar el papel que desempeña la negociación colectiva en orden a la regulación de las relaciones laborales, sin que la regulación del período de prueba se escape de su influencia.

Junto con esta genérica consideración, el legislador también expresa⁴⁴, en lo que hace al período de prueba, su intención de dotar de sencillez a la comprensión del instituto probatorio a la par que procurar un tratamiento más flexible de su regulación que permita su adaptación a la realidad concreta de las empresas.

El resultado es la modificación en los párrafos primero y segundo del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁵ y las reservas que enuncia la doctrina acerca de que efectivamente tales pretensiones ideales del legislador se hayan conseguido traducir en la práctica⁴⁶.

⁴⁴ Exposición de Motivos de la Ley 11/1994:” con una regulación del período de prueba, en el artículo 14, más sencilla que la actual y adaptada a la realidad diferenciada de las pequeñas empresas en la configuración de las relaciones laborales”.

⁴⁵ Los apartados 1 y 2 del artículo 14 quedan redactados de la forma siguiente:

“1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. En defecto de pacto en Convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

2. Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.”

⁴⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Notas sobre el nuevo régimen jurídico del período de prueba*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref.D-178, tomo 3. La Ley digital [en línea]. Disponible en La Ley 1231/2001.

a. Duración de la prueba:

Empezaremos por señalar la que ha constituido la novedad más sobresaliente con respecto a la forma tradicional de concebir el instituto: desaparece la expresión "en ningún caso podrá exceder" en alusión al tiempo de permanencia en la prueba y se reemplaza por la de "con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos".

Este cambio no es en absoluto despreciable, pues va a incidir en la duración máxima de la prueba y enlaza directamente con la segunda de las motivaciones del legislador a la hora de acometer la reforma: el dotar a los agentes sociales de un papel decididamente protagonista en las cuestiones laborales, incluso en aquéllas que afectaban decidida y claramente a las relaciones individuales entabladas.

Es decir, los máximos de carácter infranqueable relativos a la duración de la prueba, aquellos que no podían traspasarse aun cuando existiera previsión convencional en otro sentido, se desvanecen. Los agentes sociales y la representación empresarial podrán acordar, válida y lícitamente, otros topes máximos sin sujeción a las previsiones legales.

La modificación es de tal envergadura que ocasiona cuando menos estupor, provocando -a pesar de la literalidad de su redacción- cierta inercia en el comportamiento continuista de las partes contratantes, dando lugar (como tendremos oportunidad de estudiar) a no pocos pronunciamientos jurisprudenciales que interpretan las palabras del legislador y dirimen cuestiones litigiosas a fin de conocer su adecuación o no al precepto.

Supletoriamente, a falta de la previsión convencional ("En defecto de pacto en convenio") se señalan los topes máximos en función -como ya era cuestión sabida- de la cualificación del trabajador.

De esta forma, se pasa de una situación en la que los máximos legales constituían *ius cogens* (indisponibles para las partes negociadoras, fueran cuales fueran éstas) a establecer un marco normativo que solo entrará en juego cuando no existan previsiones convencionales al respecto.

La segunda modificación a resaltar es la simplificación del régimen temporal legal máximo de la prueba en atención a las condiciones del trabajador, pasando de establecer tres posibilidades (técnicos titulados, no cualificados y resto del personal) a dos

opciones (técnicos titulados -6 meses- y demás trabajadores -2 meses-).

La preparación, la cualificación del trabajador, sigue marcando la diferencia en torno a la duración dispar y supletoria del tiempo máximo de duración de la prueba.

Cabe, igualmente, destacar cómo se instaura un régimen nuevo en materia de duración de prueba que se relaciona con la dimensión de la empresa, tal y como ya se anunciaba en la propia Exposición de Motivos.

Se entiende pertinente reflejar una duración en atención a la magnitud o tamaño de la empresa para los supuestos en los que se contraten a personal no titulado. Concretamente, si la plantilla fuera inferior a veinticinco trabajadores la duración que señala la ley como máximo es de tres meses, mientras que si la empresa tuviera más de veinticinco empleados el lapso de prueba es inferior, pasando a ser de dos meses.

Más adelante trataremos de ver la razón por la cual se ha estimado conveniente realizar el distingo entre las empresas de una y otra dimensión.

b. Objeto de la prueba.-

Continúa la obligación de realizar tanto empresario como trabajador "las experiencias que constituyan el objeto de la prueba".

c. Efecto de nulidad.-

En consonancia con el objetivo perseguido por la prueba, si el trabajador ya había desempeñado con antelación las mismas funciones en la empresa, el posible pacto de prueba será nulo.

d. Los derechos y obligaciones del empleado.-

Con anterioridad los derechos y obligaciones del trabajador eran los propios a la categoría profesional y al puesto de trabajo desempeñado. El legislador de la reforma suprime la referencia a la categoría y únicamente hace alusión al "puesto de trabajo que desempeñe".

La razón de la desaparición de la categoría profesional hemos de hallarla en la decidida apuesta legal a favor de procurar la movilidad funcional del trabajador ⁴⁷.

⁴⁷ *Ibidem*.

1.2.5.- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.-

A.- La original redacción.-

Bajo el amparo legal procurado por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, el Gobierno elaboró un texto refundido de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, incorporando de esta manera las modificaciones que hasta el momento se habían operado a través de diferentes disposiciones legales y de la propia Ley habilitante, dando lugar al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Esta nueva realidad legal escasas novedades nos aporta con relación al tratamiento de la prueba. No obstante, el nuevo marco normativo procederá a reflejar legalmente diferentes situaciones que, al igual que ya ocurría con la propia a la incapacidad temporal, también pueden entrañar la interrupción en el cómputo de duración de la prueba⁴⁸.

Así pues, se añaden como posibles situaciones que generan la interrupción del cómputo de prueba (previo pacto inter partes al efecto) la situación suspensiva de maternidad, adopción y acogimiento, adaptándose la referencia a la antigua "incapacidad laboral transitoria" a la nueva nomenclatura legal de "incapacidad temporal" procurada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Curiosamente, y a pesar que el legislador ha querido llevar a cabo una reforma del precepto a fin de dotar a este de una mayor

⁴⁸ "Artículo 14. Período de prueba.

1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. En defecto de pacto en Convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

2. Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

3. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa.

Las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes."

claridad, lo cierto es que en la práctica se ha destacado que la reforma no solo no ha servido para poner fin a los tradicionales problemas en materia probatoria sino que además se han creado otros nuevos "aumentando la complejidad de la figura"⁴⁹ .

B.- La incidencia del Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre en la actual concepción del art.14.-

La última de las reformas⁵⁰ ha servido para acotar la duración del período de prueba en los supuestos de contratos temporales y la incorporación de nuevas situaciones que generan la posibilidad de interrumpir el plazo de duración de la prueba. El resto del precepto continúa intacto, limitándose la modificación a precisar:

a. Los contratos temporales regulados en el art.15 del Estatuto de los Trabajadores cuya duración no sea superior a seis meses tienen limitado el tiempo de prueba a quince días (a salvo de lo dispuesto por convenio colectivo).

Se aparta, de esta forma, de la concepción tradicionalmente mantenida de la institución; recordemos, en este sentido, que la duración de la prueba no dependía en absoluto del tiempo de prestación de servicios, sino que quedaba tan solo vinculada a la titulación o trabajo a desempeñar.

b. Las partes pueden acordar también que junto a los supuestos de suspensión que tradicionalmente se reconocían, la situación de

⁴⁹ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Notas sobre el nuevo régimen jurídico del período de prueba*, op.cit.

Esta afirmación es aún más rotunda cuando se contempla el diseño del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, actualmente regulado en la Ley 3/2012, de 6 de julio.

⁵⁰ El actual art.14 del Estatuto de los Trabajadores: "1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

En el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el período de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo.

El empresario y trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

2. Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

3. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa."

paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia interrumpen la duración del período de prueba.

II.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

2.1.-Las opciones doctrinales de encuadre jurídico.-

Obligado es en todo estudio preguntarse acerca del concepto jurídico bajo el cual se puede explicar la figura central, en este caso, el período de prueba. Continuando con esta línea, expondremos las fundamentales posiciones doctrinales en torno a la calificación jurídica de esta institución.

En el presente, los problemas se acrecientan al no ofrecerse una respuesta legal a las posibles opciones teóricas contempladas. Esta omisión tradicional del legislador acaso obedece a que se ha prescindido, igualmente, de definir jurídicamente el instituto probatorio.

No es original nuestra exposición: ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE⁵¹ discurrían entre las posibles alternativas de calificación jurídica que se plantean idealmente, señalando que se podía entender que estábamos frente a un contrato sujeto a una condición resolutoria, contrato vinculado a una condición suspensiva, contrato especial "experimental" y precontrato de trabajo.

A esta posible explicación que trata de encuadrar y entender el instituto probatorio, hay que adicionar otra disyuntiva: concebir a la prueba como contrato de trabajo especial, tal y como nos sugirió RODRÍGUEZ -PIÑERO⁵².

La misma disquisición fue suscitada por MARTÍN VALVERDE⁵³ quien posteriormente llevaría a cabo un prolijo estudio sobre la cuestión, exponiendo que las posibilidades planteadas por los teóricos estudiosos del período de prueba se reconducían a las siguientes posibilidades: las teorías monistas y las dualistas.

En las primeras, tienen cabida los autores que defienden que estamos ante una condición suspensiva, aquellos otros que arguyen que se trata de una condición resolutoria y, por último, quienes defienden que es un pacto complejo al conjugarse condición y término.

⁵¹ Puede verse en ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26^a Ed., 2009, pág. 334.

⁵² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Naturaleza jurídica del período de prueba" en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo 3, volumen 3^o, Madrid, 1961, pág. 198.

⁵³ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit, pág.194.

Por su parte, la doctrina –como veremos posteriormente- que defiende una visión dualista se segrega, a su vez, entre los partidarios que manifiestan que el período de prueba tan solo es la fase inicial de una relación sin que llegue a tener “sustantividad contractual propia”; los autores que exponen que estamos ante un contrato preliminar o preparatorio e incluso existen partidarios que defienden que nos hallamos ante un contrato de trabajo por tiempo determinado, sin olvidar aquella otra corriente que afirma que nos encontramos ante un contrato especial que se denomina contrato especial de prueba.

De este discurrir doctrinal no se escapa la propia doctrina judicial que se hace eco de la multitud de visiones doctrinales y resume la cuestión exponiendo que el debate acerca de la naturaleza jurídica es un “tema no pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia”⁵⁴.

2.2.- La condición resolutoria.-

Al carecer de un concepto propio en Derecho laboral acerca de qué es la condición resolutoria, irremediablemente en este apartado de nuestro discurso habremos de partir de la definición que al efecto nos dispensa nuestro Derecho civil. Así, para nuestro derecho común (art.1.124 del Código Civil): “es el acontecimiento futuro e incierto a cuya realización se subordina la extinción o resolución de los efectos de todo o parte de una relación obligatoria”.

De esta afirmación se extrae que el negocio jurídico suscrito es plenamente válido, produciendo plenos efectos ab initio hasta el momento en que se cumpla la condición. El cumplimiento de la condición prevista desencadenará el fin del negocio, del contrato, suscrito.

Esto es, “la condición resolutoria resuelve los efectos ya producidos, lo que indica que el negocio los ha generado desde su perfeccionamiento hasta el momento en que se da el evento condicionante”⁵⁵.

Hagamos la traslación al Derecho laboral y, concretamente, al período de prueba. Según esta visión, el contrato es perfecto desde el principio pero la supervivencia de la relación se hace depender del

⁵⁴ STS de 17 de enero, 16 de abril, 29 de octubre y 20 de diciembre 1985 (RJ 1985/67, 1985/1874, 5238, 6159) 14 de abril de 1986 (RJ 1986/1930) 14 de julio y 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987/5367 y 1987/8821): “tema no pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia”; STSJ Aragón de 18 de noviembre de 1992 (AS 1992/5792).

⁵⁵ DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol.I, 8ª Ed., 1.999, pág.538.

suceso futuro e incierto⁵⁶ consistente en la no superación de la prueba, que se materializa con la declaración de la voluntad extintiva de cualquiera de los contratantes⁵⁷. Tal y como expone DE VAL “la denuncia sería la manifestación de que la condición pactada se ha cumplido”⁵⁸.

Cuando finaliza la prueba sin mediar tal denuncia, termina también la condición y el contrato continúa ejecutándose en sus propios términos.

Partidarios de esta tesis nos encontramos a ALONSO OLEA y OJEDA AVILÉS⁵⁹. Para ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE⁶⁰ se trataría de una “condición resolutoria implícita”. A su lado se sitúa, de forma mayoritaria, la doctrina judicial⁶¹.

⁵⁶ Entendemos que aun cuando la condición puede consistir civilmente en un suceso pasado cuyo cumplimiento las partes desconocen en el momento de su fijación, tal posibilidad no tiene cabida en el período de prueba.

⁵⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 206 expone esta tesis del siguiente modo: “pacto o cláusula añadido al contenido del contrato, que no impide que la relación obligatoria despliegue desde el principio todos sus efectos a partir de la celebración del negocio constitutivo, pero que hace depender la existencia de dicha relación de un acontecimiento futuro e incierto: la no superación de la prueba manifestada en una declaración extintiva de cualquiera de las partes.”

⁵⁸ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Colección Estudios de Derecho Laboral, Director Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Civitas, Madrid, 1998, pág. 51.

⁵⁹ ALONSO OLEA, M., *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 24 y OJEDA AVILÉS, A. *Los trabajadores temporales*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1973, pág. 91. En la doctrina judicial, por todas, STCT de 10 de mayo de 1980 (Ar. 2695); aceptada implícitamente en la STS de 8 de julio de 1986 (Ar. 3977). Fuera de nuestras fronteras, un representante en la doctrina italiana fue PALERMO, A. *Manuale di diritto del lavoro e Della sicurezza sociale*, Giuffrè Editore, Vol. II, Milano, 1957, pág. 268 (citado por DE VAL, pág. 51).

⁶⁰ ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.331: “concibiendo la condición resolutoria como positiva y potestativa, posición que ha venido a ser aceptada explícitamente por la jurisprudencia”.

⁶¹ A título de ejemplo: STS de 23 de noviembre de 2009 (RJ 2009/7761):condición resolutoria implícita; STS de 6 de febrero de 2009 (RJ 2009/621); STS de 8 de julio de 1986 (RJ 1986/3977): “*contrato de trabajo sujeto a una condición resolutoria potestativa, constituida por el resultado satisfactorio del período de prueba...no sujeta a motivación alguna*”; STSJ Madrid de 17 de junio de 1992 (AS 1992/3441); STSJ Asturias de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994/452); STSJ Murcia de 30 de abril de 1996 (AS 1996/1387): “*condición resolutoria potestativa*”; STSJ La Rioja de 20 de mayo de 1999 (AS 1999/5980); STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2000 (AS 2000/2901); STSJ C. Valenciana de 11 de mayo de 2004 (AS 2004/3507); STSJ C. Valenciana 27 de mayo de 2004 (AS 2004/3687); STSJ C. Valenciana de 17 de noviembre de 2004 (AS 2004/3876); STSJ C. Valenciana de 17 de diciembre de 2004 (AS 2005/223): “*Cláusula resolutoria*”; STSJ Andalucía de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/143327) STSJ Andalucía de 11 de marzo de 2008 (JUR 2009/149850): “*el pacto de prueba constituye una específica condición resolutoria*”; STSJ Cataluña de 14 de julio de 2008 (JUR 2008/314862) que habla de cláusula resolutoria; STSJ País Vasco 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/322153): de manera que, sobrevenida la condición en forma de declaración de voluntad resolutoria de cualquiera de las partes contratantes, la relación jurídica se extingue de forma automática, dejando de producir efectos. Tratándose de tal sometimiento a condición resolutoria, la causa de la resolución del contrato durante el período de prueba carece de trascendencia, siempre que esté dentro del ámbito de libertad reconocido en la normativa, ya que no alcanza a la producción de efectos inconstitucionales (SSTC 94/1984 y 166/1988); STSJ País Vasco de 27 de abril de 2010 (JUR 2010/405694); STSJ de C. Valenciana de 6 de julio de 2010 (AS 2011/2014).

A pesar de ello, MARTÍN VALVERDE no acepta esta visión por cuanto “lo que depende de la no superación de la prueba no es la existencia sino simplemente la subsistencia del contrato de trabajo”⁶². De igual modo, la aceptación de esta tesis colisiona abiertamente con el propio entendimiento legal de las condiciones.

Manifestamos nuestra total conformidad a las dificultades con las que tropieza el reconducir la figura del período de prueba a la condición resolutoria, señaladas por MARTÍN VALVERDE⁶³ y reiteradas por DE VAL⁶⁴.

Si el período de prueba es una condición en el sentido legal del término, supondría que la condición vendría constituida por la insatisfacción de la ejecución en la prestación. A cualquiera de las partes contratantes le bastaría por tanto con expresar su voluntad de extinción a fin de que esta se consumase; en definitiva estaría en sus exclusivas manos la continuidad o no del vínculo laboral sin que se exigiera requisito adicional –fuera de su propio ámbito de voluntad– para ejercer esta potestad de cercenar la prestación convenida.

Efectivamente, de admitir esta conclusión, estaríamos sosteniendo que el mantenimiento del contrato se hace depender exclusivamente de la voluntad de uno de los contratantes, convirtiéndose por tanto en una condición potestativa⁶⁵ efecto este prohibido por el art.6.3 del Código Civil y por los artículos 1.155 y art.1.256 del mismo cuerpo legal.

De igual modo, entendemos que la propia definición legal del concepto jurídico “condición” no está pensada para el período de prueba. La condición es un acontecimiento, esto es, un suceso externo, algo ajeno a las partes que no depende de ellas (y por esta razón es incierto). La condición no puede ser una declaración de voluntad unilateral, porque esta no tiene cabida bajo lo que de ordinario se entiende como “acontecimiento” que es sinónimo de hecho o suceso.

⁶² MARTÍN VALVERDE, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 207.

⁶³ Últ. Cit., pág. 209.

⁶⁴ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 51. Descarta los efectos extintivos una vez cumplida la condición en forma de declaración de voluntad extintiva, al tratarse de un contrato de ejecución continuada.

⁶⁵ Se entiende que estamos ante una condición potestativa “cuando consiste en un hecho dependiente de la voluntad de uno de los sujetos del negocio jurídico inter vivos” DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol.I, op.cit., pág.539.

En el mismo sentido se pronuncia BALLESTER PASTOR negando que sea una condición resolutoria por no depender de "factores externos sino de la exclusiva voluntad de una de las partes"⁶⁶.

2.3.- La condición suspensiva.-

Nos encontramos ante una condición de esta naturaleza en los supuestos en los que el nacimiento de la relación depende del efectivo cumplimiento de la condición.

Entender el período de prueba como condición suspensiva, supone afirmar que el contrato de trabajo durante este intervalo se encuentra en suspenso, no se ha perfeccionado, toda vez que se halla pendiente del resultado satisfactorio de la condición (la prueba). En definitiva, "El período de prueba se concibe pues, como fase de pendencia del contrato de trabajo, desencadenándose la eficacia de éste a partir de la terminación de la situación de experimento"⁶⁷.

El problema de esta corriente de pensamiento (puesto de manifiesto por MARTIN VALVERDE y seguido por DE VAL⁶⁸) estriba en considerar que en tanto en cuanto no finalice la prueba, el contrato no existe, teniendo las partes tan solo una expectativa a su generación. Pero si eso fuera así ¿qué hay entonces mientras pende la prueba?.

Debemos tener presente que con independencia de que se haya convenido un período de prueba, el trabajador está obligado personalmente a la realización de una actividad remunerada, por cuenta y bajo la dependencia del empresario. Estas circunstancias, hoy por hoy, se califican -a la luz del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores- como relación laboral excepcionándose tan solo los supuestos contenidos en el propio art.1.2 del Estatuto, entre los que no existe alusión alguna al período de prueba.

A mayor abundamiento, el esquema de la condición tampoco parece resultar viable por las mismas razones que ya expusimos en el apartado precedente. La condición se sustenta en un hecho ajeno a las partes y, en este caso concreto, en el acaecimiento de un suceso imprevisto. La imprevisión en puridad aquí no concurre, por cuanto la

⁶⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, Ed. Tirant Lo Blanch "Colección Laboral", Valencia, 1995, pág.14.

⁶⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 201.

⁶⁸ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 49: "Así, el pacto de prueba suspendería la misma existencia, y no sólo la plenitud de los efectos del contrato, en tanto no se confirme el resultado favorable de aquélla. Los partidarios de esta tesis mantienen que la relación definitiva de trabajo queda en suspenso mientras pende la condición en que consiste la prueba, creándose entre tanto una mera relación de expectativa y un vínculo obligacional preparatorio".

consolidación de la relación dependería de la voluntad de uno de los contratantes.

En definitiva, “no es el período de prueba una fase de pura expectativa de efectos contractuales porque las obligaciones recíprocas de empresario y trabajador surgen desde el comienzo de aquél, y desde ese momento son exigibles, sin esperar al cumplimiento de la condición.”⁶⁹

2.4.- El precontrato de trabajo.-

Esta es otra de las opciones que señalan ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE⁷⁰ bajo las cuales se podría explicar la naturaleza del período de prueba.

No hemos encontrado explicación alguna doctrinal que nos conduzca a señalar las razones por las que puede entenderse que el período de prueba se engarza directamente en esta figura no regulada, pero ampliamente asentada de precontrato de trabajo o promesa de contrato.

Como es sabido los tratos preliminares y el precontrato de trabajo son los grandes olvidados del Derecho laboral. En lo que se refiere a la figura primera, el silencio del legislador es lógico: se trata de tomas de contacto entre el que posiblemente pueda convertirse en trabajador y empresario, pero no existe nada perfilado en lo que se refiere al concreto desempeño de la actividad laboral y las condiciones bajo las cuales se desenvolverá esta. En definitiva, no aparece una voluntad clara y contundente de asumir un compromiso laboral, sino tan solo lo que pueda ser una expectativa.

Más discutible es la falta de tratamiento legal del precontrato de trabajo, entendido este como la promesa de contratar, mediando ya un acuerdo en torno a las circunstancias de desarrollo de la ejecución laboral. El comienzo de la relación laboral se difiere en el tiempo, pero las partes ya han asumido un compromiso de vinculación que es exigible con los efectos que la doctrina judicial ha ido desglosando y que, lógicamente, exceden del objeto del presente estudio. Aquí sí se

⁶⁹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 49. En términos similares critica la tesis de condición suspensiva ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Ariel, 1987, Barcelona, 10ª Ed., pág. 323.

⁷⁰ ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, Mª E., *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 334 expone que las posibilidades en torno a la naturaleza jurídica son: contrato sujeto a condición resolutoria, contrato sujeto a condición suspensiva, contrato especial “experimental”, precontrato de trabajo, afirmando que “probablemente es la primera de ellas la que mejor se acomoda a la regulación de la institución, concibiendo la condición resolutoria como positiva y potestativa, posición que ha venido a ser aceptada explícitamente por la jurisprudencia”.

aprecia la voluntad de contratar, aunque se difiera para el futuro su concreción.

Conceptuar al periodo de prueba como precontrato de trabajo topa con la insondable dificultad, a nuestro juicio, de admitir que el contrato de trabajo en el que se señala una prueba no es en puridad una relación laboral, sino una apuesta de que esta surja en el futuro. No debemos olvidar que durante el tiempo que media el precontrato de trabajo no existe prestación de servicios, ni salario ni ninguna de las otras notas que caracterizan a la relación laboral, en definitiva nos encontramos ante "un contrato incompleto, imperfecto"⁷¹; estas circunstancias no concurren en absoluto con la relación sometida a prueba, en la que se dan cita todas y cada una de las circunstancias anteriores.

Así pues, al no existir paralelismo real entre la situación que se produce durante el precontrato de trabajo y la que acaece mediando un período de prueba, se descarta absolutamente que podamos calificar a la prueba como una especie de precontrato laboral.

2.5.- El contrato de ensayo.-

Se parte en esta teoría –fundamentalmente formulada por DEMOGUE- de entender que el contrato servirá a modo de preparación del que posteriormente se suscribirá, aplicándose esta teoría a todos los negocios contractuales caracterizados cuando su régimen de extinción es causal.

De esta manera el segundo contrato contendría básicamente los mismos extremos que el primero, estribando la particularidad del contrato de ensayo en el específico régimen de extinción libre que durante su vigencia impera.

Los inconvenientes de aplicar esta teoría al período de prueba tropiezan (MARTÍN VALVERDE⁷²) de la constancia fáctica de que no se puede distinguir entre los dos contratos. Una vez se supera el período de prueba, no existe una segunda relación laboral, sin que se pueda hablar con propiedad de dos momentos contractuales diferentes y sucesivos.

La segunda traba consiste precisamente en la finalidad a la que viene llamada el contrato a ensayo que no es compartida con la que se destina al período de prueba, pues no puede decirse en puridad que la prueba tenga como cometido propio el preparar una relación futura y servir a modo de promesa de contrato.

⁷¹ DEMOGUE R.: *Tratado de las obligaciones en general*. Tomo II, Rosseau, París, pág.3.

⁷² MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, pág.195-198.

Así pues, no es posible equiparar la prueba con el contrato a ensayo por cuanto no hay obligación posterior que vincule a las partes a continuar con la relación laboral y porque si además el contrato a ensayo actúa como contrato preliminar no existirían más derechos y deberes de las partes que los propios a un compromiso de formalización de futuro contrato. Esta circunstancia no concurre en el período de prueba, toda vez que durante el mismo las contratantes asumen las mismas obligaciones y ostentan idénticos derechos que cualquier otro trabajador no vinculado a la prueba (a salvo, aunque no sea detalle pequeño, únicamente la posibilidad de extinción libre).

2.6.- El contrato de trabajo especial.-

Tal y como anunciábamos en párrafos precedentes, los máximos exponentes de esta teoría son RODRÍGUEZ PIÑERO y BAYÓN CHACÓN⁷³. Ambos encuadran el contrato de prueba en una categoría de contratos mixtos.

De esta manera, el intercambio salario por actividad laboral tendría un valor accesorio siendo el principal ingrediente del contrato celebrado a prueba la realización del experimento al que se comprometen las partes. Se observa ya cómo desde la línea de salida se concede un valor preponderante al experimento, concibiendo a este como causa del contrato suscrito⁷⁴ y constituyendo la obligación de retribuir y de prestar el trabajo tan solo elementos auxiliares que ayudan a que el ensayo se pueda acometer.

En la propia definición del concepto encuentra esta línea de pensamiento su principal debilidad de cara a resistir las críticas de otros sectores doctrinales.

Tal y como hemos visto, las opiniones divergentes a este entendimiento vinieron primitivamente de la mano de MARTÍN VALVERDE⁷⁵ pero han sido continuadas por DE VAL⁷⁶. De aceptar como cierta esta tesis nos encontraríamos irremediablemente con que existen dos momentos contractuales diferentes: el primero sería el que tiene por objeto propiamente el desempeño de la prueba y el

⁷³ BAYÓN CHACÓN G, “Contratos especiales de trabajo. Concepto”, en VV.AA., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo* Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1965, pág.10, que clasificó a los contratos de trabajo en contratos de trabajo común y contratos de trabajo especiales

⁷⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.200 “la tesis del contrato de prueba incurre en el defecto de sobrevalorar indiscriminadamente el papel del experimento hasta convertirlo en elemento de la causa, e incluso en elemento principal de la misma, al que está subordinado el propio funcionamiento del intercambio trabajo-remuneración, definitorio del tipo “contrato de trabajo común”.

⁷⁵ *Ibidem*, pág.198.

⁷⁶ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 47.

segundo –por vía de novación de la primitiva relación- el que se produce hipotéticamente en los casos de continuidad en la prestación de servicios una vez ha finalizado el período probatorio.

No obstante estos hechos no se corresponden con la realidad, porque cuando el trabajador continúa prestando su actividad laboral “no hay más que un contrato, y este es el mismo desde que el trabajador ingresó en la empresa”⁷⁷, pues no se ha de olvidar que “El acuerdo inicial de voluntades es la única fuente constitutiva de la relación entre las partes durante y al final de la prueba”⁷⁸.

Existe un solo consentimiento, una sola causa y un solo objeto. Una vez terminada la prueba –y salvo que se haya ejercitado la facultad extintiva- el vínculo continúa sin que sea preciso constituir nueva relación. El contrato de trabajo surge desde el principio en la medida en que en la práctica se produce el intercambio de servicios por remuneración y concurren en esta relación las notas definitorias de la relación laboral.

2.7.- Conclusiones iniciales.-

Hemos descartado todas y cada una de las explicaciones en torno al período de prueba, y acaso estemos en condiciones de argumentar qué no es el período de prueba, pero ahora la pregunta inevitable es ¿entonces qué es? ¿bajo qué categoría jurídica podemos englobar al período de prueba?.

Autores como RODRÍGUEZ PIÑERO⁷⁹ entienden que es una “institución laboral autónoma”⁸⁰, tal y como se deduce cuando el legislador entiende no aplicables las normas generales de extinción del contrato.

BALLESTER PASTOR afirma que no nos encontramos ante un contrato distinto⁸¹, sino que tan solo se trata de “la primera fase temporal de un único contrato”⁸² y en el mismo sentido se manifiesta DE VAL⁸³ al configurarlo como “la etapa inicial de una relación laboral, originando desde el primer momento todos los derechos y

⁷⁷ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 47.

⁷⁸ DE VAL, A.L.: *Ibídem*.

⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO Y FERRER. M.: “Naturaleza jurídica del período de prueba”, op.cit., pág. 474.

⁸⁰ Últ.cit., pág.468; STSJ de Islas Canarias de 29 de octubre de 2008 (AS 2009/500).

⁸¹ Tal y como refleja MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.84, en los comienzos de la evolución de la institución probatoria en ocasiones el Tribunal Supremo explicó que el período de prueba era un contrato eventual apoyándose en los extintos artículos 28 y 76.2 de la Ley de Contrato de Trabajo.

⁸² BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 13.

⁸³ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 53.

obligaciones". "El negocio jurídico es único y una sola la relación de trabajo, si bien como contenido de la misma se integra una cláusula por virtud de la cual se reconoce a las partes la facultad de resolver el contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido, o la de extinguir ante tempus un contrato de trabajo de duración determinada".

En la misma dirección, BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA⁸⁴, explicitan que "desde el momento en que el período de prueba exige consentimiento, objeto y causa, es un verdadero contrato y puesto que el objeto del mismo es un conjunto de prestaciones y contraprestaciones referidas al trabajo, será un contrato de trabajo, cuya única diferencia o especialidad con los demás contratos de trabajo consiste en que la rescisión es libre para cada una de las partes y no engendra obligación indemnizatoria alguna".

No lo entiende así MONTOYA MELGAR⁸⁵, pues aunque "la dicción del artículo 14.3 de la LET puede inducir a pensar que el legislador ha querido configurar la prueba como una fase o etapa del contrato de trabajo, y no como una figura contractual diversa, nótese sin embargo que el propio precepto niega "plenos efectos" al período de prueba confirmando así su peculiaridad -ente otras peculiaridades- frente al contrato de trabajo". Para fundamentar aún más su conclusión, expone que el Estatuto "aporta un argumento adicional a favor de la tesis de la dualidad de pactos, en cuanto que elimina la posibilidad de que el contrato se celebre a prueba ope legis, y encomienda a la autonomía de la voluntad de las partes la decisión acerca de tal negociación".

Recientemente, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ⁸⁶, sostiene que estamos ante un "pacto ad inspiciendum". Entendemos que el autor se está remontando a una figura romana calificada como datio ad inspiciendum. Mas, entendemos que no es posible asimilar el período de prueba a esta figura, toda vez que aquella referencia romana hace alusión a un tipo de contrato o relación de tracto único y el contrato de trabajo constituye netamente un vínculo de tracto sucesivo, perfecto desde que se produce la real y efectiva prestación de servicios, generándose desde ese momento derechos y obligaciones de contenido múltiple a partir de ese instante, a diferencia de lo que ocurre con la actio ad inspiciendum que no provoca más efecto que el del examen de la cosa para proceder o no a una hipotética y futura vinculación .

⁸⁴ BAYÓN CHACÓN, G., PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 265.

⁸⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., págs. 514-515.

⁸⁶ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Valencia, 2014, Tirant lo Blanch. Disponible en Tirant on line [en línea] TOL4.143.427.

No se pueden exportar figuras que explican relaciones que se perfeccionan y finalizan a través de un único acto con aquellas que implican un sucesivo intercambio de prestaciones a lo largo de un determinado período de tiempo.

En nuestra opinión, no se puede sustentar que el período de prueba constituya una realidad diferente del propio contrato de trabajo. Se trata tan solo de una cláusula que, encontrando amparo en la libertad de los contratantes, modifica temporalmente el régimen de extinción contractual normal u ordinario, en virtud de una especial habilitación legal al efecto. En nada difiere en cuanto a su naturaleza de cualquier otra estipulación que se concierte por el empresario o trabajador. Queda, por tanto, constituido "un contrato de trabajo del que forma parte de su contenido un acto de prueba facultado por el propio E.T"⁸⁷.

A decir con las palabras de DURÁN LÓPEZ⁸⁸: "Más que la discusión dogmática, por tanto, de si estamos en presencia de un contrato sometido a condición resolutoria o suspensiva, o de un contrato sometido a término que si no media denuncia o si continúa ejecutándose se transforma en contrato normal de duración indefinida, interesa resaltar que, tal como entre nosotros se ha configurado, la naturaleza del período de prueba viene dada por la no vigencia durante el mismo de las normas reguladoras (limitadoras) de la extinción del contrato de trabajo."

La clave estriba, según nuestro entender, en determinar cuál es el objeto y la causa de la prueba y señalar cuáles son las propias al contrato de trabajo, a fin de compararlas para observar si efectivamente existen o no diferencias, y aunque quizá sea anticiparnos, nuestra conclusión es su total coincidencia.

Así pues, nos parece más acertada la idea de que estamos frente a un contrato al cual pueden serle añadidas "cláusulas especiales"⁸⁹ y todo lo más como "un contrato común con particularidades"⁹⁰. El período de prueba de esta manera -CRUZ VILLALÓN- constituye "una fase inicial del contrato de trabajo"⁹¹, descartándose por este mismo autor que el período de prueba constituya per se un contrato de trabajo⁹².

⁸⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "El período de prueba", en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), EDERSA, T. IV, Madrid, 1983.op.cit., pág. 29.

⁸⁸ DURÁN LÓPEZ, F.: El período de prueba. Voz para una enciclopedia. Op. Cit.

⁸⁹ ALONSO GARCIA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 326.

⁹⁰ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 515.

⁹¹ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 6ª Ed., 2013, pág.136.

⁹² Ult. Cit., pág. 138.

La circunstancia de que el legislador haya excepcionado temporalmente el régimen de extinción no le confiere una impronta tal que modifique realmente ante qué nos encontramos. Si sostenemos que es un estadio previo a la contratación sería como admitir que no existe entonces relación laboral alguna, hecho este que casa inadecuadamente con la realidad de la prestación efectiva y remunerada de los servicios prestados y con el propio deseo del legislador.

Así, el período de prueba se encuentra (a diferencia de los estadios previos de la contratación) expresamente contemplado por nuestro legislador en un precepto (el art.14 del Estatuto de los Trabajadores) ubicado posteriormente a los que ya nos han aclarado cuándo estamos ante una relación laboral y, como no podía ser de otra manera (art.1.262 del Código Civil), esta aparece con la consonancia de voluntades que se manifiesta de la circunstancia real de prestación de servicios por cuenta y bajo la dirección de otra persona.

No es una "institución laboral autónoma" solo un pacto que presenta su idiosincrasia propia⁹³ y que efectivamente se resiste a su calificación como condición (por las razones que nuestra doctrina expone) y que tiene su origen en la limitación de las posibilidades extintivas generales del empresario como expresión de una excepción al principio de conservación de negocio que impera e informa el derecho laboral individual.

De ahí la previsión legal, luego confirmada y reiterada jurisprudencialmente, de que los derechos que ostenta un trabajador sometido a la prueba son idénticos a los que goza un empleado que no tenga tal cláusula⁹⁴ y si se propugna esa igualdad que abarca todas las facetas (económicas o no) de la prestación de servicios convenida, no podemos sino manifestar de forma concluyente que la previsión contractual del período de prueba no transforma la realidad contractual laboral⁹⁵, sino tan solo establece una excepción a lo que constituye el régimen ordinario de extinción laboral⁹⁶.

⁹³ "se resiste a cualquier intento de calificación general unitaria": MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit.,pág. 212.

⁹⁴ STS de 15 de febrero de 1990 (RJ 1990/1091), resaltando la idea de la igualdad retributiva; STS de 14 de julio de 1986 (RJ 1986/4125); STSJ País Vasco 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/322153); STSJ de Islas Canarias de 29 de septiembre de 2006, (AS 2006/2946); STSJ de Islas Canarias de 31 de julio de 2006 (AS 2006/3072); STSJ de Islas Canarias de 17 de marzo de 2006 (AS 2006/2427); STSJ de Andalucía de 9 de marzo de 2006 (AS 2006/2820); STSJ Andalucía de 22 de diciembre de 2003 (AS 2003/4214); STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 1992 (AS 1992/4348). Los derechos "son iguales a los de cualquier otro de plantilla" con la salvedad de la extinción libre.

⁹⁵ STSJ Andalucía de 11 de marzo de 2008 (JUR 2009/149850): "En ningún caso se trata de un período previo al contrato de trabajo, sino que está incluido en una relación laboral ya iniciada, por lo que, durante el mismo, el trabajador tiene los derechos y obligaciones del puesto de trabajo que desempeña, en los mismos términos que el resto de los trabajadores. Así, por ejemplo, durante el período de prueba

No podemos aceptar que se trate de una "fase preliminar del contrato, en la que este aún no ha alcanzado toda su plenitud"⁹⁷ durante la cual se "...suspende durante la permanencia del mismo determinados efectos del contrato laboral, esto es los de pertenecer a la plantilla de la empresa y los derivados de la resolución de la relación laboral, de manera que los mismos únicamente entran en vigor, si se supera a satisfacción de ambas partes... entrando el trabajador tan sólo tras el mismo a formar parte de la plantilla de la empresa".

Destaca la sentencia que el trabajador durante esta fase tiene "*meras expectativas de [tal] permanencia, condicionadas a la superación del período de prueba*", no obstante entendemos que estas expectativas no lo son tales. En primer lugar porque si fuera así el período de prueba tan solo sería posible en los contratos indefinidos –o "permanentes"– y por otro, porque estaría vedada la posibilidad de hacer coincidir el tiempo de prueba con el de la duración íntegra del contrato (pues, en este supuesto claramente no existe posibilidad de permanencia de ningún tipo). Anticipando el discurso en el que más adelante nos detendremos, desde el momento en que no existe obligación de garantizar el puesto de trabajo si el resultado de la prueba es satisfactorio, no puede hablarse de esta esperanza en orden a la permanencia.

Somos de la opinión de que la plenitud de la relación laboral se produce ab initio, con independencia de que se haya o no suscrito el pacto, la única particularidad se produce con relación a la posibilidad de la extinción. Es tan pleno como lo podría ser un contrato temporal, incluso aquel que podría reconvertirse –por previsión convencional por ejemplo– en indefinido. Se trata, por tanto, de "una fase temporal

el trabajador ha de estar dado de alta en la Seguridad Social y se ha de cotizar por él, igualmente se ha de tener el mismo régimen retributivo (STS 15-2-90, RJ 1091)".

La "*relación laboral existe y produce efectos desde que se inicia el período de prueba*" según STSJ Andalucía de 26 de octubre de 1999 (AS 1999/4416)

⁹⁶ STSJ Madrid de 25 de septiembre de 2009, (AS 2009/2855); STSJ Madrid de 23 de junio de 2008 (JUR 2008/283441).

⁹⁷ STSJ Andalucía de 12 de mayo de 2000 (AS 2000/2691). En el mismo sentido, concibiendo "*Fase preliminar del contrato, en la que éste aún no ha alcanzado toda su plenitud*", la STSJ Madrid de 22 de junio de 1999 (AS 1999/2759).

STSJ Madrid de 12 de septiembre de 2000 (JUR 2000/307935): lo concibe como "*período preliminar a la entrada plena en vigor del contrato*" "*suspende durante la permanencia del mismo determinados efectos del contrato laboral, esto es los de pertenecer a la plantilla de la empresa y los derivados de la resolución laboral, de manera que los mismos únicamente entran en vigor, si se supera a satisfacción de ambas partes ese período probatorio*". Arguye acerca de la consolidación posterior de la relación (cuando desaparezca la prueba). Ineludiblemente estas consideraciones nos hacen pensar en el precontrato. Enuncia que la extinción se produce porque "*se revela inexistente la causa del mismo*" (del contrato). No tenía derecho de permanencia sino una mera expectativa condicionada a la superación de la prueba.

al inicio de una relación contractual única, en la que se contiene una cláusula con especialidades extintivas para esa fase inicial”⁹⁸.

Además, entendemos que el trabajador forma parte de la empresa desde el comienzo, pues los derechos que este tiene son idénticos al resto de sus compañeros, las obligaciones del empresario con respecto a este trabajador son las mismas que con relación al resto de sus empleados. Se trata, por tanto, de una fase del contrato de trabajo en donde el régimen ordinario en materia de extinción se excepciona, posibilitando a las dos partes durante el transcurso del período de prueba a deshacerse del compromiso laboral sin que sea trascendente desde el punto de vista jurídico la causa que impulsó a la parte a deshacerse del vínculo⁹⁹.

El artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores consagra de este modo una excepción legal al principio de obligatoriedad de los pactos, axioma consagrado en los artículos 1.091, 1.255, 1.256 y 1.258 del Código Civil.

⁹⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 7ª Ed, 2.014, op.cit., pág. 138.

⁹⁹ DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba. Voz para una enciclopedia”, op.cit.; GARCÍA RUBIO, M.A., “Desistimiento durante el período de prueba” en *Extinción del contrato de trabajo*, ALBIOL MONTESINOS, I. (Dtor.), Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 65 a 118. Disponible en línea [Tirant on line], TOL 2.043.083.

III.-EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

3.1.- El principio de conservación del negocio.-

Hablar de esta máxima inspiradora de la legislación laboral actual requiere, a nuestro juicio, echar la vista atrás para tratar de aproximarnos a cómo y cuál fue la razón por la que nació el Derecho del Trabajo. En torno a esta disquisición forzoso es concluir que esta rama de nuestro ordenamiento ha tendido, tradicional y actualmente, a idear fórmulas a fin de salvaguardar los intereses de los trabajadores y, a la par, garantizar que el empresario bajo el cual se hallan sometidos pueda organizar sus recursos humanos.

Estas consideraciones parten de la premisa del conflicto de intereses que se produce entre la posición empresarial y la que asume el trabajador y cómo nuestras normas laborales han tratado de limar esta desigual posición ofreciendo soluciones que no son, sin embargo, perpetuas sino que tratan de responder a las concretas realidades de cada uno de los momentos históricos vividos. Se trata, en definitiva, de conciliar los legítimos intereses empresariales protegiendo, no obstante, la débil posición contractual en la que queda el trabajador.

Teniendo presente esta situación de hecho (la falta de paridad entre la postura empresarial y la que asume el trabajador) nuestro Derecho Civil se muestra inoperante para corregir las situación de desigualdad y, concretamente, el contrato de arrendamiento de servicios se desvela como inútil a estos efectos.

Manifestaciones de la tutela dispensada en nuestra norma base laboral a los intereses maltrechos del trabajador, encontramos a lo largo de todo el articulado. Ciñámonos, no obstante, en aquello que nos afecta especialmente por ser objeto –aun cuando sea indirecto– del presente: la muerte del vínculo a instancias del empresario. El legislador ha optado por desechar la opción de un despido sin causa, encontrándose todo el capítulo dedicado a la extinción del vínculo laboral claramente presidido por la idea de conservación del negocio, entendida como estabilidad en el empleo, a fin de proteger la inestable situación en la que puede quedar sumido un trabajador cuando la terminación de su contrato depende únicamente de la voluntad de su empresario. Principio este, el de estabilidad en el empleo, que engarza directamente con el derecho al trabajo recogido en el art.35 de la Constitución Española¹⁰⁰, formando parte integrante de su contenido esencial.

¹⁰⁰ STC 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981/22):” el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto:

La trascendencia del derecho a la estabilidad en el empleo es afrontada por DE LA VILLA GIL, rebasando la dimensión meramente profesional para extenderse a la personal: "el fundamento último del principio de estabilidad en el empleo se encuentra en los derechos de trabajar y a trabajar del hombre a fin de conseguir objetivos individuales y de alcance social"¹⁰¹.

El axioma o principio antes anunciado no solo inspira la parte dedicada al fin de la relación de trabajo, sino que exponentes del mismo se observan cuando se regulan las modificaciones del contrato, cuando se conciben las modalidades contractuales temporales, se incorpora el principio de presunción a favor de la contratación indefinida e incluso en las situaciones que darán lugar no a la extinción sino a la suspensión del lazo laboral o a la hora de normar la sucesión contractual y en la propia excepcionalidad con la que se configura la nulidad de los contratos de trabajo ex art.9 del Estatuto de los Trabajadores.

Por supuesto, el principio de conservación del negocio está enfocado como una garantía que tiene exclusivamente el trabajador y que trasciende a nuestros tribunales¹⁰². Dicho de otro modo, el empresario no puede retener al trabajador en contra de su voluntad, pues el ordenamiento jurídico laboral (de nuevo haciendo gala de un esfuerzo para tratar de compensar la balanza laboral) le ha dotado al empleado de una prerrogativa que no tiene parangón con las que ostenta el empresario: el derecho a dimisión.

Recordemos que el trabajador, con independencia de las consecuencias pecuniarias que pudiera tener que soportar por mor de no haber respetado los pactos a los que se hubiera expresa o implícitamente comprometido (pacto de permanencia en el primer

individual y colectivo, ambos reconocidos en el artículo 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una causa justa". En el mismo sentido, STC 109/2003, de 5 de junio y STC 192/200, de 27 de octubre (RTC 2003/192). Incluye también este derecho fundamental la posibilidad de reaccionar contra las medidas de extinción (STC 20/1994, de 27 de enero –RTC 1994/20- STC 192/2003 de 27 de octubre y STC 119/2014 –RTC 2014/119).

El aspecto colectivo del derecho al trabajo incluye un mandato a los poderes públicos para que procuren una política orientada hacia el pleno empleo (art.35.1 CE en relación con el art.40 CE).

¹⁰¹ DE LA VILLA GIL, L. E., "Problemas de la estabilidad en el empleo", Publicaciones de la Escuela social de Murcia, 1973, pág. 2. (Extraído de GUERRERO VIZUETE, E.: "Estabilidad en el empleo y reforma laboral: la debilitación de un principio", Revista de Derecho Social núm.61. Enero 2013. Ed. Bomarzo. Pág.95).

¹⁰² Cabe destacar, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (EDJ 2012/209073); STS de 1 de julio de 2010 (EDJ 2010/246773): principio de conservación del negocio, al que se hizo referencia en la citada Sentencia de 07/12/09 (210/09, EDJ 2009/300354) que inspira toda la normativa laboral y muy particularmente informa la extinción del contrato de trabajo; STS de 14 de mayo de 2007 (EDJ 2007/80459).

supuesto o preaviso en cualquiera de las dos hipótesis), podrá romper el nexo que le une con su empresario, sin tener ni tan siquiera que expresarlo oralmente (abandono) y, mucho menos, dejar constancia de las razones o motivos que ha tomado en consideración para la desunión, por cuanto tiene la autorización legal –que parte de nuestra Carta Magna y, concretamente, del mencionado art.35- para proceder de este modo: el art.49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Con esto queremos afirmar que el principio de conservación del negocio responde a los intereses del trabajador y es la plasmación de la garantía que tiene este para asegurarse su sustento económico, e incluso, su estabilidad personal.

Sigamos con esta idea. De la realidad que nos envuelve, podemos ver que la posición que ostenta el empleador no es comparable con la que tiene el trabajador. El empleado se compromete a una actividad que, aun cuando sea prestacional, tiene indudables connotaciones personales (no es posible escindir a una persona en dos vertientes: la laboral y la individual), pero si analizamos los compromisos asumidos por el empleador, podemos reconducirlos a uno: el propio a una obligación pecuniaria. Como se puede observar del planteamiento anterior –y recoge MARTIN VALVERDE¹⁰³- las implicaciones son diferentes; si bien es cierto que determinadas prestaciones del empleador son de hacer –las accesorias- estas “ni afectan a la esfera jurídica de la persona, ni tienen por qué ser realizadas personalmente”.

Acaso, por esta razón, la facultad de extinción contractual unilateral de empresario se “restringe, pues, exclusivamente, a la defensa de los intereses patrimoniales del empleador conectados a los principios de libertad contractual y de libre iniciativa económica. Ello quiere decir que aquella facultad puede ser limitada, o condicionada, o incluso suprimida, si entra en conflicto con otros intereses jurídicos que se consideren dignos de protección. Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido con el interés de los trabajadores a la conservación del vínculo laboral.”¹⁰⁴

La limitación de estas posibilidades extintivas empresariales se consigue con la exigencia de que los actos de finalización de la relación laboral que lleve a cabo el empresario necesariamente han de sustentarse en una causa, entendida esta como “motivo justo”¹⁰⁵;

¹⁰³ MARTÍN VALVERDE, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 108.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, Comunicación presentada a las XXXI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, “Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico”, celebradas en Cádiz, 13 y 14 de diciembre de 2012, [en línea].

y en este contexto aparece el período de prueba concebido como lapso temporal en donde cualquiera de las dos partes (no solo el trabajador) puede finalizar la relación inicialmente convenida sin esgrimir causa alguna.

Pero si el legislador ha realizado una apuesta clara por la conservación del negocio entablado entre empresario y trabajador a fin de garantizar su subsistencia económica ¿cuál es la razón por la que se introduce en nuestro ordenamiento una excepción a lo que es el régimen normal en materia de extinción y que se llama período de prueba?. No podemos responder a esta cuestión, hasta en tanto no analicemos qué persigue el período de prueba.

Presente, no obstante, hemos de tener cómo el vigor con el que se concibe el principio de estabilidad en el empleo no ha sido ni mucho menos el mismo en el pasado que en el momento reciente. Así, BALLESTER PASTOR¹⁰⁶ destaca la relajación experimentada desde el origen de la figura de la prueba hasta la época actual, siendo el momento en que alcanza su máximo esplendor el coincidente con la Ley de Relaciones Laborales.

3.2.-La razón de ser del período de prueba.-

La necesidad que se trata de satisfacer con la suscripción del período de prueba no puede ser entendida sin referirnos siquiera someramente a la concepción de la prestación de servicios que denominamos como “laboral”.

Teniendo en consideración la definición legal acerca de lo que es un contrato de trabajo, nos interesa destacar en este punto cómo las partes se van a comprometer a una relación de tracto sucesivo, esto es, dotada de una no despreciable dosis de estabilidad.

El menor o mayor grado de estabilidad laboral dependerá, lógicamente, de la modalidad contractual elegida, pero incluso los contratos de naturaleza temporal no se escapan de participar de esa continuidad temporal.

En esta relación de tracto sucesivo se generan una serie de obligaciones sinalagmáticas que, simplificando, consisten de un lado (trabajador) en la necesidad de prestar un servicio y de otro (empresario) en la exigencia de abono de salario.

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=7ae5157f-1c42-40b1-b652-3ca897578b4f&groupId=10128, op.cit., pág.5. Destaca que ese “motivo justo” se precisa por el legislador, siendo por ende, susceptible de variación.

¹⁰⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., págs. 11-13.

Partiendo de esta circunstancia, se observa cómo en la vinculación laboral se imbrican intereses variados que exceden de la simple puesta a disposición de mano de obra¹⁰⁷. Como relación humana que es, en la relación laboral se valorarán aspectos que podríamos calificar como "objetivos" -relativos a la titulación o experiencia del trabajador (por el lado empresarial)- pero también otros que exceden de la posible constatación técnica de las cualidades laborales.

En este último sentido, el empresario puede exigir del futuro trabajador cualidades que entiende como imprescindibles (o, al menos, convenientes) para que la labor que presta este se pueda calificar a sus ojos como satisfactoria. Es decir, al introducir el sustantivo "satisfacción" empresarial estamos haciendo referencia a otra serie de elementos que se engarzan directamente en las cualidades personales del trabajador y que pueden ser muy variados (capacidad de liderazgo, empatía, creatividad, habilidad para trabajar en grupo, sociabilidad, habilidades interpersonales y un largo etcétera) cuya apreciación empresarial es harto complicada (por no decir imposible) en el momento en que se realiza la contratación, aun cuando se haya previsto la superación de un detallado proceso de selección laboral. De igual modo, la satisfacción de la labor contratada dependerá no solo de las exigencias habituales del mercado sino más directamente de los requerimientos personales que el concreto empresario vierta sobre su trabajador. Dicho de otra forma, la actividad desplegada por un trabajador puede cubrir las expectativas de un empresario pero necesariamente no tiene por qué alcanzar los requerimientos de todo empleador.

En un mundo como el actual en el que nos encontramos ante una mano de obra cada vez más especializada, formada y cualificada, los talentos que no se pueden valorar a través de la aportación de títulos expedidos por entidades oficiales constituyen (y, nos aventuramos a decir, constituirán) los rasgos que se valorarán por los empresarios, pero estas cualidades personales de los trabajadores que tienen su proyección en el ámbito laboral se observan necesariamente con el efectivo ejercicio de la actividad prestacional, no previamente a su concertación.

Situándonos desde el punto de vista del empleado, también a este le puede resultar decisivo conocer no solo el tipo de relación que

¹⁰⁷ MORENO VIDA, M.N.: "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm.34, julio 2013, pág.106. Señala que "Su fundamento teóricamente se puede encontrar en la vocación formal de permanencia del contrato de trabajo y en la incidencia que determinadas condiciones de carácter personal pueden tener en el desarrollo de la relación laboral. "

va a entablar, el cometido específico que tendrá que desarrollar y la remuneración que va a percibir, sino también el ambiente laboral en el que se insertará o el talante de la persona que concretamente ejercerá sobre él la potestad de mando.

Así pues y recordando a ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE¹⁰⁸, de entre todos los componentes a valorar por el empresario solo uno de ellos hace referencia a sus cualidades profesionales. Se entiende que la prueba busca constatar respecto del trabajador: "1º motivación para el trabajo; 2º un mínimo de aptitud; 3º capacidad de ajustarse a reglas; 4º capacidad para obtener un rendimiento con ciertos niveles mínimos de cantidad y calidad; 5º apariencia personal adecuada según costumbre; 6º relación apropiada con superiores y compañeros de trabajo; 7º capacidad de concentración y aislamiento en el trabajo".

En definitiva, se observa cómo en la relación laboral se entremezclan una gran cantidad de aspectos que además no pueden ser valorados hasta que el trabajador no desciende al terreno de juego. Como relación fiduciaria que es, el elemento personal juega un papel en absoluto desdeñable. Aquí es donde el período de prueba entra en acción y se convierte en el mecanismo más útil e idóneo para saber cómo se desarrollará "sinceramente" la prestación de servicios.

Así, el período de prueba "consiste precisamente en experimentar sobre el terreno la satisfacción del interés del empleador tras la puesta en práctica de la relación laboral"¹⁰⁹. Por esta razón se puede concebir como "un lapso de tiempo inicial en el contrato de trabajo que da la posibilidad a las partes a extinguir unilateralmente la relación existente entre ambas, porque, visto su desarrollo efectivo, se juzga dañosa"¹¹⁰ y que se tiende a justificar porque se piensa que durante esta "situación aún no se alcanza la estabilidad en el empleo que la norma concede"¹¹¹.

Cualidades profesionales y cualidades personales. A pesar de todo nuestro discurso hemos de notar que sobre la apreciación de las cualidades profesionales durante el período de prueba no cabe discusión. Es aceptado unánimemente que el período de prueba sirve

¹⁰⁸ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E, *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26ª Ed, 2009, pág. 333, nota 58, que cita a Work and Human Behaviour, 2º Ed., 1977, págs. 157-159, 202-210.

¹⁰⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 213.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ -PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Naturaleza jurídica del período de prueba", op.cit.,

¹¹¹ SEMPERE NAVARRO, A.: "La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales", Revista MTAS núm.58 (2005), pág. 169.

con utilidad para conocer los aspectos o cualidades técnicas del sujeto contratado¹¹², pero no ocurre igual con la dimensión personal.

Tanto MARTÍN VALVERDE como PIQUERAS PIQUERAS niegan que el fundamento del período de prueba radique en el elemento personal¹¹³, ciñéndose a la constatación de aspectos puramente técnicos y relativos a la aptitud profesional.

Siguiendo con el primero de los autores –y en clara coherencia de su discurso– si el período de prueba atiende a intereses netamente empresariales y su destino natural es el que el empresario pueda conocer si el trabajador es adecuado técnicamente al puesto encomendado, obligado es concluir la incompatibilidad de la prueba con respecto a determinadas ocupaciones laborales para las que el instrumento de las negociaciones preliminares se torna en el adecuado a fin de obtener la constancia que el empresario desea¹¹⁴.

Para nosotros, no obstante, es irrefutable que el período de prueba sirve tanto para examinar las cualidades profesionales como las personales¹¹⁵, sin que ninguno de los dos análisis destaque en grado de importancia sobre el otro y siendo por tanto este lapso temporal el adecuado para todo tipo de ocupaciones que se pretendan cubrir.

En este sentido, el conocimiento mutuo de las partes constituye un “ingrediente”¹¹⁶ más del sentido del período de prueba¹¹⁷ que

¹¹² MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 138 “La justificación del período de prueba es aquí clara: la comprobación de la aptitud para el trabajo solo se puede hacer sobre el terreno, porque en las negociaciones preliminares al contrato faltan ciertas habilidades o condiciones técnicas que entran en el contenido de la misma”.

¹¹³ MARTÍN VALVERDE A., *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., niega el carácter fiduciario del contrato de trabajo (págs. 115-120) sustituyendo la nota intuitus personae (pág.124) por el concepto de aptitud (pág.131) entendiendo que éste comprende (pág.131) no sólo las “condiciones técnicas del trabajador ...como aquellas cualidades personales que incidan directamente en el desempeño de ciertos puestos o funciones laborales”; PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, Ibidem, Madrid, 1995, pág. 42: “durante el período de prueba sólo se puede valorar la aptitud profesional del trabajador (intuitus personae) quedando fuera de valoración circunstancias ajenas a este hecho”, remitiéndose a la obligación de experimento que más tarde analizaremos.

¹¹⁴ MARTÍN VALVERDE, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 186: “En tales casos, a nuestro juicio, la contratación a prueba, a más de superflua, podría eventualmente ser calificada como manifiesto abuso de derecho en el sentido del art.76.1 de la LCT y del art.7 del CC.”

¹¹⁵ STSJ Castilla y León de 17 de octubre de 2007 (JUR 2007/36289): “La finalidad del periodo de prueba es el mutuo conocimiento de las partes en relación con el desempeño efectivo y práctico de la actividad laboral, lo que no puede equipararse a la mera constatación de la posesión por el trabajador de unos determinados conocimientos teóricos. “

¹¹⁶ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.332.

¹¹⁷ En el mismo sentido, que sirve para valorar cualidades personales: DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 23; ALONSO OLEA, M.: *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, op.cit., pág.24: “que, por la peculiar naturaleza del contrato de trabajo, la prueba afecta no sólo a las prestaciones materiales que constituyen el objeto económico del mismo, sino a las prestaciones inmateriales e impalpables y concretamente a la

elimina los riesgos futuros y sirve para ordenar el "desarrollo de unas relaciones laborales continuadas, correctas y eficientes"¹¹⁸. El período de prueba representa, de esta manera, el mecanismo más útil a efectos de comprobar la "idoneidad" (BARREIRO¹¹⁹) del trabajador, concepto este que nos parece muy acertado por cuanto engloba los dos aspectos (actitud y aptitud) que redundan sobre la prestación de servicios convenida.

Dentro de los elementos personales necesarios que han de concurrir para entablar una relación laboral, habría que señalar por la parte empresarial la evaluación de la "sociabilidad, disciplina, instrucción, diligencia, rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad a las directrices patronales, etc", de lado del trabajador éste tendrá en consideración datos como el ambiente laboral, si su capacidad es adecuada, el sistema de trabajo, la organización, la relación de los elementos de esta¹²⁰.

Precisamente, la circunstancia de que el período de prueba se conciba como lapso para comprobar la concurrencia de las cualidades personales que el empresario y trabajador exigen en su fuero más o menos interno, posibilita a las partes extinguir el vínculo sin necesidad ya no solo de expresar la causa que motiva su decisión sino de que esté vinculada la extinción a la comprobación de las aptitudes profesionales de cualquier tipo de trabajador sea cual sea la labor concretamente desempeñada por este.

Si fuera otra la conclusión estaríamos causalizando la extinción, pues, en este caso, se tendría que advenir que la razón de terminación contractual ha obedecido a motivos netamente profesionales, teniendo que descender a la acreditación de las causas técnicas por las que el trabajador no es válido y siendo más prolijo el examen y enumeración de razones cuanto más experiencia y titulación acompañara al trabajador, dado que estos datos -aptitudes previas- redundan en una mayor capacitación del empleado y, por

confianza mutua que cuando menos inicialmente debe ligar a trabajador y empresario". En la misma línea, BARRERIRO GONZÁLEZ, G. "El período de prueba", op.cit., págs. 25-26 "la confianza, por tanto, no es un elemento extraño, incongruente o incoherente con el período de prueba, su existencia es razonable aunque no forzosamente necesaria o imprescindible, dependiendo no sólo de esto, sino también en cuanto a su grado y exigencia del tipo de trabajo, así como del talante del empresario, que es en definitiva quien contrata y quien fija las coordenadas a través de las cuales quiere contratar"; GARCÍA RUBIO, M.A.: "El desistimiento durante el periodo de prueba", op.cit.: la prueba está destinada "al conocimiento recíproco de los contratantes, a la comprobación de sus respectivas aptitudes y condiciones personales, y a la valoración de las características de la prestación laboral, a efectos de verificar si se cumplen las expectativas depositadas por uno y otro, y, en su caso, decidir si otorgan estabilidad y carácter definitivo al vínculo entablado entre ellos".

¹¹⁸ STS de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987/1395).

¹¹⁹ BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El período de prueba", op.cit., pág.42.

¹²⁰ STS de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983/521).

ende, en una incomprensión de que un nuevo empresario decida deshacerse del vínculo.

Además, siguiendo a MARTÍN VALVERDE¹²¹ si bien es cierto que hay mecanismos que podrían suplir al período de prueba y conseguirían de forma acertada que el empresario conociera la aptitud del trabajador que va a contratar (básicamente a través de los requisitos de admisión, información sobre los candidatos y superación de pruebas de admisión) ninguno existe –ajeno a la prueba- para conocer siquiera aproximadamente la faceta personal que afecta también al desempeño del cometido laboral¹²².

Es este el sentir mayoritario de nuestros tribunales que sitúan en el mismo plano de importancia el conocimiento empresarial de las cualidades técnicas y el de las personales del trabajador¹²³, a pesar

¹²¹ MARTÍN VALVERDE, A., *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 133 y siguientes.

¹²² CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit., pág. 199. “Las condiciones reales y el rendimiento efectivo de una persona difícilmente se pueden constatar previamente a la celebración del contrato, sea por medio de la realización de pruebas teórico-prácticas sea a través de entrevistas personales”.

¹²³ STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/6970): el párrafo segundo del art.14.1 del ET “*evidencia que el fin del período de prueba es acreditar la idoneidad del trabajador para el empleo que motiva el contrato y el logro de ese objetivo lo condiciona todo. Por ello si el trabajador no acredita la aptitud debida puede el patrono desistir del contrato libremente*”, el concepto de idoneidad englobaría tanto las capacidades netamente profesionales como las personales que se despliegan en el puesto de trabajo asignado; Implícitamente, la STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008/701) al afirmar que la institución está para que el empresario “*pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido*”; STS de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987/1395); STS de 3 de mayo de 1983 (RJ 1983/2332); STSJ Islas Canarias de 18 de noviembre de 2004 (AS 2004/3710); STS de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983/521); STSJ Cataluña de 20 de junio de 2011 (AS 2011/1935) y STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2009 (AS 2009/2873): destacan los elementos personales necesarios que se han de conocer para entablar la relación laboral: “*sociabilidad, disciplina, instrucción, diligencia, rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad a las directrices patronales, etc*”. Para el trabajador: “*el ambiente, si su capacidad es adecuada, el sistema de trabajo, la organización, la relación de los elementos de ésta*”; STSJ La Rioja 21 de marzo de 2011 (JUR 2011/132444); STSJ Asturias de 15 de octubre de 2010, (JUR 2010/383579); STSJ C. Valenciana de 21 de julio de 2010(AS 2010/2910); STSJ Navarra de 28 de junio de 2010 (JUR 2010/417852); STSJ Madrid de 21 de enero de 2010 (JUR 2010/126755); STSJ Cataluña de 6 de octubre de 2009,(JUR 2009/490591); STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2009 (AS 2009/2873); STSJ Madrid de 21 de julio de 2009 (JUR 2009/479587); STSJ de Islas Canarias de 29 de octubre de 2008 (AS 2009/500) en esta se asevera que el sentido no es solo comprobar la satisfacción laboral del trabajo prestado sino también se extiende a la satisfacción personal, pues únicamente una vez constatados ambos extremos se puede concluir en el “*acierto de la contratación*”; STSJ Cataluña de 2 de octubre de 2008 (AS 2008/3117); STSJ Andalucía de 5 de mayo de 2008 (JUR 2009/4925); STSJ Castilla y León de 31 de octubre de 2007 (JUR 2008/45998); STSJ Madrid de 8 de octubre de 2007 (JUR 2007/352772); STSJ Andalucía de 25 de julio de 2007 (JUR 2008/61401): “*Su finalidad es la de permitir, antes de aceptar una vinculación estable, sea indefinida o no, el conocimiento por parte del trabajador de las condiciones empresariales de todo orden, incluidas las de carácter personal, y por parte del empresario la constatación de las condiciones personales y profesionales del trabajador en relación con la actividad laboral objeto del contrato.*” STSJ de Castilla y León de 21 de febrero de 2007 (AS 2007/2851); STSJ Navarra de 27 de diciembre de 2006 (JUR 2007/89146); STSJ País Vasco de 26 de septiembre de 2006 (JUR 2007/95533); STSJ Rioja de 12 de septiembre de 2006 (JUR 2006/258266), STSJ de Islas Canarias de 31 de marzo de 2006 (RJ 2006/1710); STSJ La Rioja de 11 de octubre de 2005 (AS 2005/2894); STSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2004 (AS 2004/3757); STSJ Andalucía de 15 de julio de 2004 (AS 2005/318) el objeto del período de

de que existen algunos pronunciamientos en los que se pone el acento en la faceta profesional en detrimento de la personal¹²⁴, e incluso en alguna sentencia se observa cómo se descarta totalmente que el período de prueba tenga por sentido el conocimiento de las cualidades personales, vinculando la prueba a la exposición de las aptitudes profesionales.

No obstante, admitir que el período de prueba está llamado a la comprobación no solo de las cualidades profesionales topa con un inconveniente que, desde luego, no es menor.

Siguiendo a CRUZ VILLALÓN¹²⁵, siendo cierta “la interdependencia existente entre las condiciones personales y humanas de un trabajador concreto y su adaptación a las exigencias empresariales” lo que en ningún caso se habilita a través del período de prueba es la indagación de la esfera privada del trabajador. El problema, por tanto, como pone de manifiesto este autor, es de deslinde puesto que lo que está vedado es cualquier experimentación que afecte al derecho de intimidad y dignidad (en este caso, del trabajador). Esto es, cualquier medida empresarial alcanzada tras el

prueba reside en que los empresarios y los trabajadores tengan la ocasión de conocerse mutuamente tanto en el ámbito profesional y técnico como en la faceta personal y humana; STSJ Andalucía de 22 de diciembre de 2003 (AS 2003/4214); STSJ Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004/2287): “*El objeto del período de prueba es el conocimiento por ambas partes del objeto del contrato y ver si se cumplen las expectativas que, tanto el trabajador como el empresario tienen de la relación.*”; STSJ Islas Canarias de 9 de diciembre de 2003 (AS 2004/416); STSJ Andalucía de 14 de octubre de 2003 (AS 2003/3637): para demostrar “*la eficacia en su cometido o el agrado*”; STSJ Madrid de 17 de marzo de 2003 (AS 2003/2858); STSJ Cataluña de 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/4162): con el objetivo puesto en la “*rectificación de la subsistencia o extinción del contrato de trabajo*” se caracteriza “*... por su finalidad consistente en que el trabajador conozca y determine si le interesa la actividad que se le encomienda y las condiciones impuestas por la empresa que, a su vez, puede apreciar las condiciones humanas y profesionales requeridas para el puesto a que destina a aquél*”; STSJ Islas Canarias de 30 de septiembre de 2002 (AS 2003/2387); STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 2001, (AS 2002/1263): “*la finalidad del período de prueba es la de que ambas partes adquieran cabal conocimiento de las características de la otra, en concreto el empresario de la capacidad del trabajador para desarrollar la actividad objeto del contrato, y por éste si las condiciones de trabajo se ajustan a sus expectativas*”; STSJ Castilla y León de 25 de septiembre de 2001 (JUR 2001/322893) el período de prueba no tiene como “*finalidad exclusiva*” el conocimiento de aptitudes sino también “*sus cualidades humanas en sus diversas manifestaciones, como soporte de la mutua y recíproca confianza que está en la base del contrato laboral*”; STSJ Galicia de 3 de marzo de 1999 (AS 1999/213); STSJ La Rioja de 31 de diciembre de 1992 (AS 1992/6009) (en idéntico sentido: STSJ Extremadura de 10 de diciembre de 1992, AS 1992/5991).

¹²⁴ STSJ Madrid de 17 de marzo de 2003 (AS 2003/2858): “*se establece para que tanto el trabajador como el empresario pretendan experimentar provisionalmente las condiciones del contrato, y demostrar que el trabajador es apto para desempeñar las tareas objeto del mismo*”; STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 2004 (AS 2004/1709): “*El período de prueba desde el punto de vista empresarial, tiene como finalidad el conocer las aptitudes profesionales del trabajador para el puesto de trabajo, categoría y/o grupo profesional para el que se le ha contratado*”; STSJ C. Valenciana de 11 de mayo de 2004, (AS 2004/3507) “*orientada a otorgar a la empresa un período de conocimiento de las aptitudes y experiencia previa del trabajador*”; STSJ Castilla La Mancha de 26 de octubre de 2004 (AS 2004/2925): “*El período de prueba ... se establece para que el empresario pueda constatar... si el trabajador reúne las características profesionales adecuadas para el puesto de trabajo en cuestión y, asimismo, para que el trabajador decida si le conviene o no mantener la relación laboral que se inicia.*”

¹²⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit., pág.201.

conocimiento de aspectos directamente relacionados con la esfera intangible y particular del trabajador supondrá su directa calificación como discriminatoria, lo que a la postre supondrá la declaración de nulidad del cese.

No debemos dejar de señalar que también existen una suerte de pronunciamientos susceptibles de ser interpretados a favor de cada una de las tesis antes expuestas (a saber, que el período de prueba solo está indicado para el conocimiento de las habilidades técnicas o bien que es el apropiado para tener una referencia clara también de la dimensión humana).

Centrando nuestra atención en los últimos pronunciamientos a los que hemos aludido, no puede ser otra la conclusión cuando se admite que la finalidad del período de prueba estriba no solo en la comprobación de la "aptitud profesional" sino también en "la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado". En lo referente a esta última, ha de indicarse que dependerá no solo de la pericia profesional del empleado, sino también de que sea capaz de desplegar sus recursos personales a fin de lograr la efectiva adecuación al puesto de trabajo¹²⁶.

Esto es, al escindirse el concepto de aptitud profesional del de adecuación o adaptación al puesto de trabajo, bien se puede entender que bajo esta última expresión se está aludiendo a una realidad diferente de la anterior: la que tiene en consideración las

¹²⁶ Sentencia del TS de 20 de julio de 2011, RJ 2011/6680: "la finalidad del instituto del período de prueba es la experimentación "sobre el terreno" de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí que, sea razonable, que su duración sea por lo general, breve."; La adaptación al puesto de trabajo dependerá no solo de la pericia profesional del empleado, sino también de que sea capaz de desplegar sus recursos personales a fin de lograr la adaptación al puesto de trabajo; en la STS de 12 de julio de 2012, RJ 2012/9598, se refleja que: "La finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado. En términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así: en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14ET, de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos. Mediante esta comprobación en el curso de la relación de trabajo se ahorran los "costes de transacción" (de tiempo, de esfuerzo y de dinero) que pudiera comportar una comprobación o verificación exhaustiva o completa antes de su conclusión". Reiterada en STSJ Extremadura de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013/622). De nuevo se habla de "adaptación del trabajador al trabajo contratado" como concepto distinto al de aptitud; de igual modo, aquí se introduce un término nuevo: la satisfacción de los intereses que las partes tenían al comienzo de la relación y que no se puede hacer depender exclusivamente de variables técnicas.

habilidades personales del trabajador¹²⁷. De esta manera, y teniendo presente que el objetivo final de la prueba es que el trabajador muestre su "idoneidad" –concepto este que no es objetivo sino dependiente del juicio de valor que ofrezca un tercero- se ha de sostener que la concurrencia de esta dependerá no solo de que el trabajador esté capacitado para el puesto de trabajo, sino también de que las herramientas individuales que posee sean del agrado empresarial¹²⁸.

La importancia de la introducción en nuestro ordenamiento de relaciones laborales de un mecanismo cual es el período de prueba no es, en absoluto, desdeñable pues de no existir este la única opción que le quedaría a las partes para poder deshacerse del vínculo - cuando la impresión sobre el acierto de la contratación se torna en equivocada a la luz de la real prestación de servicios- sería acudir necesariamente a la vía judicial a fin de advenir la concurrencia de un vicio sobre el consentimiento cual es el error sobre las cualidades laborales (personales y profesionales) siendo harto complejo su acreditación¹²⁹ que, de otro lado, también se dilataría en exceso en el tiempo.

Si bien es cierto que con la aparición de este instituto legal de la prueba se está excepcionando temporalmente el principio inspirador de estabilidad en el empleo¹³⁰ (al no señalar coto a la

¹²⁷ STSJ Islas Baleares de 22 de marzo de 2004 (AS 2004/1321): "Desde la perspectiva del empresario, la finalidad del período de *prueba* radica en disponer de un margen de tiempo para comprobar las aptitudes profesionales del trabajador y su adecuación a las características y necesidades del puesto de *trabajo* para el que se le contrata." (en el mismo sentido se expresa: STSJ Islas Baleares de 23 de marzo de 2004 (JUR 2012/307729); STSJ de Islas Canarias de 28 de octubre de 2004 (AS 2004/2994): sirve para comprobar "aptitudes del trabajador y la adaptación a la empresa". En la adaptación a la empresa entran en juego no solo las capacidades técnicas sino las que forman parte de la personalidad individual. En el mismo sentido ya se había manifestado STSJ de Islas Canarias de 9 de septiembre de 2004 -AS 2004/2829- y posteriormente el mismo tribunal en Sentencia de 1 de diciembre de 2004 -AS 2004/3988- y de 17 de marzo de 2006 (AS 2006/2427).

¹²⁸ Sentencia del TSJ de Asturias de 14 de septiembre de 2007 (AS 2008/535): "*La finalidad del período de prueba no es otra que el permitir al trabajador aplicar y perfeccionar sus conocimientos haciendo ver al empresario su preparación profesional y su buen hacer en aquel entramado organizativo de la propia empresa.*". El "buen hacer" no nos remite a la acumulación de un bagaje profesional, sino que también entendemos que está directamente relacionado con las cualidades humanas del trabajador; STSJ Andalucía 1 de abril de 2009 (AS 2011/217); STSJ Andalucía de 13 de julio de 2011 (AS 2011/2458): "*el fin del período de prueba es acreditar la idoneidad del trabajador para el empleo que motiva el contrato y el logro de ese objetivo lo condiciona todo*".

¹²⁹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 29; MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 138 destacando la falta de operatividad de la acción de nulidad del contrato de trabajo; STSJ País Vasco de 11 de mayo de 1993: AS 1993/2195: el art.14 2 ET 1980 y art.60 Ley de Contrato de Trabajo (vigente como norma reglamentaria por D. Final 4 ET 1980) "protegen a fin de asegurar el resultado de las experiencias específicas del período de prueba a fin de no incurrir en un error sustancial sobre las circunstancias que –concurriendo en la persona del trabajador- influyen decisivamente en la determinación de reclutarlo para un proceso productivo al que sus capacidades se acomodan (art.1266. 2. CC)"

¹³⁰ La flexibilidad en el entendimiento del principio de estabilidad en el empleo no solamente es predicable de las facultades extintivas durante la prueba, tal y como pone de relieve GUERRERO VIZUETE, E.: "Estabilidad en el empleo y reforma laboral: la debilitación de un principio, op.cit.,

posibilidad extintiva), querríamos destacar una posible interpretación, a nuestro juicio más positiva, sobre el período probatorio. Al haberse decidido abordar un tratamiento legal a la figura se está, como también ocurre con otras típicas facultades empresariales –así el poder de dirección–, delimitando y acotando las posibilidades de su utilización, sin que quepa extender su ámbito y comprensión más allá de lo previsto normativamente, toda vez que al constituir una excepción al reiterado principio de estabilidad en el empleo necesariamente ha de ser interpretada y aplicada de forma restrictiva. Esta consideración nos sitúa frente a los contornos de la figura probatoria: la excepcionalidad se configura como límite inquebrantable a la hora de establecer su diseño normativo, convencional y/o contractual.

De esta manera, el periodo de prueba se concibe como el instrumento útil para “corregir, en su caso, posibles errores in eligendo, ya sean consecuencias de conductas maliciosas, ya simples defectos no conocidos hasta entonces”¹³¹; de esta forma, el período de prueba “juega como un modo de eliminación de riesgos empresariales”¹³², reduciendo “determinados costes de transacción del contrato de trabajo”¹³³ que incluso comparte su sentido con la propia finalidad de los contratos temporales, dado que la aptitud no sólo se acredita durante el lapso de la prueba sino también durante todo el transcurso que dura el contrato temporal, al no existir obligación alguna de contratar indefinidamente al trabajador que se halla unido con la empresa a través de un vínculo laboral temporal¹³⁴.

3.3.- ¿ A qué intereses satisface el período de prueba?.-

Indudablemente las dos partes contractuales (trabajador y empresario) tienen interés en conocer en qué consistirá la prestación de servicios, pero desde el punto de vista de la extinción contractual a quien aprovecha la institución es al empresario¹³⁵.

pág.97, las propias consecuencias que entraña la declaración de improcedencia del despido (posibilidad de opción entre readmisión o indemnización) es otra de las muestras de esta relajación de la máxima antes enunciada (“flexibilizando aún más el régimen del despido en detrimento de este derecho, admitiendo el TC la legalidad de la indemnización sustitutoria como formula (sic) compensatoria de los despidos improcedentes.”)

¹³¹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 82.

¹³² STSJ Asturias de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994/4703); STSJ Islas Canarias de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000/300306).

¹³³ MARTÍN VALVERDE, A.: “Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio (BOE, 15 de agosto)”. *Actualidad Laboral*, Nº 12, Sección Estudios, Diciembre 2014, pág. 1352, Ed. LA LEY [en línea]. Disponible en La Ley 7948/2014. Estos costes se refieren a la “realización de pruebas de aptitud precontractuales más exigentes”.

¹³⁴ STSJ Cataluña de 14 de octubre de 2009, JUR 2009/489642.

¹³⁵ Seguimos en este punto la conclusión expuesta por CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit., pág.199; DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit.,pág. 42; MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit.,pág. 142 sostiene que: “La tesis de la bilateralidad del período de prueba se ha defendido, sobre todo, en base

La afirmación anterior la realizamos partiendo de dos datos. El primero es que en la generalidad de los casos el trabajador desea tener una relación laboral estable, así pues no está especialmente interesado en someter su vínculo a un plazo de libre extinción empresarial. El trabajador más bien ve en el período de prueba una oportunidad a aprovechar, concibiéndolo como un lapso temporal en el que ha de poner de manifiesto sus capacidades y aptitudes a fin de que el contrato de trabajo continúe tras la finalización de este pacto¹³⁶. En la práctica, la inclusión de la cláusula del período de prueba se realiza a instancias del empresario¹³⁷ que encuentra su fundamento en la consciencia del legislador de la necesidad

al siguiente argumento: el período de prueba puede resultar útil al trabajador para comprobar la proporción entre los servicios exigidos y la retribución de los mismos”; PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: “La extinción del contrato como despido”, op.cit., pág. 10: “...reviste un claro carácter unilateral –es a éste (empresario) y no al trabajador a quien el período de prueba permite lo que sin él sería jurídicamente improcedente”; BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 12 entendiéndose que está al servicio exclusivo del empresario “pese a la redacción neutra que sigue existiendo en el art.14 ET”; DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba. Voz para una Enciclopedia”, op.cit. : “el período de prueba sea una institución teóricamente establecida en atención a las conveniencias de ambas partes del contrato de trabajo, pero que en la práctica satisface exclusivamente intereses del empleador. En la medida en que el trabajador tiene garantizada en todo momento la libertad de resolución del vínculo contractual que le une con el empresario, no precisa de la derogación, durante la fase inicial de la relación, de las normas limitativas de dicha libertad”; MORENO VIDA, M.N.: “La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit.pág.106: “No obstante, esta dimensión formalmente bilateral, en la práctica juega de forma unilateral en beneficio del empresario”; BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, op.cit., pág. 6.

En lo que se refiere a nuestra doctrina judicial: Sentencia del TSJ Castilla y León de 20 de noviembre de 2001 (AS 2001/4544): aunque expresamente no afirme que el período de prueba esté al servicio del empresario, indudablemente esta es la inspiración para manifestar que es contrario a Derecho el establecimiento de un límite superior de prueba para los trabajadores temporales “*sobre el colectivo que, precisamente en función de su contrato de trabajo, pertenece al sector más desfavorecido.*” Si el Tribunal entendiera que el período de prueba está al servicio de ambos contratantes no hubiera declarado la ilicitud por mor de su duración mayor, pues ningún perjuicio se ocasionaría al trabajador temporal.

STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006 (AS 2006/461): establecer un período de prueba más amplio para las modalidades indefinidas provoca el efecto deseado de que el empresario prefiera la contratación no temporal. De nuevo vemos cómo el argumento desplegado para dilucidar si la cláusula de prueba es lícita o no, parte de la constancia de que el empresario es el que tiene interés en convenir la prueba.

La STSJ Madrid de 26 de diciembre de 2007 (AS 2008/612):” *La duración del período de prueba y su regulación es acaso uno de los aspectos más problemáticos, al no coincidir en el mismo, los intereses de los sujetos de la relación laboral; el trabajador tiende a que sea lo más corto posible para conseguir rápidamente la fijeza de la relación laboral, mientras que el empresario tiende a prolongarlo para hacer más efectiva la prueba antes de que la relación se consolide. (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia).*” En otro momento del discurso afirma “*que esta característica del período de prueba (se refiere a la libre extinción) es más ventajosa para el empresario, ya que el trabajador puede dimitir en cualquier momento*”.

¹³⁶ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 42. Entiende que el período de prueba es una oportunidad para que el trabajador consiga la continuidad de la relación laboral.

¹³⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit., pág. 200.

empresarial de comprobar "sin costes excesivos el acierto de una contratación"¹³⁸ .

La segunda realidad es que, a diferencia de la situación del empresario¹³⁹, el trabajador conserva intacta su capacidad para desasirse del vínculo contractual en cualquier momento de éste sin expresar causa alguna, pues el art.49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores le concede la facultad de dimisión¹⁴⁰ que entronca directamente con la previsión constitucional contenida en el art.35 de nuestra Carta Magna. Así pues, el período de prueba no es un valor añadido para él.

El desistimiento ad nutum bajo el cual se caracteriza la dimisión otorga un poder al trabajador que no tiene parangón con el que ostenta el empresario. Así, en todo momento el empleado puede hacer uso del libre desistimiento para desasirse del vínculo previamente establecido.

Se nos podría objetar, no obstante, que el trabajador –fuera del lapso fijado para el período de prueba- está atado para ejercer en legal forma la dimisión por determinados requisitos relativos, fundamentalmente al respeto del plazo de preaviso fijado convencionalmente o a través de la costumbre y, en definitiva que el ejercicio de este derecho está sometido a las genéricas exigencias de la buena fe. Por el contrario, durante el período de prueba el empleado podría poner fin a la relación sin quedar vinculado al citado plazo de preaviso¹⁴¹. No obstante, entendemos que este argumento no es válido por cuanto la desatención del plazo de preaviso o ejercer de forma abusiva del derecho de dimisión en ningún caso tendrá como efecto la nulidad del acto extintivo del trabajador.

¹³⁸ RODRÍGUEZ- PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Naturaleza jurídica del período de prueba", op.cit., pág. 466.

¹³⁹ En este punto nos remitimos a lo ya comentado sobre la extinción empresarial y la necesidad de argüir una causa legalmente reconocida.

¹⁴⁰ GARCÍA RUBIO, M.A.: "El desistimiento durante el periodo de prueba", op.cit. "Pese a que tal facultad de desistimiento se concede a ambas partes contratantes, es evidente que el principal beneficiado con la suscripción del pacto de período de prueba es el empresario, dado que, más allá de su plazo de vigencia, el trabajador tiene en cualquier momento de la relación laboral la posibilidad de dimitir reconocida en el art. 49.1.d) ET, con el único deber de preavisar".

Por su parte, reconociendo abiertamente que favorece a la parte empresarial: Admite que el período de prueba sirve preferentemente a los intereses empresariales: STSJ Madrid de 28 de noviembre de 2003, (AS 2004/2287): "*Es claro que esta característica (alude a la extinción) del período de prueba es más ventajosa para el empresario, ya que el trabajador puede dimitir en cualquier momento de la relación con la única obligación de preavisar.*"

¹⁴¹ CRUZ VILLALÓN, J.: "Problemas prácticos del período de prueba", op.cit., pág.207, considerando que el beneficio de esta institución es para el empresario y "Si acaso añade algo este artículo 14.2 desde la perspectiva del trabajador, es a los requisitos de procedimiento de la extinción, pero no a la facultad de fondo de dar por terminada definitivamente la relación laboral".

En definitiva, prescindiendo del período de prueba, el trabajador podrá dimitir sin someterse a formalidad alguna, con independencia de que la conculcación de la buena fe (plasmada por la desatención del plazo de preaviso o del pacto de permanencia suscrito) conlleve consecuencias indemnizatorias para su persona.

Pongamos nuestra vista ahora en los intereses empresariales. El empresario para poner fin a la relación laboral –fuera del período de prueba- tendrá que expresar los motivos que legitiman su actuación, debiendo ser razones consideradas como legalmente habilitantes para proceder al acto extintivo que se denomina despido (ya sea este objetivo o disciplinario), pues de lo contrario –y prescindiendo de los supuestos de calificación judicial de nulidad- podría encontrarse en la exigencia de revertir su decisión procediendo a la necesaria readmisión del que fuera su trabajador. El período de prueba, sin embargo, le da la opción de desasirse del vínculo libremente sin expresar razones y sin estar atado a forma escrita de ningún tipo.

De esta manera se puede constatar cómo las posibilidades extintivas que otorga la prueba al empresario se engarzan directamente con el artículo 38 de la Constitución Española¹⁴² y la facultad que el empleador tiene para ordenar y organizar sus recursos. La libertad de empresa se configura –desde un plano estrictamente laboral- en la libertad que goza el empleador para elegir a sus operarios y gestionar su capital humano¹⁴³, aun cuando – como ocurre con el resto de derechos- tal libertad no pueda entenderse de forma omnímoda y concretamente, ha de equilibrarse con el derecho al trabajo.

Por eso, al integrarse dentro del derecho al trabajo la estabilidad en el empleo, forzoso es concluir en la necesidad de que las facultades extintivas –específicamente la que entraña el despido- hayan de declinar cuando se promueven sin justa causa.

De cualquier manera, en sede de prueba veremos cómo el derecho a la libertad de empresa¹⁴⁴ consagrado constitucionalmente en el art.38 de la Constitución le gana la partida al derecho fundamental al trabajo que queda relegado durante la prueba a un

¹⁴² NAVAS PAREJO, M.: “Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas”. *Revista doctrinal Aranzadi Social* núm.2/2013, Ed. Aranzadi, 2013, Aranzadi digital [en línea]. Disponible en *Aranzadi Digital*, BIB 2013\936.

¹⁴³ STC 208/1993, 238/2005.

¹⁴⁴ El derecho recogido en el art.38 de la Constitución, presupone la confluencia de tres libertades “la libertad de contratación, la libertad de inversión y la libertad de organización” tal y como se afirma en STC 112/2006 (RTC 2006/112).

segundo plano, para surgir una vez finaliza esta con toda su fuerza y esplendor.

Matizando, y siguiendo a CRUZ VILLALÓN¹⁴⁵, solo existe un supuesto en el que se podría admitir que el período de prueba beneficia también al trabajador. Este es el caso en que se haya fijado junto a la prueba un pacto de permanencia (art.21.4 ET); en esta hipótesis, el empleado podría ejercitar su derecho de extinción del vínculo sin incumplir la cláusula que le obliga a estar vinculado a su empresa durante un determinado período de tiempo

A mayor abundamiento, ya comentábamos en un epígrafe anterior cómo la aparición de la institución hoy estudiada había corrido la misma suerte que la regulación del despido y que la causalización en la contratación temporal. Es decir que de alguna manera el período de prueba había surgido como contrapeso a las limitaciones de las facultades extintivas empresariales y a la imposibilidad de celebrar contratos temporales que no respondieran a verdaderas necesidades coyunturales empresariales. Así, en una situación jurídica en la que el despido es libre (y esta aseveración se puede constatar del propio recorrido legal de la institución de prueba) se observa cómo el período de prueba no aparece regulado porque no existe necesidad alguna para normarlo.

Sostenemos que el período de prueba podría ser una aportación para la persona del trabajador si el ejercicio del derecho de dimisión estuviera constreñido a la concurrencia de determinados requisitos en orden a admitir su validez (fuera de las meras consecuencias pecuniarias) e incluso si el precio que el trabajador tuviera que desembolsar por dimitir fuera excesivo.

En este punto recordemos qué ocurría con el período de prueba regulado por primera vez en el contrato de aprendizaje; en este supuesto, el derecho de dimisión del trabajador (fuera del período de prueba) suponía la imposibilidad de poder ejercer la función que venía desempeñando. Esta consecuencia no se aplicaba si el trabajador se desasía del vínculo durante la prueba. Aquí sí se observa el grado de utilidad que le aportaba al trabajador la institución probatoria.

De hecho la circunstancia que no nos permitía asimilar el período de prueba consignado en la Ley de aprendizaje y el que más tarde aparecería en nuestro ordenamiento de la mano de la Ley, era precisamente la distinta finalidad a la que obedecía el instituto.

¹⁴⁵ CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 137.

Profundizando en el argumento se puede comprobar cómo el período de prueba ha sido utilizado por nuestro legislador como acicate para animar a la contratación al empleador. Muestra de cuanto se ha expresado lo ha constituido el contrato indefinido de apoyo a emprendedores al fijar dentro de su regulación un período de prueba tan objetivamente dilatado (un año) que se aplica casi automáticamente y con independencia de la categoría profesional o titulación del empleado. Esta previsión, como decimos, es empleada por el legislador para incentivar la contratación indefinida y se es tan consciente de la ventaja empresarial que supone la inclusión de un período de prueba de esta envergadura que se prevé una sanción al empresario en el supuesto de que se desatienda la obligación de permanencia en el puesto de trabajo.

A pesar de lo expuesto, nuestra jurisprudencia prácticamente de forma unánime¹⁴⁶ afirma que el período de prueba satisface los intereses de las dos partes contractuales y este reconocimiento ha servido en ocasiones para fundamentar la licitud de la coincidencia temporal entre el período de prueba y la duración total del contrato de trabajo.

Esta tesis judicial olvida –a nuestro juicio- la realidad del tráfico laboral. El contrato de trabajo en su inmensa mayoría no es redactado por las dos partes contratantes. El empresario propone las condiciones laborales (entre ellas también el pacto de prueba) y al trabajador no le queda más margen que el de aceptar o no aquellas, pero poco va a poder expresar en cuanto a la sustitución de unas por otras. De ahí que todo nuestro derecho laboral se haya construido sobre la base de la desigualdad inicial y posterior de las contratantes y la articulación de medios e instituciones que tratan de limar y corregir el estado de desequilibrio en el que se hallan las dos posiciones contractuales.

Además, aun cuando este no sea ni con mucho un argumento de peso, se observa cómo la litigiosidad ante nuestros tribunales es propiciada únicamente por el trabajador, lo que –con independencia de los frutos obtenidos a través de Sentencia- denota que la parte susceptible de ser perjudicada con la suscripción de este pacto, no es precisamente el empresario.

¹⁴⁶ STS de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983/521); STS de 3 de mayo de 1983 (RJ 1983/2332); STS de 16 de abril de 1985 (RJ 1985/1874); STS de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987/1395); STS de 14 de julio de 1987 (RJ 1987/5367): “...se ofrece tanto en beneficio del trabajador, como en beneficio del empresario”: STSJ La Rioja de 11 de octubre de 2005, AS 2005/2894; STSJ Rioja de 12 de septiembre de 2006 (JUR 2006/258266); STSJ Andalucía de 5 de mayo de 2008 (JUR 2009/49257); STSJ Cataluña de 2 de octubre de 2008 (AS 2008/3117); STSJ Cataluña de 20 de junio de 2011 (AS 2011/1935).

Con independencia de que la utilidad de este mecanismo de extinción sea para el empresario¹⁴⁷, el trabajador también podrá ejercitar la facultad extintiva durante su transcurso amparado en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores que no deja de ser sino una fórmula más –aun cuando sea coyuntural- de sus poderes dimisorios.

¹⁴⁷ Queremos ver en la expresión empleada por Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009/257) un apoyo en nuestra línea de pensamiento: “...el período de prueba pactado, constituía una posibilidad de extinguir el contrato que tenían reconocida ambas partes y en concreto el empresario”

Capítulo III.-

La formalización del período de prueba

IV.-LA FORMALIZACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

4.1.- La forma escrita ad solemnitatem.-

En nuestro ordenamiento jurídico impera, como norma general, la libertad de forma¹⁴⁸. Escasos son los negocios jurídicos en los que haya que observar una formalidad a fin de constituirse. Es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad que tiene su plasmación laboral fundamentalmente en el art.1¹⁴⁹ del Estatuto de los Trabajadores y más claramente en el art.8¹⁵⁰ del mismo cuerpo legal.

En atención a lo dispuesto por el último de los preceptos transcritos, se concluye en que es del todo punto innecesario que la relación laboral, para que exista, se consigne por escrito (todo ello sin perjuicio de las especialidades que, en atención a los contratos temporales, se han de cumplimentar) toda vez que no es elemento definitorio de la relación laboral –ex art.1- que esta se plasme expresamente, a través de un documento.

Esta norma general se invierte cuando nos encontramos ante determinados compromisos que asumen las partes adicionalmente al contenido principal de la contratación (la relación de prestación de servicios) y que suponen para el trabajador –y el empresario- la asunción de deberes adicionales a su contrato de trabajo.

¹⁴⁸ Art.1.278 del Código Civil: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

¹⁴⁹ Art.1.1 del Estatuto de los Trabajadores: “La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

¹⁵⁰ Art.8 del Estatuto de los Trabajadores: “Forma del contrato:1. El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.

2. Deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación y el aprendizaje, los contratos a tiempo parcial, fijos-discontinuos y de relevo, los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, los de los trabajadores que trabajen a distancia y los contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Igualmente constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas. De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.”

Manifestaciones de esta exigencia de formalización explícita las encontramos en la regulación del pacto de plena dedicación, el pacto de no competencia e incluso en aquellos otros aspectos de la relación laboral susceptibles de ser modulados por las partes escapando de lo que constituye la relación normal o común –ya sea legal o convencional- laboral.

Otra de las excepciones a la máxima de la libertad de forma, viene conformada por el período de prueba. En el art.14.1 se afirma que “Podrá concertarse por escrito un período de prueba”.

Se nos podría imputar que la afirmación tajante que antes hemos realizado no es consecuencia inexorable tras la lectura de la previsión legal. En efecto, la dicción literal del precepto no es clara al haber empleado el verbo “poder” (“podrá”) que acaso pudiera indicar que la forma escrita es una opción que libre y voluntariamente escogen las partes¹⁵¹.

No obstante el rodaje del artículo despeja las posibles dudas. Así, CRUZ VILLALÓN ya hacía ver cómo la confusión a la que inducía el precepto fue resuelta definitivamente por la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo y del propio Tribunal Supremo, en el sentido propugnado por la doctrina científica¹⁵², aun cuando en los orígenes existía algún pronunciamiento¹⁵³ que concedía a la forma escrita un valor meramente declarativo, por cuanto no cabía establecer diferencias con respecto al resto del régimen imperante del propio contrato de trabajo.

Superados estos iniciales vaivenes, y sentada la preceptiva forma escrita para que el período de prueba nazca, ¿cuál es la razón por la que el legislador ha utilizado el vocablo “poder”?, ¿ha sido una equivocación corregida por la doctrina científica y judicial?. No, no se trata de ningún desacierto –aun cuando se le pueda achacar al precepto poca claridad en su redacción-. Realmente, a lo que se refiere el artículo es que acudir al período de prueba está en manos de las contratantes, que estas son libres para decidir autónomamente si desean o no someter su relación laboral a prueba. No hay

¹⁵¹ La confusión con la que se expresa el legislador ha sido puesta de manifiesto por BARREIRO GONZÁLEZ, G. *El período de prueba*, op.cit., pág. 40.

¹⁵² Forma escrita como “requisito ad solemnitatem”: RODRÍGUEZ- PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Naturaleza jurídica del período de prueba” op.cit., pág. 469; CRUZ VILLALÓN, J. *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit., pág. 189: “la necesidad de acuerdo expreso establecida por el art.14 LET constituye una norma de derecho necesario, que no puede ser contradicha por norma inferior. .sólo quiebra por primera vez en nuestro Derecho ... para la relación laboral especial del servicio doméstico”; BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.32; GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el periodo de prueba” op.cit..

¹⁵³ STS de 20 de noviembre de 1978 señalada por BARREIRO GONZÁLEZ, G.; *El período de prueba*, op.cit., pág. 41.

obligación legal alguna –en este artículo, al menos- de convenir el período de prueba.

La necesidad legal de la expresión formal del período de prueba (o, lo que es lo mismo la obligatoriedad de que se pacte por escrito) no es una innovación del legislador que redactó el art.14 del actual Estatuto de los Trabajadores. Antes bien, esta exigencia permanece incólume desde la lejana Ley de Relaciones Laborales de 1976 (primer texto legal que reguló esta institución¹⁵⁴). Legalmente se ha exigido desde los orígenes una serie de requisitos formales “que actuarán como mecanismo de garantía, precisamente por su contradicción sustancial con el principio de estabilidad en el empleo¹⁵⁵ y sus consecuencias al permitir amparar la resolución contractual sin causa”¹⁵⁶.

La consecuencia es que el requerimiento formal tiene un “valor constitutivo puro”¹⁵⁷, lo que supone que en ausencia de estipulación escrita se entiende que se ha producido la “renuncia implícita”¹⁵⁸ del pacto en que consiste el período de prueba, por lo que la extinción empresarial amparada en la falta de superación de ésta, habrá de ser calificada de despido improcedente.

¹⁵⁴ Así, STS de 12 de enero de 1981 (RJ 1981/192). La necesidad de consignar por escrito el período de prueba afecta a todas las relaciones laborales, con independencia de que las Ordenanzas no la hayan exigido. “*La excepción al principio de libertad de forma en las relaciones laborales ... tiene su causa en las consecuencias inherentes y peculiares a aquél, durante el cual cualquiera de los contratantes está facultado para desistir del contrato, sin derecho a indemnización alguna*”; STS de 9 de abril de 1985 (RJ 1985/1859); STSJ Madrid de 20 de mayo de 1999 (AS 1999/6227); STSJ Andalucía de 15 de julio de 1999 (AS 1999/6889).

¹⁵⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 30 destaca las “tensiones entre el período de prueba y el principio de estabilidad en el empleo”; BALLESTER PASTOR, M.A.: *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, op.cit., pág. 16 entendiendo al período de prueba como una excepción al “principio de estabilidad en el empleo”.

¹⁵⁶ STSJ Murcia de 30 de abril de 1996 (AS 1996/1387).

¹⁵⁷ ALONSO GARCÍA, M.; *Curso de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 443. STCT de 9 de noviembre de 1981 (RTCT 1981/7239). La exigencia de la forma escrita es un “requisito constitutivo”.

¹⁵⁸ ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 331; en la jurisprudencia, cabe destacar Sentencia del TS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012/9598); STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/6970); STS de 24 de diciembre de 2001 (EDJ 2001/61062); STS de 5 de octubre de 2001 (RJ 2001/9590). Descendiendo a nuestra doctrina judicial se puede observar cómo se hace eco del planteamiento del Supremo, en asertos como el de Sentencia del TSJ País Vasco de 5 de septiembre de 2000 (JUR 2001/40132) la falta de forma escrita supondrá que se tendrá por no puesto (en análogo sentido STSJ País Vasco de 31 de octubre de 2000 -JUR 2001/46352-); STSJ Castilla y León de 11 de enero de 1999 -AS 1999/695-; STSJ Cantabria de 11 de noviembre de 1998, -AS 1998/4356-; STSJ C. Valenciana de 10 de junio de 1998 -AS 1998/2640-. Recogiendo la necesidad de que se fije por escrito: STSJ Navarra de 15 de octubre de 2004 (JUR 2005/120329); STSJ de Madrid de 9 de junio de 2008 (AS 2008/2000): “*Es un pacto típico ... dependiente de la voluntad de la empresa y del trabajador*” (recuerda la STS 5 de octubre de 2001, RJ 2001/9590); STSJ Andalucía de 11 de marzo de 2008, (JUR 2009/149850) que declara la nulidad del período de prueba concertado verbalmente, con independencia de que existieran razones de más o menos peso con las que poder avalar la extinción. Evoca STSJ Cataluña 30-9-05 (AS 2005/ 3800). A nuestro juicio, la circunstancia de que existieran motivos para la extinción del contrato es del todo punto irrelevante, dado que aquellos solo tienen sentido si estuviéramos hablando de otra clase de extinción: el despido.

La importancia del requisito formal es tal que incluso para relaciones en las que tradicionalmente no se había exigido la constancia por escrito para que surgiera la prueba, no han escapado al directo influjo del art.14.1 del ET, evolucionando desde la presunción a favor de la prueba a la concepción actual de requerirse un acto formal expreso para que las partes queden vinculadas por aquella. Es lo que ha ocurrido con la relación laboral especial del servicio del hogar familiar¹⁵⁹.

En definitiva, el período de prueba como norma general ex art.14 del Estatuto de los Trabajadores, no se impone "ope legis"¹⁶⁰. No obstante este principio, no podemos dejar de hacer referencia a que existen excepciones en las que se establece una presunción iuris tantum acerca de la existencia del período de prueba, aun cuando nada se prevea por las partes. Es lo que ocurre con el personal civil que depende de un establecimiento militar¹⁶¹ y con el contrato indefinido de apoyo a emprendedores¹⁶². Más adelante trataremos de cada una de estas relaciones.

La exigencia formal de constitución del período de prueba se configura como "derecho mínimo" del trabajador¹⁶³ (lo que por otra parte, redundaría en el argumento de que el período de prueba sirve especialmente a los intereses empresariales). Se trata de asegurar que efectivamente el trabajador conoce desde el principio de la relación la especial circunstancia por la que atravesará ésta durante un tiempo determinado y la única forma de garantizar ese conocimiento es que claramente –y no por vía de remisión o aplicación automática de la ley o convenio de aplicación que legítimamente puede desconocer– se consigne tal voluntad en un contrato que ha sido aceptado por el empleado. Por esta razón, defendemos que la exigencia escrita sí obedece a un motivo sustancial, que trasciende a la mera disposición legal que así lo preceptúa¹⁶⁴.

¹⁵⁹ El Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, disponía en su art.4.3 que "La relación se presumirá celebrada a prueba durante quince días"; no obstante, la nueva redacción procurada por Real Decreto 1620/2011 prevé en el art.6.2 "Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba en los términos del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores".

¹⁶⁰ MARTÍN VALVERDE A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 98 : "no se admite el período de prueba ex lege, sólo el período de prueba ex contractu formalizado, además, por escrito". STSJ Madrid de 13 de marzo de 1997 (AS 1997/805). Se trata de una "decisión voluntaria o potestativa... y en modo alguno consustancial con la celebración de dicho contrato": Sentencia del TSJ Castilla La Mancha de 8 de febrero de 2010 (AS 2010/1366); STSJ de Murcia de 14 de mayo de 2012 (JUR 2012/180077).

¹⁶¹ GARCÍA RUBIO, M.A.: *El desistimiento durante el periodo de prueba*, op.cit., pág. 8, "se regula en principio como preceptiva".

¹⁶² Real Decreto Ley 3/2012, de 11 de febrero de 2012, art.4.

¹⁶³ STS de 5 de octubre de 2001 (AS 2001/9590); STSJ Comunidad Valenciana de 15 de abril de 2005, (AS 2005/1558) que cita la anterior; STSJ Andalucía de 18 de febrero de 2009 (JUR 2009/224705); STSJ País Vasco de 24 de febrero de 2009 (JUR 2009/354760).

¹⁶⁴ En contra: FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit.

La finalidad a la que viene destinado el requerimiento de forma escrita, ha servido para negar virtualidad aplicativa al período de prueba cuando este se refleja en la copia básica del contrato laboral pero no aparece reflejada en el contrato original¹⁶⁵.

No cabe duda alguna de que el período de prueba ha de consignarse por escrito, pero ¿qué ocurre cuando la relación laboral se ha formalizado verbalmente?; la prestación de trabajo está válidamente constituida pero ¿sería factible prever un período de prueba?.

A nuestro juicio, como la ley no condiciona la existencia de la prueba a que la relación laboral se consigne por escrito, no encontramos óbice alguno para que sean compatibles ambas situaciones, a saber: un contrato verbal junto con una estipulación (acaso la única) en la que las partes asuman el compromiso de la prueba, con base a la ya aludida autonomía de la voluntad de las partes¹⁶⁶ y al principio general de libertad de forma.

Es cierto no obstante, que en la práctica, y siguiendo en este punto a DE VAL¹⁶⁷, aunque no exista exigencia legal de que los contratos de trabajo se formalicen por escrito, si se requiere la constancia expresa para los pactos de período de prueba, el efecto que se consigue es incentivar “la forma escrita del contrato de trabajo”, pues de alguna manera se está invitando a las partes (al empresario) a que no solo reflejen la cláusula probatoria sino el resto de las condiciones bajo las cuales se va a desarrollar la actividad laboral.

¹⁶⁵ STSJ Castilla La Mancha de 1 de marzo de 1997 (AS 1997/1025).

¹⁶⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 32 “debe siempre formalizarse por escrito, ya sea en el propio contrato o en un pacto ad hoc”; STSJ País Vasco de 5 de septiembre de 2000 (JUR 2001/40132) STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003/95611). No se expone en los hechos probados si existía o no pacto específico del período de prueba, no obstante se desecha la virtualidad de ésta con base a la inexistencia de un contrato de trabajo por escrito. STSJ Andalucía de 10 de enero de 2008 (JUR 2009/150687): no se pactó el período de prueba por escrito. La relación laboral fue verbal. No existe el periodo de prueba.

STSJ Navarra de 31 de septiembre de 2005 (JUR 2005/119508). Aun cuando el contrato sea verbal, la cláusula deberá consignarse por escrito (de lo que se deduce que no se hace depender la existencia de la prueba a la previa formalización por escrito del contrato de trabajo); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 29 de septiembre de 2006 (AS 2006/2946) enuncia los requisitos que ha de reunir el período de prueba mencionando la necesidad de que “a) *Que se concierte por escrito en el contrato de trabajo*”; STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2007 (AS 2007/3562) se dice que no cabe el período de prueba en los contratos verbales, también STSJ Cantabria de 11 de noviembre de 1998 (AS 1998/4356); STSJ País Vasco de 24 de febrero de 2009 (JUR 2009/354760): “en el momento de concertarse el contrato de trabajo escrito o de iniciarse la relación laboral, pero siempre plasmada por escrito en el propio contrato o de manera aislada”; STSJ Cataluña de 1 de septiembre de 2009, (JUR 2009/463509).

¹⁶⁷ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 88.

4.2.- Consecuencias de la ausencia de la buena fe del trabajador.-

Siendo cierto que existe una exigencia legal de establecimiento por escrito del período de prueba, a fin de que el trabajador sea conocedor real de este extremo, no podemos dejar de aludir a determinadas situaciones en las que la falta de concreción de la prueba se debe única y exclusivamente a una conducta omisiva (por desidia o mala fe) imputable al trabajador.

Estamos refiriéndonos a aquellos supuestos en los que la prueba figura consignada por escrito, el trabajador conoce esta cláusula pero no la suscribe formalmente. Lógicamente el legislador no ha descendido a este tipo de detalles que son propios de la realidad y casuística judicial.

Baste traer a la memoria la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987/1395). En ella consta como hecho probado que el trabajador retuvo el ejemplar del contrato sin causa justificada y no lo devolvió firmado. El requisito ad solemnitatem presupone la buena fe contractual que aquí no se observó. Tampoco consta que hubiera reclamado contra la regulación contractual del período de prueba. El desenlace judicial es que no puede el trabajador prevalerse de su conducta jurídica para deshacerse de los efectos propios al período de prueba que, por la ausencia de buena fe (ex art.5 a) y 20.2 del ET), le vinculan.

El trabajador conocía la existencia de prueba –que es lo que trata de garantizarse a través de la exigencia de la forma escrita- por lo que el requisito que preceptivamente señala el art.14.1 del Estatuto de los Trabajadores estaba más que cumplimentado.

Así pues, podríamos afirmar que cuando la falta de suscripción del pacto obedece a la maliciosa voluntad del trabajador, el pacto de prueba se tiene por realizado. La clave estriba, por tanto, en la adveración ante judicial presencia de esta falta de buena fe del empleado y la dificultad de su acreditación choca precisamente por cuanto la máxima es precisamente la contraria, esto es, la concurrencia de buena fe en ambas partes contratantes.

La parte que niegue la existencia de buena fe, será la que haya de desplegar todo el arsenal probatorio para imbuir en el tribunal la creencia contraria: que el trabajador conocía –pero no quiso asumir sin que existiera razón jurídicamente relevante- que su relación laboral estaba sometida a probanza.

4.3.- La remisión del establecimiento del período de prueba a las previsiones convencionales.-

No hay duda que la previsión legal en torno al establecimiento de la prueba no se aplica automáticamente en la generalidad de las contrataciones, pero desde el punto de vista teórico al menos, caben varias posibilidades en torno a su constitución. Así, podría entenderse que un instrumento habilitante en orden a su nacimiento podría ser el convenio colectivo de aplicación, de tal manera que sería válida y plenamente aplicable a las relaciones laborales individuales la genérica previsión convencional al respecto.

La segunda opción sería mantener que solamente surge el período de prueba cuando se concierta individualmente con el trabajador que resultará afectado, con independencia de que se haya -o no- pensado la prueba en la norma convencional.

La duda es más acuciante por cuanto, a priori, cualquiera de las dos opciones tiene cabida en el precepto comentado pues en ambos casos se podría cumplir el requisito obligatorio de consignación a través de pacto expreso y escrito. No obstante, la doctrina científica tempranamente se decantó por la necesidad de que se consignara ineludiblemente en contrato individual para que vinculara a las partes y ésta es la solución también plasmada por nuestra jurisprudencia¹⁶⁸.

¹⁶⁸ STS de 24 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7895): la remisión del período de prueba al tiempo que determina el ET o el convenio, no es válida (aquí el contrato era un impreso fotocopiado). “*Si no va acompañado de la fijación de la obligación, no tiene el valor de estipulación concreta y determinada en su alcance*”; STS de 5 de octubre de 2001 (AS 2001/9590): el período de prueba establecido en convenio “*no tiene virtualidad directa*”, este último aserto trae a colación Sentencias del Tribunal Central del Trabajo, de las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y del propio Supremo. STSJ Islas Canarias de 16 de enero de 1996 (AS 1996/146): la ley solo exige pacto expreso y escrito “*sin distinguir que ese pacto tenga que ser individual y no colectivo. Sin embargo, la doctrina científica (Alonso García, Palomeque y Álvarez de la Rosa, Sala Franco)*” así como STCT 20 de septiembre de 1983 (RTCT 1983/7579) “*se decantan por la solución contraria*”. El Tribunal acogió esta segunda tesis; STSJ Castilla La Mancha de 11 de abril de 1996 (AS 1996/1377) pues de mantener una postura contraria se establecería una presunción de ingreso en la empresa con pacto de prueba presunto, que iría contra lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores”; STSJ Islas Baleares de 13 de octubre de 1997 (AS 1997/4358); STSJ Aragón de 18 de febrero de 1998 (AS 1998/362): “*requisito ad solemnitatem, esencial y constitutivo*” recordando STS de 9 de abril de 1985 (RJ 1985/1859) y 12 de marzo de 1987 (RJ 1987/1395); STSJ Andalucía de 18 de septiembre de 1998 (AS 1998/2976): aunque el convenio condicione las contrataciones a la superación previa de este período; STSJ de I. Canarias de 28 de abril de 2000 (AS 2000/3142): razona esta sentencia que de admitir lo contrario estaríamos dejando en manos de una de las partes contratantes el cumplimiento del requisito de la forma escrita y eso claramente no es el sentido del art.14 ET; STSJ Islas Canarias de 30 de septiembre de 2002 (AS 2003/2387); STSJ Navarra de 31 de septiembre de 2005 (JUR 2005/119508); STSJ de País Vasco de 14 de junio de 2005 (AS 2005/2284); STSJ Madrid de 28 de noviembre de 2006 (JUR 2007/84106); STSJ Castilla La Mancha de 2 de mayo de 2007, JUR 2007/344693; STSJ de Madrid de 9 de junio de 2008 (AS 2008/2000); STSJ Extremadura de 18 de noviembre de 2008 (AS 2009/437); Sentencia del TSJ Andalucía de 18 de febrero de 2009 (JUR 2009/224705); STSJ País Vasco de 24 de febrero de 2009 (JUR 2009/354760); STSJ de Murcia de 14 de mayo de 2012 (JUR 2012/180077); STSJ Islas Canarias de 23 de julio de 2009, (JUR 2009/484924).

No se puede objetar –a nuestro juicio- nada sobre esta conclusión. El requerimiento de forma escrita atiende claramente a la necesidad de conocimiento del trabajador de esta coyuntura laboral, y ese conocimiento no se puede garantizar con las expresiones tan frecuentes en nuestra realidad empresarial de remisiones genéricas a las previsiones del convenio colectivo de aplicación, por cuanto el trabajador no solamente en la mayoría de las situaciones desconoce el contenido íntegro de la norma paccionada sino, incluso, cuál de todos los convenios vigentes es el que regula su relación laboral.

Ya que es una realidad no desmentida que el período de prueba surge de la voluntad (lícita, lógica y plausible) del empresario, no es una exigencia excesiva el obligarle a establecer individualmente aquel lapso y las condiciones temporales o de otra índole que regirán durante el mismo.

Finalizando, el establecimiento del período de prueba ha de quedar fielmente reflejado entre las concretas partes que estarán vinculadas a la relación laboral, sin que sean aplicables automáticamente las previsiones convencionales¹⁶⁹ o de otro tipo que pudieran existir¹⁷⁰.

4.4.-El momento de suscripción del período de prueba.-

4.4.1.- La norma general.-

Sabemos ya que el pacto de prueba ha de ser materializado por escrito e individualmente con cada trabajador; analizaremos ahora el instante en el que se ha de producir la formalización del acuerdo.

Empezaremos anticipando la conclusión: la cláusula en la que se fije el período de prueba no podrá suscribirse con posterioridad al inicio de la relación laboral¹⁷¹, debiendo “preceder o ser simultáneo al comienzo de la ejecución del contrato”¹⁷².

¹⁶⁹ STS de 5 de octubre de 2001 (AS 2001/9590):“*pacto típico en el inicio del contrato*” citada por STSJ de Andalucía 5 de mayo de 2009 (JUR 2009/313373).

¹⁷⁰ STSJ Cataluña de 19 de julio de 1997, AS 1997/3140, sin que sea válida la previsión en las bases publicadas en el Boletín Oficial Provincial por no generar “*derechos y obligaciones propios del contrato de trabajo*”.

A pesar de las dudas que cabían de la dicción literal de la anterior normativa sobre contratación temporal (Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre) la doctrina –DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba. Voz para una enciclopedia”, op.cit.- ya se mostró proclive a entender que el instrumento que hacía brotar a la prueba era necesariamente el contrato individual.

¹⁷¹ RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M., “El período de prueba (En torno al artículo 14)”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 100, 2000, pág. 469: “Aunque el Estatuto de los Trabajadores no lo señala expresamente, el pacto de constitución del período de prueba deberá concertarse en el momento mismo de la contratación, siendo nulo, por abusivo, el pacto celebrado una vez iniciada la prestación de los servicios”; CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit., pág. 190, indica que la razón de esta conclusión la extrae la jurisprudencia de la propia exigencia legal de la forma escrita. El fundamento no se encuentra en la jurisprudencia sino en la circunstancia de la propia

Esta aseveración es coherente con la comprensión del instituto probatorio. La razón de ser de la prueba es la constatación de las cualidades del trabajador y –al menos teóricamente- de la realidad de la prestación de servicios en la que se ve a ver inmerso este; si se sostiene la validez del período de prueba tras haber empezado el rodaje laboral, el empresario y el trabajador ya conocen los aspectos que el período de prueba les permite saber, por lo que la cuestión sería ¿para qué concretar este pacto cuando el conocimiento que quiere obtener ya lo tengo en mi haber?.

Del lado del trabajador, si admitiéramos la licitud de concreción del pacto en cualquier momento de la relación laboral, este se encontraría en una clara situación de desventaja. Si antes hemos afirmado que el período de prueba poco le puede ofrecer al empleado, toda vez que su facultad dimisoria permanece incólume durante todo el transcurso de su vida laboral, nos preguntamos qué podría ganar el trabajador en la situación que ahora analizamos. Ya ha tenido –antes de que se vinculara a la prueba- la oportunidad de desempeñar la función y conocer los aspectos relevantes de su ejercicio, por lo que la suscripción tardía de la prueba nada nuevo le puede dispensar, sino que le colocaría en una situación de clara desventaja al tener que, en la praxis, renunciar a una serie de derechos que ya previamente ha adquirido.

Pero no solamente estaríamos ante una flagrante contradicción con lo dispuesto por el art.3.5 del Estatuto de los Trabajadores, sino ante un claro abuso de derecho¹⁷³, siendo contrario al principio de estabilidad en el empleo¹⁷⁴.

naturaleza y finalidad a la que obedece el período de prueba “..si en el instante inicial no se ha pactado o bien se ha realizado de forma verbal entra en juego la presunción legal de inexistencia del período, sin que ésta se pueda soslayar por la firma posterior de un documento en el que se reconozca la existencia del referido período de prueba”; BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 45.

En nuestros Tribunales: STSJ Galicia de 13 de octubre de 1998 (AS 1998/6336): “*Pacto ad initio*”; STSJ Islas Baleares de 25 de abril de 2000 (AS 2000/2136): la instauración a posteriori del pacto “*contradice lo dispuesto en el art.14.1 ET*”; STJ Islas Baleares de 16 de julio de 2001 (JUR 2001/281882); STSJ País Vasco de 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/3366); STSJ C. Valenciana de 30 de enero de 2003 (JUR 2003/215903); Sentencia del TSJ País Vasco de 27 de abril de 2004 (AS 2004/1080); STSJ Andalucía de 23 de mayo de 2007 (AS 2007/3214); STSJ Madrid de 8 de octubre de 2007 (JUR 2007/352772); STSJ Madrid de 4 de noviembre de 2011 (JUR 2011/412231); STSJ Extremadura de 19 de julio de 2011 (JUR 2011/317022); STSJ Castilla y León de 23 de diciembre de 2009 (AS 2010/101 -que alude a Sentencia del TSJ Galicia de 13 de octubre de 1998 (AS 1998/6336).

¹⁷² Expresión recogida en STSJ Galicia de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/329199); en análogo sentido, STSJ Madrid de 28 de enero de 1993 reiterada por la misma Sala en Sentencia de 10 de septiembre de 1997 (AS 1997/3240); STSJ Rioja 11 de abril de 2000, (AS 2000/1969); STSJ Cataluña de 19 de julio de 2005 (JUR 2007/43649): “*Normalmente se consignará en el contrato, pero puede hacerse en documento aparte*”.

¹⁷³ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 33, “el pacto de prueba cuando la prestación laboral ya ha comenzado implica una directa vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales contenida en el art.3.5 del Estatuto de los Trabajadores o al menos un pacto realizado en claro abuso de derecho”, En el mismo sentido DE VAL TENA A.L.: *Pacto de prueba y contrato de*

Entendemos, incluso, que se produciría una abierta contradicción con respecto a otra de las previsiones legales que se realizan en torno a la prueba. Así, si se veda la posibilidad de suscribir nuevo pacto de prueba “cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa”¹⁷⁵ se está excluyendo la posibilidad de acordar el pacto una vez comenzada la relación.

Con base a lo expuesto, si las partes formalizan el pacto tras el comienzo de la relación, la consecuencia jurídica no puede ser otra más que la nulidad del mismo ex art.9.1 del Estatuto de los Trabajadores; así, en estas hipótesis, el pacto del período de prueba se tendría por no efectuado, sin que la declaración de nulidad afectara al resto de elementos configuradores y constitutivos de la relación laboral.

Otra de las cuestiones que se pueden suscitar en la práctica de las relaciones laborales es la relativa al tratamiento que ha de ofrecérsese a la prueba en el estadio anterior al contrato de trabajo, concretamente cuando hayan existido tratos preliminares o un precontrato de trabajo.

El precontrato de trabajo podría ser definido en el sentido anticipado de promesa cierta de contratación futura. A través del mismo las partes quedarán vinculadas a una ulterior prestación de servicios, fijando las condiciones principales o más destacadas de su relación; por su parte, los tratos preliminares se podrían concebir como aquellos contactos entre empresario y trabajador previos a la concertación formal de la actividad laboral. Pues bien y sobre todo en estos supuestos en los que existió esa anuencia de voluntades en torno al establecimiento de un vínculo laboral futuro, ¿qué ocurriría si

trabajo, op.cit., pág. 85 y GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba”, op.cit.; STS 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4973); STCT de 16 de marzo de 1977 (RTCT 1977/1572); STSJ C. Valenciana de 13 de diciembre de 2000 (AS 2001/164461) porque su establecimiento implica una renuncia a un relación laboral anterior; STSJ C. Valenciana de 27 de octubre de 2000 (JUR 2001/91952); STSJ Madrid de 10 de marzo de 1999 (AS 1999/1335); STSJ Islas Canarias de 29 de septiembre de 1997, AS 1997/3136; STSJ Galicia de 25 de febrero de 2002 (AS 2002/769); STSJ C. Valenciana de 27 de febrero de 2003 (AS 2003/2952); STSJ Galicia de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/329199) que estima que la contravención del precepto se produce por cuanto se ha consolidado “*el derecho a un contrato perfeccionado sin sometimiento a condición alguna*”; Sentencia del TSJ Galicia de 23 de febrero de 2012 (JUR 2012/108819).

¹⁷⁴ STS de 25 de enero de 1987 (RJ 1987/122):con independencia de la clase de relación laboral que tuviera con anterioridad; STS de 15 de septiembre de 1986, RJ 1986/4973 (citada en STSJ Galicia de 25 de febrero de 2002 -AS 2002/769- STSJ Galicia de 22 de enero de 2000 (AS 2000/105), STSJ C. Valenciana de 13 de diciembre de 2000 -AS 2001/164461- STSJ C. Valenciana de 27 de octubre de 2000 (JUR 2001/91952);Sentencia del TS de 29 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7146); STSJ La Rioja de 11 de abril de 2000 (AS 2000/1969); STSJ C. Valenciana de 27 de febrero de 2003 (AS 2003/2952) apoyándose en STS de 15 de septiembre de 1986; STSJ Galicia de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/329199).

¹⁷⁵ Apartado primero del art.14 ET.

no habiéndose previsto en el precontrato finalmente en la formalización de la relación ulterior se señala la existencia de un período de prueba?. La respuesta, entendemos, no puede ser otra más que admitir su validez ¹⁷⁶; la razón de ser de no poder concertar el período de prueba tras iniciar la relación laboral se asienta en los argumentos que ya hemos expuesto pero también en la carencia de sentido de someter algo a probanza cuando ya ha existido ésta. Así pues, si lo único que existió fue ese compromiso de vinculación jurídica-laboral y no comenzó la prestación de servicios, es perfectamente posible prever en el contrato y, en cualquier caso, antes del inicio de la ejecución de la actividad laboral, otras cláusulas adicionales y, entre ellas, la relativa al período de prueba.

De esta manera, la falta de previsión del período de prueba en el posible precontrato acordado por las partes no imposibilita a estas a celebrar la prueba cuando se materialice la relación, por cuanto el precepto ciñe la exigencia a que se concierte "al inicio de la relación laboral"¹⁷⁷.

En la praxis los problemas se centrarían en el deslinde entre lo que constituiría tan solo un trato preliminar o precontrato de trabajo y lo que en realidad es un contrato de trabajo, lo que en definitiva se reconduce a la probanza de la efectiva prestación de servicios por cuenta ajena.

Si no es factible, por contradecir el espíritu de la institución probatoria, concertar la prueba con posterioridad al efectivo inicio de la relación laboral, idéntica conclusión se ha de alcanzar cuando se procede a la modificación y sustitución del primitivo pacto por otro nuevo que fije condiciones distintas a aquellas. Nulidad, por tanto, de los pactos novatorios que inciden sobre la constitución y régimen jurídico de la prueba inicialmente convenida (DE VAL ¹⁷⁸).

Esta última conclusión doctrinal presupone (a nuestro juicio) que la modificación vía pacto novatorio colocará al trabajador en una

¹⁷⁶ STCT de 16 de marzo de 1977 (RTCT 1977/1572): si se entiende que previamente a la realización de la actividad por cuenta ajena existieron tan solo tratos preliminares, la suscripción ulterior del contrato de trabajo y, en lo que nos interesa, del pacto del período de prueba es lícito. Por el contrario, si se acredita la efectiva realización de servicios del trabajador dentro del círculo organicista del empresario, cualquier firma posterior consignando la existencia del pacto de prueba, sería nula; STSJ Islas Canarias de 19 de junio de 2001, (AS 2001/4536); STSJ de Castilla y León de 23 de diciembre de 2009 (AS 2010/101). El Tribunal entiende que las actividades realizadas por el demandante "se extralimitan ...de lo que deben considerarse negociaciones o conocimiento del funcionamiento de la empresa."

¹⁷⁷ STSJ de Andalucía de 26 de octubre de 2010 (JUR 2011/22644): "la oferta remitida al trabajador es un trato preliminar o promesa de contrato de trabajo que no puede primar sobre las obligaciones concretadas en el contrato de trabajo firmado por ambas partes, entre ellas un período de prueba que es un acuerdo válido conforme al artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores"

¹⁷⁸ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 85; STSJ Murcia de 30 de abril de 1996 (AS 1996/1387) se declara la nulidad del segundo período de prueba que fijaba un lapso superior al señalado en primer lugar.

posición de desventaja con respecto a la que ostentaba con relación al período de prueba sustituido.

Se parte de la suposición de que el empresario trata de alterar las condiciones originales para, básicamente, aumentar el lapso probatorio convenido y, aunque éste pueda ser el suceso ordinario en la realidad empresarial, es posible que el objetivo del nuevo pacto sea otro.

Lo que nosotros nos preguntamos en este momento es si correrían la misma suerte los pactos novatorios que en vez de al alza modificaran la primigenia cláusula de prueba acortando el plazo de prueba. En este sentido, imaginemos que el período de prueba señaló una duración superior y a través de la novación lo único que se pretende es ajustar aquella a la baja. Es indudable que esta modificación supondrá una ventaja en la posición del trabajador, por cuanto la situación de inestabilidad laboral se acorta y se hace más presente el principio de conservación del negocio. En estas hipótesis no encontramos ningún obstáculo legal para admitir su validez, sobre todo si venimos sosteniendo una interpretación de la institución en el sentido de que sus efectos aprovechan fundamentalmente al empresario.

En estos casos, el único presupuesto legalmente exigible es el relativo al establecimiento de la prueba que se materializa en la diáfana fijación de las partes de quedar sometidas durante parte de su vida laboral a esta coyuntural y particular situación.

Esta aseveración, además, enlazaría directamente con la consecuencia a la que nuestros tribunales anudan la desatención jurídica de las partes en materia probatoria. Como ya tendremos la oportunidad de examinar más detalladamente, el incumplimiento de los topes máximos de duración de la prueba no entraña la nulidad del negocio probatorio, sino la sustitución de las concretas previsiones viciadas por las legalmente obviadas.

4.4.2.-La excepción a través de la vía judicial.-

Categorícamente hemos venido sosteniendo que el período de prueba habrá de acordarse en un momento temporal concreto: antes de comenzar efectivamente la prestación de servicios, no obstante, la casuística ha provocado que nuestros tribunales hayan promovido una interpretación más –a nuestro juicio- relajada del precepto, modulando su sentido.

Se propugna claramente la nulidad del pacto de prueba cuando ha transcurrido un tiempo considerable desde el comienzo de la relación laboral. Pongamos un ejemplo: trabajador que empieza a

trabajar el día 1 de marzo no suscribiendo el período de prueba hasta el día 1 de mayo. Aquí se aprecia claramente la consecuencia de nulidad propugnada, y cuanto más extrememos la situación (el lapso que media entre el primer día de trabajo y la firma de la prueba) con mayor claridad podemos inferir el resultado a favor de la inexistencia de la prueba, pero ¿qué ocurriría si desde el inicio de la prestación de servicios al momento de propuesta del período de prueba y aceptación de ésta han transcurrido unos días?, ¿sostendríamos con la misma firmeza la declaración de nulidad?.

Aun hay más. Pensemos no solo que han sido o unos días o unas horas desde que surgiera la prestación de servicios, sino que a esta –dada la complejidad de las funciones asumidas- teóricamente le hubieran podido incluir un pacto temporal considerablemente importante (por descender al terreno práctico, de ocho meses, v.gr), ¿seguimos siendo tan rotundos proclamando la invalidez de la prueba?.

Estas situaciones se han producido en la práctica y la jurisdicción social ha tenido que abordarlas. Sin unanimidad, pero sí mayoritariamente, nuestra doctrina judicial se ha decantado por otorgar validez al pacto de prueba concertado ulteriormente, con ocasión precisamente del breve interregno de tiempo transcurrido desde el inicio de la relación a la formalización de ésta y del período de prueba.

A nuestro juicio las excepciones no existen. La regla general ha de aplicarse para todos los supuestos e hipótesis y solo se salvaría de la atención literal de la norma los casos en los que quede adverada fehacientemente la mala fe de la parte (trabajador) que rehúso la firma.

Para esta última situación expuesta (la falta de buena fe) sí existe un argumento y defensa jurídica que posibilita que la previsión legal no tenga virtualidad. El principio de buena fe es una de las máximas que inspiran nuestro ordenamiento que adquiere su mayor significado e implantación en las relaciones jurídicas-humanas que se entablan; así pues, si no solamente no existe buena fe sino que además se prueba la mala fe de una de las partes, la consecuencia inexorable es que esta última no podrá beneficiarse de la situación maliciosa que ha generado.

Pero si lo único que ha ocurrido es que las partes no han formalizado –por desatención, por lógica urgencia o cualquier otra razón no jurídica- la prueba en el momento precedente o inicial de la concertación de servicios, no hallamos ninguna motivación jurídica que avale obviar la previsión legal.

En este sentido, creemos que es indiferente el número de días¹⁷⁹ que haya transcurrido desde que efectivamente se comenzara

¹⁷⁹ Así han estimado la nulidad: STCT de 16 de marzo de 1977 (RTCT 1977/1572): 17 días después se suscribió un documento comprometiéndose a aceptar el período de prueba; STSJ Cataluña de 22 de julio de 1992 (AS 1992/4063) que dilucida un supuesto de un trabajador que estuvo trabajando durante veintidós días hasta que se formalizó la relación –y la prueba por escrito; STSJ Castilla y León de 19 de octubre de 1993 (AS 1993/4496); STSJ Andalucía de 13 de junio de 1997 (AS 1997/4544); STSJ Castilla La Mancha de 20 de abril de 1998 (AS 1998/1641) comenzó a prestar sus servicios el 6 de marzo y se suscribió la relación el 1 de abril; STSJ Madrid de 3 de abril de 2002, (AS 2002/1655) la prueba se suscribió mes y medio después de haber comenzado la relación laboral; STSJ Galicia de 24 de marzo de 2003 (JUR 2003/195869); STSJ C. Valenciana de 26 de junio de 2007 (JUR 2007/310102): el contrato se firmó 8 días después de empezar la relación laboral (el tribunal no entra en el argumento de los pocos días transcurridos, declarando la nulidad del período de prueba); STSJ I. Canarias 19 de febrero de 2009, (AS 2009/1478): comienza a prestar servicios el 15 de noviembre. Contrato formalizado el 11 de diciembre con período de prueba; STSJ Andalucía de 5 de mayo de 2009, (JUR 2009/313373): inicio de la actividad el 3 de diciembre y el 11 del mismo mes se formaliza la relación incluyendo el período de prueba; STSJ Andalucía de 10 de junio de 2009 (JUR 2009/370544): el contrato se suscribió transcurridos ocho días desde la inicial prestación de servicios. El pacto de prueba se tiene por no puesto; STSJ Galicia de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/329199): transcurridos tres días desde el inicio de la prestación de servicios se suscribe período de prueba; STSJ de Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2013 (JUR 2013\158028): inicio de la relación laboral el 14 de noviembre. Suscripción del período de prueba el día 5 de diciembre.

En sentido contrario: STSJ Navarra de 23 de julio de 1999 (AS 1999/3040): el simple retraso de un día en la suscripción del contrato no vicia la cláusula del período de prueba, sobre todo si el alta en Seguridad Social coincide con la fecha del contrato (no entendemos exactamente qué se añade con este último argumento); STSJ Madrid de 18 de septiembre de 2001 (JUR 2001/327032): se formalizó la relación laboral por escrito 9 días después. Se considera que es un “*breve lapso de tiempo que no puede reputarse fraudulenta ni puede acarrear ninguna consecuencia no prevenida por el legislador*”. Entendemos que este argumento también puede sostenerse para llegar a la conclusión diametralmente inversa: al no haber previsto el legislador salvedad alguna para el establecimiento original del período de prueba, no podremos interpretar que existe tal excepción con base a la interpretación literal, histórica y teleológica del precepto. Continúa diciendo la Sentencia que todos los pactos contenidos en el contrato tienen vigencia “*por cuanto no había habido una prestación anterior para la empresa durante un período equivalente durante el cual hubieran tenido lugar las experiencias objeto de la prueba, que es lo que el legislador tiene en cuenta para considerar nula la previsión de un nuevo período ... siendo evidente que en el corto período de tiempo de nueve días las partes no han podido conocerse*”. Reiteramos en este punto el argumento anterior y señalamos que, a nuestro juicio, el tribunal incluye una valoración subjetiva que no le es dable realizar al considerar que el tiempo transcurrido no ha servido “*para conocerse*”; de igual modo, la nulidad del período de prueba no está condicionada a que se agote el plazo máximo de duración de esta – tal y como examinaremos en el apartado correspondiente– plazo, que por otra parte, es disponible para las partes; STSJ Navarra de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/119508): retraso de un día; STSJ C. Valenciana de 24 de septiembre de 2009 (JUR 2010/11714): considera que no es nulo dada la “*singularidad del caso*”. La relación laboral había comenzado dos días antes de la suscripción del contrato. Se apoya en Tribunales Superiores de Justicia como el de Madrid en Sentencia de 18 de septiembre de 2001 y el de Navarra en sentencia de 31 de marzo de 2005; STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2012 (JUR 2012/108819): Comenzó a trabajar el 22 de febrero 2011. El pacto se suscribió el 25 del mismo mes. “*sólo transcurrieron dos días, por lo que no es posible sostener que ese pequeño lapso de tiempo sea indicativo de una actuación realizada en fraude de ley, ni tampoco cabe entender que este supuesto sea incardinable en la previsión del art.14.1 ET que está reservada para los casos en los que el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa*”; STSJ de Andalucía de 17 de mayo de 2012 (JUR 2012/241266): la relación se inicia el 28 de septiembre. El 6 de octubre se suscribió el contrato de trabajo incluyéndose el período de prueba. “*La aplicación del art.14.1 no resulta de aplicación por cuanto que la norma está contemplando la reiteración de períodos de prueba ante diferentes y sucesivas o reiteradas relaciones contractuales*”.

a prestar los servicios, pues nos parece de todo punto peligroso –por atentar al principio de seguridad jurídica- que este sea el dato a emplear para dirimir sobre la licitud. Sostenemos que atenta al principio de seguridad jurídica al no poder conocer a priori cuál es el límite de días a partir del cual la concertación ulterior de la prueba sería calificada como nula.

Pero es más, tampoco podremos conocer a posteriori esta circunstancia, dada la imposibilidad de unificar estas situaciones ante el Alto Tribunal. No es posible objetivar o cuantificar el límite temporal de la declaración de nulidad, pues el número de días transcurridos entre el momento inicial de la relación laboral y el de la suscripción del compromiso de prueba no tiene el mismo valor en todo tipo de relaciones laborales. En ocasiones el transcurso de un día puede ser relevante sobre todo cuando contemplamos relaciones muy breves (o que requieren escasa adaptación) en el tiempo y viceversa, este mismo lapso puede ser insignificante si la relación nació con vocación de permanencia.

Abundando en la cuestión, se observa cómo el período de prueba es una institución con una profunda raigambre jurídica y el legislador no ha establecido –ni antes ni ahora- ningún tipo de salvedad, no pudiendo crearse de facto ninguna; el legislador no ha olvidado esta matización a la hora de redactar el precepto, sino que decididamente ha optado por no establecer ninguna excepción al carácter constitutivo y formal del período de prueba.

Por último, entendemos que si la previsión del período de prueba es posterior al inicio de la relación laboral tan solo obedece a una actuación del empresario olvidadiza o negligente que no puede ser subsanada ulteriormente. Debemos tener presente el escaso margen que posee el trabajador cuando se le presentan sus condiciones contractuales por lo que ese acto de omisión empresarial tendrá una serie de consecuencias que habrán de ser asumidas por la parte que las propició, sin que pueda perjudicar a la parte más débil –y menos interesada- en el establecimiento del período de prueba.

De ser cierta nuestra afirmación se pueden producir situaciones “injustas” para el empresario que no se condujo de una forma maliciosa sino como máximo negligente, pero entendemos que está vinculado a su propio acto y al carácter sustancial del negocio probatorio como acto ad solemnitatem, no existiendo principio jurídico alguno –a salvo el de mala fe del trabajador- que permita alcanzar una solución distinta de la sostenida.

4.4.3.-El período de prueba en ascenso y situaciones de movilidad funcional.-

Con fundamento en el art.35 de la Constitución y el art. 4.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, surge el art.24 del Estatuto de los Trabajadores¹⁸⁰ que garantiza el derecho del trabajador a su promoción profesional y salarial a través del ascenso.

El legislador es parco a la hora de abordar este derecho, limitándose a señalar que en materia de ascenso la norma que regulará las condiciones a fin de hacerlo efectivo será la colectiva (convenio o acuerdo colectivo).

Mas, junto con los supuestos de ascenso nos encontramos con una suerte de situaciones en las que el trabajador ve cambiadas lo que hasta el momento son sus funciones normales (ya sea como consecuencia de la movilidad funcional propiciada por el empresario o a raíz de procesos de promoción interna a otros puestos de trabajo) para venir a desempeñar otras distintas.

Prescindiendo ahora de las hipótesis de ascenso automático, interesa señalar que es frecuente que a fin de consolidar la nueva situación laboral, el trabajador tenga que probar su capacidad para el puesto que ahora se le encomienda antes de ejercer definitivamente este. Esta situación transitoria en la que se encuentra el ascendido se pacta a modo de período de prueba, entendiendo que este es el "lapso de tiempo durante el cual el ascenso del trabajador se considera provisional, quedando condicionado a la satisfactoriedad de su rendimiento en el nuevo puesto de trabajo"¹⁸¹.

Este "período de prueba", si se supera, afianzará la nueva posición dentro de la empresa. Pero técnicamente hablando, la expresión período de prueba para referirse a la transitoriedad del nuevo puesto de trabajo ¿es correcta? o lo que es lo mismo, este período de prueba ¿es el mismo del que hemos venido hablando y que se regula en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores?.

El desconcierto surge por cuanto no existe ninguna previsión legal que expresamente nos aclare esta duda.

¹⁸⁰ Art.24 ET: "1. Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario.2. Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación."

¹⁸¹ MARTÍN VALVERDE, A. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 32 y recordado por DE VAL TENA A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.85-86, así como por BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "El período de prueba", op.cit., pág.34.

Para saber si los dos –permítasenos denominarlos así- períodos de prueba comparten la misma naturaleza jurídica y aluden, por tanto, a la misma realidad, comencemos a investigar acerca de la razón de ser de cada uno de ellos.

El período de prueba concertado al inicio de la relación laboral tiene su sentido en la experimentación del contrato de trabajo, saber si la primera impresión forjada sobre la relación laboral entablada queda o no confirmada a la luz del ejercicio efectivo de la actividad encomendada.

En el segundo caso –período de prueba acordado previo a la consolidación del ascenso- el trabajador habrá de demostrar efectivamente su valía para las nuevas funciones.

Se observa, por tanto, que el objetivo es el mismo en los dos supuestos, por lo que no existe óbice alguno para equiparar las dos situaciones probatorias en lo que se refiere a su razón de ser.

Pasemos, ahora, a examinar el segundo de los rasgos que significan al período de prueba: la posibilidad de extinguir unilateralmente y sin causa el lazo laboral.

ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE¹⁸² manifiestan categóricamente que la falta de superación del período de prueba en los ascensos “implica meramente la vuelta a la categoría anterior al ascenso, sin reabrir la posibilidad de resolver el contrato, ni menos de abrir la de despedir; solución a aplicar también a la no superación de prueba, aunque haya habido ascenso provisional”. Esto es, se niega la posibilidad de que el empresario pueda cercenar el vínculo, sino que tan solo se le otorga la opción de desdecirse, y –a la vista del resultado de la nueva labor- reintegrar al trabajador en su anterior puesto de trabajo.

Con base en esta consecuencia, los autores citados niegan la equiparación entre el período de prueba que inicialmente pueda convenirse con la prueba previa a la consolidación del ascenso, toda vez que no comparten la naturaleza jurídica. A esta conclusión y por idénticos planteamientos, se suma DE VAL¹⁸³ y todo ello con independencia de las indudables concomitancias que existen entre las dos figuras¹⁸⁴.

¹⁸² ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 441.

¹⁸³ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 86.

¹⁸⁴ DE VAL TENA A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.86, nota al pie 176 recoge las coincidencias señaladas por Martín Valverde: “ No obstante, MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba*, ... pág.33, sostiene que hay muchos aspectos de la regulación del período de prueba de la relación laboral –límite de duración, deber de experimento), control de resultados, etc- que podrían servir

Por su parte, BARREIRO¹⁸⁵ manifiesta que “el período de prueba para el ascenso no debe confundirse en modo alguno con el período de prueba que contempla el art.14 ET, pues mientras éste se aplica a los trabajadores de nuevo ingreso, aquél vale solamente para los supuestos de movilidad ascendente entre distintos puestos de la misma organización de trabajo” . Por consiguiente, mientras que lo que está en juego en la relación de trabajo a prueba “es la propia continuidad de la misma” lo que está en tela de juicio en el ascenso a prueba “es solamente la consolidación en el puesto de trabajo al que se ha ascendido”.

Parece, no obstante, no ser este el sentir de nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de octubre de 2008 (RJ 2008/5879) resolviendo el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007/250205).

Partamos de la Sentencia recurrida originada como consecuencia de una acción de impugnación del convenio colectivo del sector del transporte aéreo y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación. En lo que a nosotros nos atañe, nos centraremos en la cláusula del convenio relativa a la imposición de un período de prueba para los supuestos de ascenso. La Audiencia Nacional desentraña la finalidad esencial del período de prueba legal y destaca que “La finalidad esencial del periodo de prueba es el recíproco conocimiento de las partes contratantes al comienzo de la relación laboral y de tal guisa no solamente es abusivo establecer un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación sino también imponer un nuevo periodo de prueba cada vez que se produce un ascenso de categoría, una vez superado el tiempo máximo de prestación de servicios previsto para el periodo de prueba en la categoría de origen, sobre todo cuando al novarse la relación laboral por el ascenso y simultáneamente establecer otro periodo de prueba, se abre la posibilidad extintiva no indemnizada de una relación laboral fija ya consolidada por la superación del periodo de prueba inicial.”¹⁸⁶

para la prueba para el ascenso. Así, el Convenio Colectivo del sector de Comercio de Recambios-Neumáticos y Accesorios” establece los mismos plazos en los supuestos de ascenso y los del período de prueba en estricto sentido.

¹⁸⁵ BARREIRO GONZÁLEZ, G. “El período de prueba”, op.cit., pág. 34, citando a MARTÍN VALVERDE, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.33.

¹⁸⁶ Continúa esta Sentencia afirmando que lo previsto por los agentes negociadores no responde realmente a un período de adaptación “a la categoría de ascenso que de ser fracasado revocaría el mismo reponiendo al trabajador en su categoría de origen sino lo que se pacta es un nuevo periodo de prueba (que habilita el desistimiento del empleador en la continuidad de la relación laboral) lo que configura un verdadero abuso de derecho del artículo 6-4º del Código Civil”.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TSJ de Madrid de 21 de julio de 2009, JUR 2009/479587: “esta excepción (la de establecer un nuevo período de prueba) se contempla desde la

Lamentablemente, a nuestro juicio, no lo entiende de esta manera el Tribunal Supremo en la Sentencia anteriormente aludida de 1 de octubre de 2008 que aplicando la "lógica" entiende oportuna la imposición de "un período de comprobación como el art.14 ET prevé para los supuestos de nuevo ingreso" que únicamente sería inviable cuando el trabajador ya hubiera desempeñado previamente las funciones correspondientes al puesto al que fue ascendido, sin que pueda entenderse abusiva tal previsión convencional "cuando además, se prevé en el apartado siguiente del mismo art. 33 que en el caso de no superar la prueba el trabajador conserva su derecho a reintegrarse a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional y nivel funcional de procedencia."

Consagra, en definitiva, esta Sentencia del Tribunal Supremo la asimilación entre la figura del período de prueba inicial y la que se pueda convenir tras el cambio de puesto de trabajo. La diferencia, a decir por el Tribunal Supremo, es el efecto. Así, la falta de superación del período de prueba primitivo provocaría el fin del contrato, mientras que en el que se fija para los cambios de puesto de trabajo conllevaría tan solo el retorno al puesto de trabajo anterior.

Entendemos, no obstante, que para concluir que el período de adaptación es una variante del contemplado en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores, se necesita desplegar toda una suerte de razonamientos que nos conduzcan a esta conclusión, sobre todo cuando el punto de partida es que los efectos previstos son diferentes en ambas figuras. No se puede mantener que son iguales cuando no comparten las mismas consecuencias jurídicas. No hay identidad de efectos, por lo cual, no se puede decir -al menos sin fundamentarlo detalladamente- que aludan a la misma realidad jurídica. Y, de cualquier manera, si finalmente se entiende que estamos frente a variantes del período de prueba es necesario -a nuestro juicio- basar la conclusión en argumentos más sólidos que la mera "lógica" de su imposición para saber si el trabajador ascendido es también válido en el nuevo puesto asignado.

perspectiva de una nueva contratación, es decir cuando se suceden nuevos contratos de trabajo, ya que en otro caso, vigente la misma relación laboral, la imposición por pacto individual o colectivo de un nuevo período de prueba cuando el cambio de entidad de las tareas encomendadas se deriven por ejemplo de un ascenso de categoría, es injustificada y abusiva puesto que se abre la posibilidad extintiva no indemnizada de una nueva relación laboral fija ya consolidada por la superación del período de prueba inicial".

STSJ Cataluña de 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/4162). Por su parte, la STSJ C. Valenciana de 4 de julio de 2002 (EDJ 2002/86521) -y con base al principio de estabilidad en el empleo y la irrenunciabilidad de derechos- niega la posibilidad de establecer un período de prueba en los supuestos de ascenso. Sostiene la inaplicación del art.14 ET en los supuestos de cambio de puesto de trabajo, la STSJ Madrid de 1 de julio de 1994 (AS 1994/3123).

Pero no solo es que no compartan los mismos efectos, sino tan siquiera se les exige los mismos requisitos en orden a su constitución. Así, el período de prueba necesariamente tenía que consignarse para cada una de las relaciones entabladas por escrito, sin que fuera válida otra fórmula de compromiso. En el período de adaptación no existe – ni tan siquiera se ha planteado litigiosamente- inconveniente alguno en entender como directamente aplicable este aun cuando la previsión parta única y exclusivamente de un instrumento convencional, reconociéndose también la posibilidad de que sea un pacto colectivo acordado extramuros del Estatuto el que recoja la necesidad de pasar por esta transitoriedad en la que consiste el período de adaptación. Es más, el propio empresario –a falta de previsión convencional al respecto- podría (desde nuestro punto de vista) amparado en su genérico poder de dirección unilateralmente exigir este trámite previo a la consolidación del nuevo puesto de trabajo, y tal previsión en principio no colisionaría con los legítimos intereses que ostenta el trabajador.

El período de prueba ex art.14 del Estatuto de los Trabajadores parte de una realidad laboral bien distinta a la que vive el trabajador que opta a otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa. En el primer caso, el empleado parte de una inestabilidad laboral que conoce desde el inicio de la contratación; en el período de adaptación la inestabilidad no se refiere a su relación laboral, sino que viene directamente relacionada con el nuevo puesto de trabajo a desempeñar. En el caso primero, no se está poniendo en juego ningún derecho específico del trabajador, en el período de adaptación sí se está ejerciendo una facultad reconocida legalmente, cual es la propia a la promoción profesional.

Este último derecho, el de la promoción profesional, no puede verse limitado sin causa, ha de existir un motivo relevante para no ser concedido. El trabajador que cambia de puesto de trabajo lo hace con la aquiescencia del empresario y podemos intuir que ese asentimiento empresarial se produce porque presumiblemente el trabajador acometerá adecuadamente la labor. Así, el juicio ulterior empresarial entendiéndolo que no ha superado el período de adaptación si no se encuentra adecuadamente motivado, bien podría ser constitutivo de abuso de derecho o desviación de poder¹⁸⁷.

Es cierto que estos dos límites actúan como salvaguarda de los intereses laborales en el período de prueba, pero entendemos que si bien la apreciación de los mismos exigirían la concurrencia de un plus probatorio por parte del actor-trabajador, en los supuestos de falta

¹⁸⁷ STSJ Madrid de 1 de julio de 1994 (AS 1994/3123): dilucida un supuesto de período de prueba en ascenso en el que por convenio –y salvo “*abuso, desviación de poder o discriminación*”- se exoneraba al empresario de la exposición de razones que le llevan a entender que no es apto para la nueva función.

de adaptación al nuevo puesto de trabajo encomendado la ausencia de motivación empresarial conduce inexorablemente a pensar en la infracción de las dos barreras infranqueables a las que hemos hecho referencia: abuso de derecho o desviación de poder.

Esta idea es la que a nuestro juicio subyace de determinados planteamientos judiciales que partiendo de la circunstancia de que también aquí –en el que se ha denominado como período de adaptación- nos encontramos ante una extinción acausal, descienden sin embargo a las circunstancias concretas que fundamentan la decisión empresarial de no consolidación de la nueva plaza laboral¹⁸⁸.

Pero ya previamente al dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo ya existían asertos judiciales que consideraban procedente la asimilación entre ambas figuras¹⁸⁹, pese a que otras entendían que no era posible, también por cuanto el del art.14 del Estatuto de los Trabajadores exigía imperativamente que su suscripción había de convenirse en el momento de iniciarse el contrato¹⁹⁰.

En lo que se refiere a la primera clase de sentencias (las que afirman que nos encontramos ante un auténtico periodo de prueba) a nuestro juicio yerran en la calificación al cometer la siguiente contradicción. Estos fallos judiciales tras haber considerado que las situaciones de provisionalidad a las que se somete un trabajador ascendido son encuadrables en el art.14 del Estatuto, manifiestan no obstante que los efectos son diversos. Así, si el trabajador ascendido no supera con éxito la prueba, volverá a su puesto de trabajo mientras que el recién ascendido trabajador que no satisface las expectativas primitivas del empresario verá extinguido su lazo contractual.

Pero, además, no solamente divergen en sus efectos, sino incluso en el módulo temporal. Así, el período de adaptación para los supuestos de ascensos no está limitado por los tiempos que regula el art.14 del Estatuto de los Trabajadores¹⁹¹ o el que pueda señalar el

¹⁸⁸ STSJ Andalucía de 24 de junio de 2003 (JUR 2003/184496) –recogiendo que esta es una forma también de extinción acausal; no obstante, esta gran conclusión parece desdeñarse de la propia fundamentación jurídica, pues en efecto se detiene a precisar cuáles han sido las razones que han llevado al empresario a entender que el trabajador que aspiraba a otro puesto de trabajo no es adecuado en este. Concretamente se apoya en informes de la empresa donde se motivaba esta falta de aptitud; STSJ Castilla y León de 15 de octubre de 2001 (JUR 2002/9747) que efectúa un análisis de “*las funciones que no realizó correctamente la actora*”.

¹⁸⁹ STSJ Andalucía de 24 de junio de 2003 (JUR 2003/184496); STSJ Andalucía de 10 de julio de 2003 (JUR 2003/219242); STSJ País Vasco de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007/349837): Se regula convencionalmente el denominado “*período de adaptación*” previamente a consolidar la nueva plaza. El trabajador no supera con éxito este período. El tribunal parte de la asimilación del período de adaptación al período de prueba.

¹⁹⁰ STSJ Madrid de 1 de julio de 1994 (AS 1994/3123).

¹⁹¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.217.

convenio colectivo de aplicación para los supuestos de inicio de la actividad laboral.

No podemos compartir tampoco la afirmación de que el período de prueba inicial y la probanza de los servicios en ascenso compartan la misma finalidad¹⁹², siendo la razón que pretendidamente avala esta afirmación que en ambos casos estarían prohibidos si previamente se prestaron los mismos servicios.

Examinemos la concepción legal del ascenso y comparémosla con la del período de prueba en estricto sentido. En materia de ascenso no hay una regulación pormenorizada o detallada, es más si se contempla el artículo que lo regula podemos colegir cómo existe una cierta amplitud o discrecionalidad en el criterio empresarial para decidir si desea o no promover el ascenso –tan solo limitada por lo que se haya podido comprometer a través de la negociación colectiva-. Es lógica la actitud normativa: no se pone en juego ningún bien jurídico superior y menos aun el que sí le sirve de referencia o base para la redacción del art.14, el ya reiterado principio de estabilidad en el empleo. El legislador –consciente de que en la regulación del período de prueba es una excepción al principio de estabilidad en el empleo- quiere asegurarse que no se produzcan utilizaciones desviadas del instituto.

De ahí que –con las precauciones que impone el límite constituido por el abuso de derecho- podría ser factible (a nuestros ojos) imponer ese período de adaptación al nuevo puesto de trabajo aun cuando con anterioridad y de forma coyuntural (pues de lo contrario sí incurriríamos en abuso de derecho) se haya ejercido idéntica función.

Otro argumento que nos hace pensar que no son figuras idénticas es cómo han de concertarse estas. Nueva contradicción. El período de prueba necesariamente ha de consignarse por escrito acordado entre empresario y trabajador; por el contrario el ensayo de la nueva función se entiende vinculante para el trabajador no solo si lo han convenido las partes contractuales sino también en los supuestos en los que se contempla necesario y con carácter genérico el convenio colectivo¹⁹³.

De igual modo, a nuestro entender no podría considerarse período de prueba al período de adaptación que se hubiera podido fijar para el ascenso por cuanto la facultad de retroacción a la

¹⁹² Tal y como indicaba STSJ País Vasco de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007/349837) la finalidad del período de adaptación es la misma que la del período de prueba, de hecho –indica el tribunal- no podría entenderse concertado el período de adaptación cuando el trabajador previamente venía desempeñando las mismas funciones.

¹⁹³ STSJ País Vasco de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007/349837).

situación anterior tan solo la ostenta el empresario. El trabajador no podría volver a su puesto de trabajo por interés propio y únicamente podría desasirse el vínculo contractual en su integridad empleando el mecanismo que genéricamente –y para cualquier estadio contractual– se prevé en el art.49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Pero es más, imaginemos que el período de prueba específico para los supuestos de ascenso no estuviera previsto convencionalmente. Si entendemos que este es una modalidad del genérico lapso probatorio ¿qué óbice existiría para aplicar los tiempos de inestabilidad en la posición laboral que se regulan abstractamente para los períodos de prueba que se concierten al inicio de la relación laboral?. ¿Y si los previstos en el convenio no se han acordado en función de las concretas ocupaciones que asume el trabajador, sino que se ha hecho en función, por ejemplo, de la duración del contrato?. Entonces, a nuestros ojos, la justificación de la asimilación es todavía más oscura, por cuanto la incertidumbre de la satisfacción empresarial es inferior en los casos de ascenso que en los de comienzo del contrato de trabajo y, por tanto, se exigen períodos de acomodo laboral inferiores.

A nuestro juicio, el período de adaptación que se fija para los supuestos de ascenso constituye una cláusula posible en los contratos ya vivos que responde a una finalidad diferente al período de prueba y que, amparada en el art.24 del Estatuto de los Trabajadores, tiene los efectos que las partes deseen. No es período de prueba en el sentido del art.14 de la norma básica laboral. La idiosincrasia del período de prueba se cifra en la posibilidad de extinguir unilateralmente la totalidad del vínculo contractual. En el ascenso si se fija una prueba, lo único que está en cuestión es el propio ascenso no el vínculo laboral, provocando –en caso de que no fuera superado con éxito– tan solo la reversión al estado anterior¹⁹⁴.

En estos supuestos de cambio de puesto de trabajo, habremos de estar a las previsiones genéricamente contempladas en el convenio colectivo y, en su defecto, a las prescripciones sobre abuso

¹⁹⁴ El resumen de cuanto opinamos lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/4162) que, genéricamente, contempla los supuestos de movilidad funcional o introducción de modificaciones técnicas en el puesto a desempeñar. “ *el contenido del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores concerniente al período de prueba que tanto por su propia naturaleza de afectante a la rectificación de la subsistencia o extinción del contrato de trabajo como por su contenido, otorgante de derechos y obligaciones recíprocas así como facultad resolutoria de la relación laboral, como por sus exigencias de necesaria constatación por escrito e ininterrupción del período establecido, salvo pacto en contrario, entre otros supuestos en los de situaciones de incapacidad temporal, y por su finalidad consistente en que el trabajador conozca y determine si le interesa la actividad que se le encomienda y las condiciones impuestas por la empresa que, a su vez, puede apreciar las condiciones humanas y profesionales requeridas para el puesto a que destina a aquél, deviene inaplicable a los supuestos de período de adaptación propio de introducción de modificaciones técnicas o movilidad funcional cuya finalidad es la de procurar la aptitud y en su caso determinar la ineptitud del trabajador para asumir las nuevas técnicas introducidas o desempeñar las nuevas funciones atribuidas*”.

de derecho y buena fe, a fin de constatar la licitud del período de adaptación.

V.- LAS FUNCIONES Y LA EMPRESA.-

5.1.-La previsión legal.-

Los requisitos que hasta el momento hemos examinado en torno a la válida concertación del período de prueba han sido los relativos a su forma y al momento temporal de su concreción. La plasmación escrita al inicio de la relación laboral se configuraba como condición ad solemnitatem.

Pero no acaban aquí las exigencias legales en torno a la construcción lícita del período de prueba. Atendiendo a su propio sentido y finalidad, se hace preciso que el trabajador sea la primera vez que preste esas concretas funciones para ese particular empresario. En este sentido, el art.14.1 in fine se expresa:

“Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.”

La claridad con la que se expresa el apartado del precepto es diáfana; no obstante, el mérito no es atribuible exclusivamente al legislador, puesto que la única actuación que ha realizado es traducir la exigencia jurisprudencial al lenguaje legal. En sus orígenes, el precepto no contemplaba esta limitación a la hora de hacer uso de la prueba, no obstante los tribunales requirieron como requisito adicional a las previsiones legales la necesidad de que el trabajador no hubiera desempeñado idéntico cargo para el mismo empresario en el pasado¹⁹⁵.

Veamos el argumento judicial. En los supuestos de ulteriores contrataciones para el mismo empleador con el mismo empleado, la admisión del período de prueba demuestra “la torcida finalidad de esa contratación”¹⁹⁶, por cuanto “ya se había dado muestras concretas de capacidad durante la actuación anterior, así como -se añade ahora-, de convivencia laboral y de adaptarse a la organización y

¹⁹⁵ Así lo señalan GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba” op.cit.. También lo precisa BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.37.

¹⁹⁶ STS de 18 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6469). Posteriormente, STS de 24 de enero de 1.987 (RJ 1987/122).

disciplina de la empresa”¹⁹⁷, circunstancias estas que muestran la “fraudulenta actuación empresarial”¹⁹⁸.

De ahí que contundentemente se abogaba porque el período de prueba impuesto en estos casos era fútil¹⁹⁹ y el establecimiento era considerado abusivo, lesionando el principio de estabilidad en el empleo²⁰⁰, sin que se pudiera emplear en los supuestos en que las funciones desempeñadas fueran idénticas a las anteriores, al constituir fraude de ley, pues no resulta admisible “amparar situaciones abusivas o que se produzcan desviaciones del sentido de la norma, ya que el artículo 7.2 del Código Civil prohíbe el abuso de derecho y su ejercicio antisocial”²⁰¹.

Para los tribunales era claro que la finalidad que en estos supuestos se perseguía empresarialmente era poder extinguir sin causa la relación laboral y de ahí que se concluyera necesariamente en su calificación como abusivo, pues “es evidente que si el empresario conocía con anterioridad a la formalización de un contrato las condiciones laborales o técnicas del operario, resulta abusivo consignar tal cláusula, pues si era hábil no es preciso ningún período de prueba y si no lo fuera, y lo contrató, asumió el riesgo que puede suponer esa falta de capacitación laboral”²⁰², sin que pudiera justificarse en la libertad de contratación pues esta también está sujeta a los límites genéricos de abuso de derecho o ejercicio antisocial²⁰³.

La conclusión por tanto era la declaración de nulidad de esta cláusula por considerar que la misma era “superabundante”²⁰⁴ al carecer de la preceptiva causa ex art. 1.274 y art.1.275 del Código Civil²⁰⁵.

¹⁹⁷ *Ibídem*.

¹⁹⁸ *Ibídem*.

¹⁹⁹ STSJ Islas Canarias de 1 de febrero de 1994 (AS 1994/452).

²⁰⁰ STSJ Madrid de 21 de diciembre de 1992 (AS 1992/6255).

²⁰¹ STSJ Islas Baleares de 28 de octubre de 1992 (AS 1992/4860); STSJ Castilla y León de 14 de diciembre de 1992 (AS 1992/6109). En el mismo sentido, STSJ Andalucía de 30 de julio de 1993 (AS 1993/3325); STSJ Extremadura de 30 de abril de 1994 (AS 1994/1382); STSJ C. Valenciana de 31 de marzo de 1995 (AS 1995/1332).

²⁰² *Ibídem*.

²⁰³ STSJ Madrid de 17 de junio de 1992 (AS 1992/3441).

²⁰⁴ STSJ de País Vasco de 11 de mayo de 1993 (AS 1993/2195).

²⁰⁵ STSJ País Vasco de 11 de mayo de 1993 (AS 1993/2195). STSJ Cataluña de 5 de julio de 2005 (AS 2006/2612).

La Ley 11/1994 acoge este razonar jurisprudencial²⁰⁶, dando lugar a la prohibición legal antes referida que se mantiene hasta nuestros días. Por su parte, los tribunales en estas situaciones proceden a la declaración de nulidad del pacto por la misma razón que antaño: el abuso de derecho²⁰⁷ y la innecesariedad de su establecimiento²⁰⁸, “respondiendo a una finalidad diferente a la propia finalidad de la norma que lo regula”²⁰⁹. En definitiva, y siguiendo a RODRÍGUEZ PIÑERO²¹⁰, el legislador lo que ha establecido es una “presunción de abusividad que es *iuris et de iure*”, aun cuando ese automatismo se ha desechado por nuestros tribunales al decantarse por una interpretación teleológica de la prohibición²¹¹.

La inviabilidad de proceder a probar sucesivamente las capacidades del trabajador consigue también evitar que el empresario utilice el período de prueba como forma para eludir las reglas imperativas establecidas para los contratos temporales²¹². Esto es, en el caso de que se admitiera la probanza reiterada de las cualidades y aptitudes del trabajador, por mucho que se arbitraran mecanismos tendentes a la causalización de los contratos temporales, se podrían burlar fácilmente estos a través de la suscripción sucesiva de períodos de prueba. Esta previsión legal de ilicitud en los supuestos de contratación previa de los mismos servicios consigue también

²⁰⁶ La STSJ Asturias de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994/4703): emplea como canon hermeneútico la reforma –aunque no pueda ser aplicada en el concreto supuesto que se le sometió a debate– procurada por Ley 11/1994; STSJ Murcia de 16 de febrero de 1999 (AS 1999/962): esta limitación fue introducida por Ley 11/1994 que plasma la doctrina doctrinal y jurisprudencial; STSJ Galicia de 28 de febrero de 2001, (AS 2001/215): La inclusión por Ley 11/94 «*el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación*» no vino a representar auténtica novedad, pues la jurisprudencia ya venía apreciando en tales casos la estipulación del período de prueba como viciada por fraude de ley o abuso de derecho y, por ello, ineficaz”; en el mismo sentido: STSJ Madrid de 29 de noviembre de 2002 (JUR 2003/95878).

²⁰⁷ STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012/2569).

²⁰⁸ STSJ Murcia de 16 de abril de 2007 (JUR 2007/233074): “...no hay razón para exigir la prueba de una aptitud, cuando tal aptitud ya se ha acreditado y su existencia consta, efectivamente, a las partes.”; STSJ Cantabria de 28 de junio de 2007 (JUR 2007/309832): “Dicha previsión resulta lógica, por cuanto si el empresario ha sometido con anterioridad a prueba al trabajador se entiende que éste se encuentra plenamente capacitado cuando se le contrata para llevar a cabo las mismas funciones que en su día desempeñó.”; Sentencia TSJ de La Rioja de 21 de marzo de 2011 (JUR 2011/132444): “Establecer un periodo de prueba cuando el trabajador ha desempeñado las mismas funciones en la empresa que le vuelve a contratar, es del todo punto innecesario pues las partes ya tienen conocimiento sobrado de las cualidades personales y profesionales concurrentes en cada una de ellas.”; Sentencia TSJ Andalucía de 31 de mayo de 2012 (JUR 2012/240523); STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012/2569).

²⁰⁹ STS 25 de noviembre de 2005 (RJ 2006/5925).

²¹⁰ RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, A.: “El período de prueba (en torno al artículo 14)”, op.cit., pág. 470: “La calificación del pacto como nulo, ...en realidad es una prohibición de pactar el período de prueba” De igual opinión BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.41.

²¹¹ Destaca este aspecto GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba”, op.cit., pág. 10.

²¹² STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2010 (JUR 2010/230582), Fundamento de Derecho Único: “ *el espíritu de la norma es evitar que, acreditada la idoneidad de un trabajador, la empresa burle sus derechos o las normas que regulan la contratación temporal, estableciendo un período de prueba innecesario que sólo persigue el fraude de Ley,*”

generar coherencia y cohesión desde el punto de vista del modelo de contratación de las relaciones laborales.

Pero, además, con esta prohibición legal también se está asegurando el cumplimiento de los tiempos legales o convencionales de duración máxima de la prueba, pues carecería de sentido limitar su extensión temporal solo con relación a cada una de las contrataciones efectuadas y no al conjunto de relaciones laborales que se pudieran suscribir entre las mismas partes contractuales.

El apartado final del art.14.1 condiciona, no obstante, la nulidad a la concurrencia de tres circunstancias, a saber: que se produzca la identidad empresarial, que idénticas también sean las funciones contratadas, y la tercera es que resulta indiferente a estos efectos la clase de contrato que se haya elegido para formalizar las relaciones laborales. Pasaremos a examinar cada una de ellas por separado en los siguientes subepígrafes.

5.2.- La identidad en la cualidad del empresario.-

5.2.1.-Supuesto de hecho.-

La nulidad que contempla el precepto se refiere a las hipótesis en las que el trabajador previamente ha prestado sus servicios para el mismo empleador. Esta consideración supone que sean acordes a nuestro ordenamiento jurídico aquellas cláusulas que instauran un período de prueba con independencia de la experiencia previa que demuestre el trabajador²¹³, pues la prueba sirve para el conocimiento mutuo de las concretas partes que conciertan la actual relación²¹⁴.

²¹³ STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 2001 (JUR 2001/314807): insostenible la alegación del trabajador de que el período de prueba era innecesario por ser una persona con experiencia en el sector; STSJ Murcia de 6 de junio de 2005 (JUR 2005/154896): no se aprecia la nulidad si aun siendo las mismas funciones lo son para distintas empresas; STSJ Rioja de 12 de septiembre de 2006 (JUR 2006/258266); curioso es el planteamiento de la STSJ Andalucía de 10 de junio de 2009 (JUR 2009/370544) que decretando la nulidad por la falta de observancia de la forma escrita, declara que se entiende acreditado que el trabajador era una persona experimentada, en el sentido de que había trabajado anteriormente en el mismo sector y profesión. Este extremo no fue atacado por el empresario, entendiendo el Tribunal que a “*él ha de estarse*”. Entendemos, no obstante, que el TSJ debería haber suprimido la argumentación, pues el período de prueba no está para acreditar la experiencia objetiva sino para contrarrestar esta y las habilidades personales en un específico vínculo laboral; Sentencia del TSJ Andalucía 1 de abril de 2009, (AS 2011/217): “*Es cierto que la actora ha prestado servicios,..., en el ramo del negocio farmacéutico... pero ello no supone que el periodo de prueba, ... sea nulo.*”.

²¹⁴ Sentencia del TSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2004 (AS 2004/3757): se permite la celebración del período de prueba “*cualquiera que sea la experiencia del contratado, sus conocimientos o las titulaciones que posea, y ello, sin la menor duda, con la finalidad de que sea el nuevo empleador quien compruebe si el contratado se adecua a las necesidades del puesto de trabajo, a la organización empresarial, a los compañeros e, incluso, a la forma de proceder que requiera el empresario o a sus exigencias en cuanto a trato y modos de comportamiento, pues todas esas circunstancias pueden ser valoradas por el empleador a la hora de determinar si el empleado es persona que conviene a los intereses empresariales*”.

En definitiva, lo que el precepto prohíbe es la suscripción de un período de prueba cuando el trabajador previamente ya haya entablado una relación para idéntico empresario²¹⁵, con independencia del tamaño de la empresa, del carácter privado o público de esta²¹⁶ o que formalmente se traten de empresarios distintos²¹⁷.

A sensu contrario, es perfectamente lícito el establecimiento de la cláusula de prueba cuando se produce coincidencia espacial del centro de trabajo, siendo otra persona distinta el empresario²¹⁸, pues en estos supuestos no aparece evidencia alguna de que el segundo empleador conociera las capacidades y actitudes del trabajador (siempre que no exista ningún óbice en este sentido acordado vía negociación colectiva²¹⁹).

De cualquier modo, para la resolución de los supuestos hay que tener en consideración el dato del empleador que, aunque pueda resultar una obviedad, no es la persona que ejercita materialmente el poder de dirección, pues esta facultad puede ser delegada conforme a lo dispuesto por el art.20 del ET²²⁰, sino la persona (física o jurídica)

STSJ C. Valenciana de 21 de julio de 2010 (AS 2010/2910): *“un conocimiento directo, bien por haber prestado servicios anteriores en la empresa, o bien porque tales facultades se conocen, por haber tenido contactos anteriores que han permitido apreciar la suficiencia del sujeto concreto y su adaptación a un concreto puesto de trabajo, lo que no tiene nada que ver con la capacidad facultativa o profesional.”*

²¹⁵ STSJ Castilla La Mancha de 30 de septiembre de 1992 (AS 1992/4571): supuesto lícito de período de prueba de un grupo de trabajadores que previamente prestaban sus servicios para otro empresario; STSJ La Rioja de 11 de abril de 2000 (AS 2000/1969) que recuerda STS 18 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6469); Sentencia TSJ C. Valenciana de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009/130492): Si las funciones son idénticas (albañilería) e incluso el lugar de realización de la prestación de servicios (una obra) fuera la misma pero distintos los empresarios, el período de prueba que se fije en un segundo contrato es lícito, por cuanto no puede acreditarse que la persona que ejerciera las facultades de dirección fuera la misma en las dos contrataciones; STSJ C. Valenciana de 20 de mayo de 2014 (JUR 2014/187954) se descarta *“el elemento fraudulento en la relación empresarial”* estimándose acreditada las diferentes relaciones laborales independientes entre sí que posibilitan la celebración de la prueba.

²¹⁶ Así, tampoco sería factible cuando concurren los requisitos analizados y el empleador es una Administración Pública: STSJ Islas Canarias de 28 de octubre de 2004 (AS 2004/2994).

²¹⁷ STSJ Castilla y León de 19 de abril de 2010 (JUR 2010/182996): trabajador contratado aparentemente por dos empresarios distintos para realizar el mismo cometido laboral. Se acredita que la empresa era familiar.

²¹⁸ Sentencia del TSJ Islas Canarias de 25 de febrero de 2008 (JUR 2008/183324). Habría que matizar, aunque no lo hace la Sentencia por no ser objeto del debate, ante los supuestos de sucesión empresarial que se examinarán en el párrafo correspondiente.

²¹⁹ El Convenio Colectivo de aplicación impedía el establecimiento de un período de prueba cuando el trabajador acreditaba haber desempeñado la realización de estas mismas funciones en otras empresas: así el supuesto dilucidado en STSJ Asturias de 9 de abril de 2010 (AS 2010/1792).

²²⁰ A nuestro juicio incurre en esta confusión la STSJ de La Rioja de 21 de marzo de 2011 (JUR 2011/132444). Uno de los argumentos para descartar la ilicitud del período de prueba convenido es que *“no estuvo dentro del mismo ámbito de dirección y organización, ya que en el primer contrato la prestación de servicios se llevó a cabo en Cáceres y el segundo en Logroño”*. Nuestra crítica viene por cuanto el empresario puede ser el mismo, aunque por razones de eficiencia empresarial el ejercicio de la facultad de dirección fuera delegado a favor de la persona que ostentara la capacidad de mando directo sobre el trabajador y que se encontrará –presumiblemente- en la misma localidad en la que el prestador de servicios debía desempeñar su cometido. En definitiva, la nulidad del período de prueba no se basa en la

o entidad que recibe el trabajo asalariado conforme a lo dispuesto en el art.1.2 del Estatuto de los Trabajadores y art.99.3 de la Ley General de Seguridad Social, lo que en la práctica nos remite a la pregunta acerca de quién es el titular del poder de dirección o sobre quién revierten los beneficios obtenidos.

Así, el empresario no es el mismo –siendo lícita la concertación de la prueba- cuando se trata de sociedades municipales al ser entidades claramente diferenciadas con personalidad jurídica propia²²¹, o si el primer empleador fue un Ayuntamiento y posteriormente un patronato²²² cuando solo coincide en las dos mercantiles la persona del administrador²²³ y tampoco si se trata de una UTE conformada por empresas distintas e independientes²²⁴.

Especial precaución hay que guardar ante los supuestos en los que se suscriben sin solución de continuidad para un empresario formalmente distinto del primero. En estas hipótesis, si se acreditara que el trabajador desempeña las mismas funciones, en idéntico edificio, igual mobiliario y útiles de trabajo, haciéndolo bajo la dependencia directa de la misma persona, hay razones para pensar que la concertación del período de prueba es fraudulenta (situación de hecho contemplada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005, RJ 2005/2425). La nulidad del período de prueba deviene porque consta sobradamente acreditada que las aptitudes (la sentencia se centra en este particular aspecto de la probanza laboral) eran conocidas por la segunda empresa, con lo que no se

coincidencia o no de los lugares en los que el trabajador haya de prestar sus servicios y por supuesto la persona que ejerce la actividad de control directo de la actividad laboral no tiene porqué coincidir con la que ostenta la facultad de dirección.

²²¹ STSJ Andalucía de 4 de mayo de 2001 (AS 2001/2631); No obstante, en STSJ de Islas Canarias de 17 de marzo de 2006 (AS 2006/2427) la cláusula fijando el período de prueba se tuvo por no puesta pues a pesar de que el empresario formal era distinto en cada una de las dos contrataciones, la entidad a la que aprovechaban los servicios en la primera relación es idéntica a la que formalmente concierne la relación laboral en segundo lugar, “*siendo el Organismo empleador plenamente conocedor del desenvolvimiento profesional de la trabajadora*”. Creemos que olvida esta Sentencia que el período de prueba no solo analiza la dimensión profesional del trabajador sino también la faceta personal de éste y que el cabal conocimiento de ésta última (y acaso también de la primera) exclusivamente se puede obtener cuando se emplean los medios que pone a disposición el empresario al trabajador para la ejecución concreta del trabajo. Recuerda el aserto los pronunciamientos de ilicitud cuando “*los servicios se prestan a través de empresas de trabajo temporal...como trabajadores cedidos*”, pero en este caso la situación no es la misma que la que se plantea al TSJ (a nuestro juicio) por cuanto la empresa usuaria conoce de primera mano al trabajador (que aun cuando sea a través de una ETT presta efectivamente sus servicios en la empresa usuaria) circunstancia que no concurre en el supuesto que analiza la presente Sentencia.

²²² STCT de 16 de abril de 1986 (RTCT 1986/2548).

²²³ STSJ C. Valenciana de 10 de enero de 2002 (JUR 2002/275389).

²²⁴ No entra dentro de la prohibición el hecho de que el trabajador preste sus servicios para dos empresas distintas que están vinculadas entre sí constituyendo una UTE –STSJ Cataluña de 31 de enero de 2001, (AS 2001/689)- apreciándose la existencia de tres empleadores distintos –cada una de las empresas y la propia UTE. Por su parte, la STSJ de Castilla La Mancha de 1 de diciembre de 2006 (AS 2007/47) sí aprecia unidad empresarial en el supuesto de una UTE toda vez que las empresas que la conformaban compartían el gerente, siendo idéntico el domicilio social.

cumplía con su concertación el objetivo al que se destina el art.14 del ET²²⁵.

5.2.2.- La sucesión empresarial.-

El fenómeno de la sucesión empresarial se contempla en el art.44 del Estatuto de los Trabajadores. Parte el precepto de analizar la situación jurídica que se produce ante los supuestos de cambio de titularidad de una empresa. En estas hipótesis, existen dos empresarios claramente diferenciados: el que cesa su actividad y el que sucede, el que emprende la anterior actividad económica.

A fin de preservar la situación laboral de los trabajadores que pertenecían a la plantilla del empresario que deja su actividad, el precepto legal parte de negar que la consecuencia automática en un cambio de titularidad empresarial –sea como fuere que se produzca esta- suponga la extinción de los vínculos laborales; antes bien, el nuevo empresario queda “subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”.

Los efectos están claramente contemplados pero ¿cuándo se produce el supuesto de hecho de la sucesión?. Simplificando acaso en exceso el entendimiento del citado precepto, las situaciones de sucesión empresarial se caracterizan por tratarse de una transmisión de una entidad económica (traducido como un conjunto de personas y elementos) que posibilita una actividad económica. A partir de aquí, podemos observar la existencia de multitud de planteamientos judiciales que esclarecen los supuestos específicos en los que se aprecia la existencia de sucesión empresarial.

En lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, y teniendo en cuenta que hasta ahora hemos defendido la concepción del período de prueba como una institución al servicio de la constatación empresarial no solo de las aptitudes profesionales del trabajador sino también de las cualidades personales del mismo y, en definitiva, como medio utilísimo para comprobar si el empleado se adapta al puesto de trabajo en el sentido requerido por su empleador, sería lógico pensar que ante los supuestos de sucesión sería factible imponer a los trabajadores “antiguos” un período de prueba. Al ser otro el empresario pueden ser otras sus prioridades en torno a qué espera de sus trabajadores, pero es más, incluso puede haber introducido modificaciones con respecto a la organización de sus recursos y, por ende, del trabajo que justifican objetivamente la imposición de una nueva prueba de la labor profesional de los trabajadores.

²²⁵ En idéntico sentido, la Sentencia también del Alto Tribunal de 25 de noviembre de 2005 (RJ 2006/5925).

No obstante, aquí la jurisprudencia toma partido claramente por los intereses de los trabajadores frente a los que pudiera ostentar el nuevo empresario y, así, en aras a preservar el principio de estabilidad en el empleo²²⁶ y específicamente para garantizar los derechos que ostentan los empleados, se hace acopio de la doctrina sobre el abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo²²⁷, para alcanzar la conclusión que no se permite fijar a los antiguos empleados un nuevo período de prueba.

De nuevo aquí se observa que el desenlace adoptado es coherente en este caso con los mandatos del art.44 del Estatuto. Así, entendemos, que se podría burlar con facilidad la garantía legal impuesta (continuidad de las relaciones laborales) si se le permitiera al empresario que sucede imponer un período de prueba a los trabajadores sucedidos, pues el nuevo empleador podría hacer uso libremente de la facultad de extinción en el lapso de la probanza para deshacerse de los trabajadores antiguos.

Se afirma, por tanto, "la nulidad del período de prueba pactado en el contrato de un trabajador que desempeñó idénticas funciones en la empresa, también en el supuesto de sucesión empresarial"²²⁸, siendo coherente con el espíritu del art.44 del Estatuto, haciéndose realidad el deseo legal de que nos encontramos ante la misma relación laboral que despliega sus efectos plenos de cara al nuevo empresario.

En estos supuestos, la dificultad estriba en la probanza de que concurren las notas precisas para poder hablar en puridad de un supuesto de sucesión empresarial²²⁹, siendo requisito sine qua non en

²²⁶ STS de 18 de julio de 1983 (RJ 1986/4238). Renuncia prohibida por el art.3.5 del ET.

²²⁷ STSJ Madrid de 14 de julio de 1998 (AS 1998/5757).

²²⁸ DE VAL TENA, A.L., "Nulidad del período de prueba pactado en el contrato de un trabajador que desempeñó idénticas funciones en la empresa: también en el supuesto de hecho de sucesión empresarial" Aranzadi Social, núm.2, Ed. Aranzadi, 1998, págs. 28-31.

En el mismo sentido: STSJ Castilla y León de 28 de julio de 1997 (AS 1997/4927); STSJ I. Canarias de 15 de noviembre de 1996 (AS 1996/4391); STSJ Asturias de 13 de febrero de 1998 (AS 1998/146); STSJ Madrid de 21 de mayo de 2002 (JUR 2002/286089); STSJ Madrid de 18 de febrero de 2003 (AS 2004/1226); STSJ C. Valenciana de 27 de febrero de 2003 (AS 2003/2952); STSJ Islas Canarias de 30 de septiembre de 2003 (AS 2003/4102); STSJ Andalucía de 15 de julio de 2004 (AS 2005/318) incluso, llega a afirmar, que con independencia de que parte de las funciones que antes desempeñaba no las realice para el nuevo empresario; STSJ Islas Canarias de 13 de octubre de 2005 (AS 2005/3126), invoca Sentencia de la misma Sala de 16 de noviembre de 1999 (AS 1999/4050) y del TSJ Andalucía de 15 de julio de 2004 (AS 2005/318); STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2006 (AS 2006/2043); STSJ Islas Canarias de 22 de julio de 2008 (AS 2008/3169); STSJ Aragón de 30 de noviembre de 2011 (AS 2011/2610); STSJ Castilla y León de 23 de julio de 2013 (AS 2013/2708) recordando la ya comentada STS de 8 de enero de 2005 (RJ 2005/2425); STSJ País Vasco de 4 de marzo de 2014 (AS 2014/1590).

²²⁹ Descartada la sucesión empresarial el período de prueba acordado con el nuevo empresario es perfectamente lícito: STSJ Extremadura de 24 de noviembre de 1997 (AS 1997/4230).

cualquier caso que el vínculo laboral estuviera vivo al tiempo de transmitirse la titularidad de la empresa²³⁰.

Se nos ocurre pensar que podría ocurrir que en el momento en que se produce la sucesión, algún trabajador de la primitiva empresa se podría encontrar vinculado con un período de prueba. Al no producirse variaciones contractuales en su prestación de servicios al pasar a prestar sus servicios para el nuevo titular, incólume también permanecerá la cláusula probatoria, ostentando entonces el empresario que ha sucedido en la actividad las facultades extintivas propias del período probatorio.

Especial tratamiento se le ha querido otorgar a un específico negocio o actividad económica: la notaría que reuniendo las características propias a una empresa presenta singularidades que le hacen merecedora de una específica regulación. Así, este empresario (notario) asume una función pública que indudablemente no puede transmitirse. Por esta razón, en los casos en los que el cambio de titularidad afecta a una empresa de estas características, es doctrina judicialmente asentada a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2009 (JUR 2009/7590)²³¹ que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión empresarial (al considerar que la figura notarial no ostenta la titularidad de la organización económica) resultando lícito establecer un período de prueba a los anteriores trabajadores con el nuevo notario²³².

²³⁰STSJ C. Valenciana de 27 de octubre de 2000 (JUR 2001/91952). No se podría hablar de sucesión empresarial si el contrato con la anterior empresa hubiera finalizado por alguna de las causas recogidas en nuestra legislación: STSJ I. Canarias de 26 de junio de 2003 (JUR 2004/65916).

²³¹ Cabe destacar, no obstante, anteriores en el tiempo las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1987 (RJ 3670), 21 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8994), 10 de mayo de 1988 (RJ 1988/3591), 13 de junio de 1988 (RJ 1988/5273), 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9068) y de 6 de marzo de 2000 (RJ 2000/2602). Entre nuestra doctrina judicial, a título de ejemplo, la STSJ Andalucía de 31 de octubre de 2012 (JUR 2013/102569) que no aprecia sucesión.

RON LATAS, R.P.: “Las consecuencias jurídico-laborales para los empleados de notarías en caso de traslado del notario”, Revista de Información Laboral 3/2015 parte Art.Doctrinal, [disponible en línea] BIB 2015/1023, recuerda cómo “el acceso de un notario a una notaría vacante no pone de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva Comunitaria 2001/23/CE, ya que su art. 1.1 no se aplica a tales situaciones.”

²³² La razón fundamental según el Alto Tribunal es que “El Notario no es titular de una organización de medios personales y materiales que, al traspasar la Oficina correspondiente en la que vino prestando la función pública que le corresponde, pueda generar un fenómeno de sucesión empresarial, puesto que sus sucesivos nombramientos y consiguientes traslados dependen del Gobierno del Estado y, tampoco él se convierte, por el hecho de su nombramiento para una concreta Notaría, en titular del conglomerado organizativo que caracteriza a la misma, sino en mero depositario de su Protocolo y simple cabeza visible”. Así, la Sentencia del TSJ de C. Valenciana de 28 de septiembre de 2010, (JUR 2011/97156) teniendo en consideración el pronunciamiento del Supremo indica que es lícito el establecimiento del período de prueba en los supuestos de cambio de notario.

5.2.3.- Contratas y concesiones.-

Una forma jurídica relativamente frecuente que tienen las empresas a su disposición a fin de ahorrar costes y organizar sus recursos (amparado en el art.38 CE) es acudir a la descentralización productiva, encargando a otra entidad la prestación de un servicio o ejercicio de una actividad.

De entre los modelos de descentralización productiva nos interesa destacar el de la concesión y la contrata. Normalmente suelen ser temporales y, en cualquier caso no estamos ante un supuesto de sucesión empresarial, por cuanto no concurren ni el cambio de titularidad en la organización económica ni se traspasan los elementos patrimoniales para ejercer la actividad empresarial²³³; antes bien, existen dos empresas claramente diferenciadas que conciertan entre ellas un contrato para acometer la realización de una obra o servicio.

Usual es, no obstante, que las empresas concesionarias o las distintas contratas recaben mano de obra procedente de las que anteriormente habían asumido la condición de contratistas o concesionarias. En estos supuestos, ¿cabe establecer un período de prueba con los antiguos trabajadores?.

DE VAL²³⁴ expone que “la sustitución de empresas concesionarias de servicios, donde no se transmite al nuevo adjudicatario la infraestructura o los elementos patrimoniales fundamentales para la prestación del servicio..., de forma que la cláusula de prueba insertada en el contrato suscrito con un trabajador que perteneció a la anterior concesionaria resultaría eficaz”. A pesar de este planteamiento categórico, como veremos a continuación, la solución que ofrece nuestra doctrina judicial no es unánime.

Así, existen pronunciamientos que partiendo del dato de que no existe sucesión empresarial sino “mera sucesión en la actividad contratada”²³⁵ estamos ante una nueva contratación laboral que posibilita la concertación del período de prueba²³⁶, pues no hay constancia –con independencia de que las funciones asumidas por el trabajador sean las mismas que las que ya ejerciera en el pasado-

²³³ STS de 12 de abril de 2000 (JUR 2000/3951).

²³⁴ DE VAL TENA, *Pacto de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 125.

²³⁵ STSJ Cataluña de 18 de septiembre de 2000 (AS 2000/2791); STSJ Madrid de 20 de junio de 2005 (JUR 2006/68333) que descarta la sucesión; STSJ Andalucía de 22 de julio de 2009 (JUR 2009/438436); STSJ Andalucía de 12 de marzo de 2014 (AS 2014/1317) que sostiene que para que exista sucesión empresarial se requiere “la transmisión de elementos patrimoniales, o la asunción de toda o gran parte de la plantilla; o que la subrogación venga impuesta por una norma convencional o por el pliego de condiciones de la contrata”.

²³⁶ STSJ C. Valenciana de 14 de diciembre de 1995 (AS 1995/4541); STSJ Madrid de 7 de mayo de 2012 (JUR 2012/322009); STSJ Madrid de 9 de diciembre de 2014 (AS 2015/115).

que el nuevo concesionario conociera la forma en la que se desarrollaban los servicios contratados²³⁷ y, por lo tanto, la satisfacción del trabajo desempeñado para la primera empresa no implica la aprobación de la prestación para la segunda²³⁸. En definitiva, no existe ningún precepto legal que imposibilite²³⁹ acordar la prueba.

No obstante, no faltan asertos –relativamente recientes– que declaran la nulidad del pacto al entender que la empresa que prosigue con la contrata conocía de las aptitudes de los trabajadores²⁴⁰, entendiéndose que concurren los presupuestos citados por el art.14.1 in fine del Estatuto de los Trabajadores para decretar la nulidad²⁴¹, basándose incluso en “las Sentencias del TS de 18 de

²³⁷ STSJ Castilla y León de 25 de junio de 1996 (AS 1996/2362); STSJ C. Valenciana de 6 de febrero de 2002 (JUR 2002/268634): se produjo la continuidad de todos los trabajadores anteriores; STSJ C. Valenciana de 21 de marzo de 2002 (AS 2003/359).

²³⁸ STSJ I. Canarias de 26 de junio de 2003 (JUR 2004/65916). En un supuesto de contratas del art.42 ET.

²³⁹ STSJ Castilla y León de 15 de diciembre de 2004 (AS 2004/3757). Sucesión de contratas, y teniendo en cuenta que el instituto examinado está para que el empresario pueda valorar libremente el trabajo del empleado.

²⁴⁰ STSJ de C. Valenciana de 31 de enero de 2006 (AS 2006/1292): descarta la sucesión empresarial y la cesión ilegal: invoca la Sentencia del TS de 18 de enero de 2005 (RJ 2005/2425). En similar sentido, la STSJ de Extremadura de 27 de diciembre de 2005 (AS 2006/419) que niega la sucesión de empresas al encontrarnos con contratas; STSJ de Aragón de 29 de mayo de 2007 (AS 2007/2983) aludiendo a la misma Sentencia del Alto Tribunal; STSJ Extremadura de 18 de septiembre de 2008 (AS 2008/2509): ayuntamiento que adjudica el servicio a un contratista. El trabajador había desempeñado sus funciones para este organismo. La relación laboral estaba extinguida cuando se adjudica la contrata. El Tribunal entiende que no es procedente establecer un período de prueba a quien ya había demostrado previamente su aptitud y siendo esta circunstancia conocida por la empresa adjudicataria, por cuanto la cláusula perseguía una finalidad diferente a la querida por la norma; STSJ C. Valenciana de 30 de diciembre de 2008 (AS 2009/1987); STSJ Castilla La Mancha de 3 de marzo de 2009 (JUR 2009/209113): se trata de un trabajador al servicio de una empresa de limpiezas que prestaba su actividad en unas instalaciones de otra entidad. Cuando esta entidad asume por sí misma el servicio de limpiezas, acoge al trabajador e impone a este un período de prueba para la realización de idénticas funciones. El Tribunal niega que pueda establecerse este período de prueba porque ya venía realizando las mismas funciones aunque fuera a cargo de la contratista. Entendemos, no obstante, que no es posible establecer un período de prueba, pero no por la concepción de este instituto sino por la obligación convencional de subrogación del trabajador en estos supuestos de limpieza. Si se permitiera no se estaría pervirtiendo la concepción del período de prueba sino de la subrogación convencional; STSJ Galicia de 10 de mayo de 2010 (JUR 2010/323664); STSJ Castilla y León de 3 de octubre de 2012, (JUR 2012/348108): considera carente de justificación al período de prueba por cuanto el empresario ya tenía conocimiento acerca de la aptitud del trabajador; STSJ de Islas Baleares de 22 de junio de 2011 (JUR 2011/325620): estamos ante un supuesto de “*sucesión de contratas reconocido judicialmente*”, lo que supone que la empresa entrante se vea obligada a subrogarse en la posición contractual de la saliente.

²⁴¹ STSJ Asturias de 12 de julio de 2002 (AS 2002/2291). Se trata de dos empresas distintas que realizan contratas para una empresa principal. El trabajador estuvo unido a las dos entidades mencionadas. El Tribunal estima que el establecimiento de un período de prueba en el segundo contrato es nulo, por cuanto “*en el presente supuesto ha quedado constancia en los hechos probados que el actor prestó los mismos trabajos para al menos dos empresas que realizaban determinadas contratas de obras determinadas para la empresa principal...Finalizado el segundo de esos contratos y también sin solución de continuidad el recurrente suscribe un nuevo contrato para obra determinada para realizar las mismas tareas y en el mismo lugar que las que venía realizando para la empresa principal*” suscribiéndose en ese momento la cláusula de período de prueba. Esto es, las empresas son diferentes, pero a pesar de ello, considera que el supuesto entra de lleno en el art.14. 1 in fine (y todo ello a pesar de la literalidad del precepto) por cuanto había sido suscrita la prueba con “*un trabajador cuya competencia viene acreditada*

enero y de 25 de noviembre de 2005, aun cuando las circunstancias de hecho enjuiciadas en unas y otras respecto al previo conocimiento empresarial del trabajador no siempre coinciden totalmente”²⁴².

Expresamos, en este punto, nuestra disconformidad. La presunción no puede jugar en perjuicio del nuevo empleador. En principio, siendo distinto el empresario no se puede entender que él conocía las “aptitudes” (se observa, de nuevo, cómo los tribunales son proclives a destacar el aspecto profesional sobre el personal en el período de prueba) del trabajador que ahora contrata, sin perjuicio de que si se demostrara ese conocimiento pudiera alcanzarse la conclusión contraria y declarar la nulidad del período de prueba.

Por supuesto que la nueva contrata que ofrece una relación laboral a un trabajador que ha mostrado su buen hacer para la anterior empresa que asumió la posición de contratista lo hace movido por la creencia de que el empleado es apto (en todos los sentidos) para el trabajo convenido, pero el conocimiento que tiene acerca de su labor es el mismo que pudiera tener una empresa cualquiera que concierta un contrato con un trabajador que previamente acredita una experiencia laboral en el mismo cargo. Si se posibilita la celebración de una prueba cuando el empresario es distinto –con independencia de la experiencia y titulación que pueda advenir el trabajador- ¿cómo puede negarse que el nuevo contratista no pueda celebrar idéntico pacto?.

La única excepción que a nuestro juicio podría existir serían los supuestos convencionales en los que la sucesión de contrata conlleva la obligación de subrogación, en cuyo caso no podrá imponerse un período de prueba a los trabajadores que ya venían prestando sus servicios para la anterior concesionaria²⁴³. La solución no podría ser

por anteriores contratos que aunque suscritos con otras empresas son un precedente del que el actual es una mera continuación temporal”.

Hemos de manifestar en este punto nuestro desacuerdo. El período de prueba, como reiteradamente hemos hecho mención, no solo está para valorar la cualificación profesional sino también para conocer personalmente –en la medida en que sus cualidades afecten al puesto de trabajo- al trabajador y comprobar si cumple con las expectativas de contratación que ostentaba legítimamente el empresario. Así pues, la profesionalidad con la que se desenvuelve un trabajador no es garantía de éxito de este para con cualquier empresa. La nulidad del período de prueba está referida siempre y cuando coincidan las partes contractuales -ya sea porque son las mismas o porque la segunda empresa sucede en todos los derechos y obligaciones a la que precedió en la actividad (supuestos de sucesión y subrogación legal y convencional)-. En este supuesto, no concurren las circunstancias antes aludidas, por lo que no entendemos la razón por la cual estaba proscrita la cláusula de período de prueba.

STSJ Castilla y León de 14 de diciembre de 2011 (AS 2011/3090).

²⁴² GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba”, op.cit., pág.25 citando sentencias de diferentes Tribunales Superiores de Justicia.

²⁴³ STSJ Asturias de 13 de noviembre de 2009 (AS 2009/2637): trabajador unido a una empresa que resultó adjudicataria de un servicio público en virtud de un contrato temporal hasta que cursó la baja voluntaria (este dato es confuso pues si bien en los hechos probados se refleja esta circunstancia, más adelante –en los fundamentos de derecho- se expresa que el fin del contrato se produjo con ocasión de la finalización de la obra como consecuencia de la expiración de la concesión). Al día siguiente de haber

otra por cuanto que si no “la admisión del pacto de período de prueba podría constituir una vía para que el nuevo empresario dejara sin efecto la garantía de empleo impuesta en favor de los trabajadores”²⁴⁴. Es decir, se niega la licitud de la prueba con base al mismo argumento que ya veíamos para los supuestos de sucesión empresarial.

terminado este primer contrato, el trabajador inicia nueva prestación de servicios con la siguiente adjudicataria del servicio bajo la modalidad de contrato para obra o servicio determinado. Este empleado, junto con sus compañeros, denunciaron ante la Administración la imposición de condiciones irregulares por parte de la concesionaria nueva. El mismo día, la empresa procede a la extinción del contrato por no superación del período de prueba. El Convenio Colectivo del sector impone la obligación de subrogación por parte de las sucesivas adjudicatarias de la concesión de los trabajadores que cuenten con una determinada antigüedad. El trabajador cumplía con tales requisitos.

El trabajador demanda a su nueva empresa por despido improcedente. Ésta alega que es válida la extinción, por cuanto el período de prueba no había expirado cuando ella asume la concesión. El Tribunal estima la nulidad del período de prueba por entender que el período de prueba está destinado a “*otorgar a la empresa un período de conocimiento de las aptitudes y experiencia previa del trabajador, finalidad que se cumplió y quedó plenamente satisfecha con el primero de los contratos concertados por el actor*”. Para llegar a tal conclusión se basa en los preceptos convencionales que imponen la subrogación y la obligación de la nueva empleadora de respetar los derechos que tenía el trabajador en la primera empresa. Manifestamos nuestra disconformidad en torno no a la conclusión –que nos parece acertada– sino en cuanto a los argumentos para llegar a esta. La subrogación, a nuestro juicio, no se produjo. La subrogación –tal y como se indicaba en los párrafos precedentes– supone que los contratos de los trabajadores continúen, con la única modificación de la identidad del empleador. La nueva empresa al suscribir un nuevo contrato de trabajo en realidad estaba formalmente iniciando una relación. Esto es, en principio y formalmente la empresa nueva no estaba continuando con el vínculo laboral anterior sino comenzando uno distinto. Así pues, de los actos de la segunda empresa no puede entenderse que esta asumiera pacíficamente la subrogación. De cualquier manera, como las “cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son” es lógico pensar que hubo subrogación y que la nueva adjudicataria tenía que respetar los derechos que el trabajador había consolidado con su anterior empresario. Mas, si con el anterior empresario se había suscrito un período de prueba y el plazo fijado para este no había finalizado, entendemos que la nueva empleadora también se podía “favorecer” del período de prueba primigeniamente pactado. El hecho de que continuara el período de prueba –insistimos siempre que este no hubiera finalizado por expiración del término– en nada atenta a los derechos que el trabajador hubiera adquirido, por lo que cualquier referencia del Tribunal a esta circunstancia es irrelevante a los efectos que nos interesa.

Además, entendemos que el período de prueba no solo –como hemos tenido la oportunidad de reiterar– está para que el trabajador demuestre sus capacidades profesionales, sino que se parte de un entendimiento más global de esta institución de tal forma que su virtualidad no se agota con la constatación de esta realidad, sino que el empresario podrá observar si el trabajador le convence o no en todos los planos, sin que se tenga que ceñir al profesional. Así pues, aun cuando al nuevo empleador le constase la aptitud y experiencia previa del trabajador podía lícitamente comprobar durante el período de prueba si ese empleado le satisfacía personalmente. La clave, a nuestro juicio, de entender que el presente período de prueba es nulo se produce en atención a varios argumentos:

El primero es que el contrato que realiza la empleadora (y que no debió haber hecho por cuanto la subrogación supone la continuidad del vínculo, no siendo necesario suscribir nueva relación) nueva no contiene establecido período de prueba alguna. Así pues, y siendo la forma un requisito ad solemnitatem, se tendrá por no puesto. El segundo argumento es que no era posible establecer período de prueba alguno por cuanto la duración máxima de aquel era de dos meses y este trabajador había estado prestando sus servicios durante un plazo más dilatado de tiempo.

El tercero, posible conculcación del principio de indemnidad. Resulta llamativo que el trabajador reclame por sus condiciones laborales y justamente ese día, el empresario extinga su relación y la de otros compañeros. Nos parece que se muestra un indicio más que suficiente como para entender que la decisiones de extinción contractual son una respuesta a la reclamaciones formales de los trabajadores.

²⁴⁴ GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba”, op.cit.

5.2.4.- Los grupos de empresa.-

El fenómeno de la concentración productiva puede dar lugar a la aparición de los denominados grupos de empresa. Nuestro ordenamiento jurídico laboral –aun cuando hace alusión a esta realidad en alguno de sus preceptos- prescinde de aportarnos una definición jurídica. Al carecer de un concepto específico en Derecho laboral acerca de en qué consiste, útil es acudir a la legislación mercantil que lo conceptúa como la situación que se produce cuando una sociedad tiene o puede tener, ya sea de forma directa o indirecta, el control de otra u otras. Cada sociedad, por tanto, tiene su propia personalidad jurídica y es titular de su propio patrimonio.

Partiendo de esta definición, bien se puede observar cómo el grupo de empresa no es empresario en el sentido que señala el art.1.2 del Estatuto de los Trabajadores. Cada una de las empresas que conforman el grupo es un ente formal y materialmente distinto; cada una de las entidades conserva la cualidad de empresario para con los trabajadores que directamente prestan sus servicios para ella, todo ello con independencia de la relevancia jurídica del grupo a efectos de despidos colectivos o negociación colectiva.

En el plano laboral, esta realidad se traduce en que la posible responsabilidad laboral de una de las entidades no se extiende automáticamente al resto de las mercantiles que conforman el grupo. No obstante, esta inicial conclusión se modificaría si se acreditara la concurrencia de otras circunstancias que, en definitiva, se reconducen a inferir que la creación del grupo de empresa tan solo obedeció a un móvil fraudulento (art.6.4 y 7.1 del Código Civil) y que, básicamente, su conformación estribaba en el deseo de eximirse de responsabilidades laborales.

En estos últimos supuestos, el grupo sí es responsable laboralmente. Todas y cada una de las empresas responden solidariamente frente al trabajador, con independencia de quién sea su empresario formalmente. Para que se produzca este efecto –tal y como la jurisprudencia se ha ocupado en destacar- habrá de acreditarse no solo que produce un funcionamiento unitario en la organización del trabajo, sino que o bien que el empleado prestaba sus servicios –simultánea o sucesivamente- de forma indistinta en favor de varias empresas del grupo²⁴⁵ o que existe una caja única provocando la confusión de patrimonios o, por último, el uso abusivo de la personalidad jurídica del grupo, creando empresas aparentes con la única finalidad de eludir responsabilidades²⁴⁶.

²⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1.990 (EDJ 1990/4657) que diferencia entre la prestación de servicios simultánea y la sucesiva.

²⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013/2883).

Lo que a continuación nos planteamos es qué ocurre con los períodos de prueba. Los servicios prestados a cargo de una empresa de las del grupo ¿surten efectos con relación a las del resto, de tal manera que imposibilitaría la concertación de un período de prueba si se desempeñan idénticas funciones?. ¿Se hace depender la licitud de prueba únicamente a la circunstancia de si cada una de las empresas que conforman el grupo es responsable solidariamente frente al trabajador?.

Podríamos defender conclusiones diametralmente antagónicas. Por un lado, negar que se pueda suscribir período de prueba por cuanto su concierto no se produciría en el momento temporalmente oportuno (al inicio de la relación laboral) y porque los empresarios del resto de las entidades que conforman el grupo conocen –o podrían conocer si emplean diligencia en esta tarea- cómo es y cómo actúa el trabajador afectado.

De igual modo, se podría postular en favor de su admisión, por cuanto que el resto de las empresas no conocen “personalmente” al individuo que va a prestar sus servicios. La forma de organización de las sociedades integrantes del grupo puede ser totalmente divergente a la de la que inicialmente contrajo el compromiso de trabajo y, en definitiva, sus exigencias al trabajador no tienen que coincidir con las que ostentaba la primera en contratar.

ESTEVE SEGARRA²⁴⁷ huye de las dos interpretaciones propuestas y propone una intermedia por ser ésta la que más fiel es con el espíritu de la norma contenida en el art.14.1 del Estatuto.

Propone esta autora que atendamos fundamentalmente a los “indicios de que el empresario tenía conocimiento de la aptitud del trabajador”. Continúa expresando que la nulidad del período de prueba se produciría cuando exista “una fuerte vinculación empresarial entre las empresas del grupo o aportar (se aporten) otros indicios que permitan presuponer el conocimiento empresarial”. Empleando un método casuístico, entiende que se deben valorar las siguientes circunstancias:

a) “En principio, habrá que estar al caso concreto analizando si el empresario pudo tener conocimiento de las aptitudes del trabajador.

²⁴⁷ ESTEVE SEGARRA, A.: *Grupos de sociedades y contrato de trabajo* (2002), Epígrafe: “Particularidades en la relación laboral de un trabajador en una empresa del grupo. La licitud de ciertas prácticas ligadas a la contratación previa del trabajador en otra empresa del grupo”. Tirant on line.[en línea]. Disponible en Tirant on line, TOL 191.909

Pero, se ha de tener en cuenta, y ello es importante, que este conocimiento no puede presumirse del mero hecho de la inserción de la empresa en el grupo, sino que habrá que aportar otros indicios, tales como una fuerte integración empresarial, que el trabajador haya prestado servicios en otra empresa diferente a la que formalmente le contrata, que se haya visto sujeto al poder de dirección de otras empresas del grupo, etc.”

Desde nuestro punto de vista, la autora está exponiendo algo más que la nulidad del período de prueba en los supuestos de grupo de empresa. Lo que está indicando con su discurso no es más que la permisividad del período de prueba cuando se trata de un grupo de empresa cuya creación en nada ha tenido que ver la voluntad maliciosa del empresario de eludir responsabilidades laborales y la inadmisión de la prueba cuando el sistema de organización elegido a través del grupo de empresa es un ardid empresarial que se emplea torticeramente para evitar las consecuencias de una responsabilidad expansiva en materia de Derecho laboral que abarque a cualquiera de las entidades que lo conforman.

Afirma ESTEVE SEGARRA que es habitual que “la doctrina judicial reconduzca la mayoría de los supuestos, a lo que se denomina «unidad de empresa» y cita la STSJ de Galicia de 13 de enero de 1995 (AS 1995/134).

A nuestro juicio, la Sentencia no reconduce los supuestos de ilicitud del período de prueba a la “unidad de la empresa” sino que para concluir que la prueba no responde a su finalidad, realiza todo un examen para comprobar si existen datos concluyentes que permiten asegurar que el grupo de empresa es el modelo que ha elegido el empresario con la única finalidad de eludir la responsabilidad solidaria entre cada una de las empresas que formalmente se han creado. Esto es, la nulidad del período de prueba no depende de que el empresario hubiera podido tener conocimiento de la aptitud del trabajador (a lo que sumaríamos también la actitud) sino que la nulidad del período de prueba es la consecuencia inexorable una vez se adviera la artificiosidad del grupo de empresa.

De hecho, esa “unidad de dirección” de la que nos habla la autora como determinante a su juicio de la derivación del “conocimiento empresarial de la aptitud del trabajador” es la que de forma más indubitada hacer ver que el grupo empresarial no es lo que a primera vista parece ser. Así pues, la clave a nuestro juicio, no es la existencia de indicios acerca del conocimiento de la aptitud del trabajador, sino la acreditación de datos o hechos probados que concluyan en la utilización desviada del grupo empresarial. Y para acreditarlo no empleamos los “indicios” –como la autora afirma- sino los hechos probados. Tenemos el convencimiento de que las

realidades sobre la unidad de dirección, la confusión de plantillas o el concepto no desarrollado de “integración empresarial” no son indicios, son hechos concretos que se acreditan –o no- a través de los medios probatorios (fundamentalmente gracias a la prueba documental) que son capaces de generar el convencimiento pleno del uso fraudulento no del período de prueba sino del grupo empresarial. Una vez se decreta el empleo fraudulento de este, la consecuencia inevitable será que también queda afectado el período de prueba por constituir una repetición de la misma jugada.

Efectivamente, nuestra doctrina judicial parte de un examen de la realidad interna del grupo empresarial con los datos que las partes traen al procedimiento y si no observa anomalía alguna en la constitución y funcionamiento del grupo admiten la licitud del período de prueba, toda vez que las empresas constituyen realidades diferentes²⁴⁸, mientras que si existen datos que redundan básicamente en la unidad en la dirección, el período de prueba suscrito con un trabajador que había formalmente prestado sus servicios para otra empresa será nulo²⁴⁹.

²⁴⁸ La STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2001 (JUR 2001/200896), parte de descartar la responsabilidad solidaria de cada una de las dos empresas que integraban el grupo, por cuanto no concurren los presupuestos necesarios para apreciar fraude alguno (funcionamiento unitario de las sociedades, confusión de plantillas, elusión de responsabilidades laborales a través de la creación de empresas aparentes). Estas circunstancias suponen que en realidad nos encontremos ante dos empresas escindidas y por tanto, ante dos empresarios distintos desde el punto de vista del mencionado art.1.2 ET. Así pues, al no extenderse la responsabilidad a las dos mercantiles, no existe obstáculo legal alguno para convenir con el trabajador que ya ha prestado sus servicios para una de ellas, el establecimiento del período de prueba cuando ejecuta su trabajo posteriormente para otra, pues la finalidad del instituto que abordamos no está cumplida por la prestación de servicios que le uniera a la primera de las entidades; STSJ Madrid de 9 de abril de 2007 (JUR 2008/9894) y STSJ Madrid de 19 de marzo de 2007 (JUR 2007/214543) no aprecia la existencia de grupo de empresa “*con trascendencia laboral*” siendo lícito el período de prueba.

²⁴⁹ La STSJ de Galicia de 13 de enero de 1995 (AS 1995/134). Existe unidad en la Dirección que pertenece al mismo matrimonio, el domicilio es el mismo en las dos contrataciones que, además, fueron sucesivas. En este supuesto, no es factible el establecimiento de cláusula de prueba alguna; STSJ Madrid de 9 de febrero de 2001 (AS 2001/1254) considerando que existía responsabilidad solidaria entre las empresas que conformaban el grupo y que las entidades son “*cotitulares de la cualidad de empleador*”; STSJ País Vasco de 28 de junio de 2005 (AS 2005/2631), que al no apreciar grupo de empresa, entiende que el pacto de prueba puesto en entredicho es perfectamente lícito, pues no existían datos para afirmar que la segunda empleadora era consciente de los méritos, habilidades y actitudes desplegados por la trabajadora. Se trata de dos empresas distintas,” *no existe unidad de caja ni de dirección o simultaneidad de la actividad del trabajador*”. Descarta también la confusión societaria. Original planteamiento el contenido en la STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2001 (JUR 2001/146864) por cuanto señala que la formalización de un sucesivo contrato de trabajo para otra empresa del mismo grupo posibilita la concertación no de un período de prueba (por no ser inicio de la relación laboral) sino “*período de aprendizaje, formación o adaptación*”, cuya falta de superación supondrá la posibilidad de regreso a las anteriores funciones o incluso la extinción contractual conforme a las reglas generales. Opinamos que no existe apoyo legal alguno para posibilitar el período de aprendizaje del que literalmente habla la sentencia. Si no se observa ilicitud en la constitución del grupo, las empresas son independientes, las relaciones laborales son autónomas y cada una de ellas tiene su propio comienzo y fin de prestación de servicios.

5.2.5.- Las empresas de trabajo temporal.-

En este apartado nos interesa destacar la labor realizada por las empresas de trabajo temporal como entidades debidamente autorizadas que ponen a disposición temporalmente trabajadores por ellas contratadas a otra empresa que se denomina empresa usuaria.

Las personas son contratadas por la empresa de trabajo temporal, siendo esta la que asume -a todos los efectos- la condición de empresario o empleador del trabajador. Así, la relación laboral se suscribirá con esta entidad y fruto del acuerdo entre esta y el trabajador podrá nacer el período de prueba que, a falta de regulación específica, se reconduce en cuanto a su tratamiento jurídico se refiere a lo dispuesto por el art.14 del Estatuto de los Trabajadores²⁵⁰.

De cualquier manera es oportuno traer a colación las previsiones específicas en materia de período probatorio contenidas en el art.15 del convenio colectivo de aplicación²⁵¹. Este precepto parte de distinguir entre el personal "de estructura" (el que conforma la empresa de trabajo temporal) y el personal de misión, sometiéndoles a un régimen diferente en torno a la duración máxima del período de prueba.

Centremos nuestro punto de atención en los trabajadores en misión cuyo tratamiento a efectos de la prueba se hace depender de la cualificación profesional que ostenten. Siendo este el régimen general, se ha de precisar que en cualquier caso la duración total de la prueba se acomoda a la del contrato en los supuestos en los que la relación sea igual o inferior al lapso probatorio²⁵², experimentando una reducción hasta llegar a la mitad del período convencionalmente previsto. "De esta forma, se ha querido establecer una limitación a la libre facultad de desistimiento empresarial, que nunca coincidirá con la extensión limitada del contrato"²⁵³.

No obstante, la situación ahora analizada es al menos peculiar. Aun cuando el empresario sea efectivamente la empresa de trabajo temporal, es innegable que será a la empresa usuaria a quien

²⁵⁰ DE VAL TENA A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.102 y pág.103; GARCÍA RUBIO, M.A.: "El desistimiento durante el periodo de prueba", op.cit., abogando por la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores cuando el empresario es una ETT.

²⁵¹ V Convenio Colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (BOE 8 de febrero de 2008), código de convenio 9909525.

²⁵² Art.15.2 V Convenio Colectivo estatal de empresas de trabajo temporal: "Cuando la vigencia del contrato de trabajo suscrito entre la empresa de trabajo temporal y el personal contratado para su puesta a disposición a una empresa usuaria fuera igual o inferior a la duración máxima del período de prueba consignado en el párrafo anterior, éste quedará reducido a la mitad del tiempo de vigencia de la relación laboral acordada por las partes contratantes."

²⁵³ DE VAL TENA A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.104.

aprovechen los servicios de este empleado y quien tiene atribuida la facultad de comunicar a la empresa de trabajo temporal los incumplimientos²⁵⁴ observados del trabajador. Pero también, será la empresa usuaria la que, a pesar de no haber celebrado el contrato con el trabajador cedido, informará a la empresa de trabajo temporal de la apreciación que le ofrecen los servicios prestados por el trabajador vigente la posible prueba que se haya podido concertar.

Consciente de todas y cada una de estas particularidades, los agentes negociadores de la norma convencional establecen un límite al empleo de la cláusula del período de prueba, diseñando la prohibición de concertar nuevamente aquel lapso en aquellos supuestos en los que el trabajador cedido vuelva a prestar los mismos servicios para la misma empresa usuaria²⁵⁵. La única condición para que opere la imposibilidad es que las diferentes contrataciones se concierten en el plazo de doce meses.

Nos parece esta una previsión hartamente acertada, aun cuando manifestamos ya en este punto nuestro desacuerdo en cuanto al límite temporal de vigencia de la prohibición. Dejando aparte este aspecto, se observa cómo la regulación vía negociación colectiva es realmente congruente con la propia concepción del sentido y finalidad del período de prueba consagrado en nuestra básica norma laboral y no solo porque efectivamente no tendría sentido someter a prueba a una persona que ya ha acreditado su valía frente a un empresario concreto, sino porque con esta previsión se está mostrando la intención de escudriñar la verdadera naturaleza y realidad de las situaciones jurídicas laborales. Nos parece una traslación del principio inspirador que propugna la irrelevancia del nomen iuris; es cierto e innegable que el empresario es otro por mandato legal (la empresa de trabajo temporal) pero no debemos olvidar que realmente la prestación de servicios no aprovecha al empleador en stricto sensu sino a un tercero (la empresa usuaria).

El período de prueba, no obstante, puede plantear otro problema que afectaría ya no a la empresa usuaria y al trabajador cedido, sino a este y a la propia empresa de trabajo temporal. Es frecuente en el tráfico laboral que la empresa de trabajo temporal, cuando finaliza la relación laboral con su trabajador, ofrezca a este la posibilidad de ser cedido a otra empresa usuaria distinta de la primitiva. En estas situaciones cabe preguntarse qué ocurriría con la suscripción de sucesivos períodos de prueba y, en definitiva, si cabe

²⁵⁴ Art.15.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, Ley de Empresas de Trabajo Temporal.

²⁵⁵ La Sentencia del TSJ de C. Valenciana de 12 de diciembre de 2001 (AS 2002/3276) ya declaró la nulidad por abuso de derecho el establecer un periodo de prueba a la persona que anteriormente ya había prestado los mismos servicios, “*en idénticas instalaciones y bajo la vigilancia y dirección de las mismas personas*”. Concurrían en el presente identidad en la empresa de trabajo temporal que concertó los dos contratos y de la empresa usuaria.

volver a someter a prueba a ese trabajador que previamente estuvo trabajando para idéntica empresa de trabajo temporal.

En estos supuestos la viabilidad o no de un nuevo pacto de prueba seguirá el régimen general que hasta ahora hemos apuntado, esto es, dependerá directamente –como ocurre con cualquier otro trabajador y con cualquier otra empresa- de la identidad de la prestación de servicios que se lleve a cabo. Siendo el mismo empresario (la empresa de trabajo temporal) si las funciones a desarrollar son idénticas a las previamente contratadas, el período de prueba que se quisiera incluir en el contrato sería nulo conforme a la previsión legal contenida en el art.14.1 del Estatuto de los Trabajadores. Dicho de otro modo, “El establecimiento de un período de prueba cada vez que se confeccione un contrato de puesta a disposición con diferente empresa queda, a mi juicio, totalmente justificado” (fundamentalmente porque las funciones serán distintas)²⁵⁶.

No obstante, el supuesto de hecho descrito –y continuamos siguiendo a DE VAL- no se producirá normalmente en la práctica; al ser diferentes empresas usuarias es bastante inusual que las prestaciones de servicio sean homogéneas entre sí. Así, aun cuando las funciones desempeñadas para varias empresas usuarias fueran exactas, la forma de organización empresarial variará introduciendo – en la mayoría de los supuestos- modificaciones que afectarán a la forma de la prestación de servicios²⁵⁷ y que, a juicio de este autor, legitimarían a las partes a acudir al período de prueba.

Otra de las situaciones problemáticas que puede ocasionar el período de prueba con relación a las empresas de trabajo temporal sería la que acaece cuando finalizada la relación entre el trabajador y la mencionada empresa de trabajo temporal, aquel suscribe contrato de trabajo directamente con la que fuera empresa usuaria. DE VAL destaca cómo para esta hipótesis no existe respuesta convencional, a pesar de que esta previsión hubiera sido muy bien recibida a fin de evitar inseguridades jurídicas²⁵⁸.

Sobre este último aspecto, entendemos que no es necesaria tal previsión convencional por cuanto la Ley responde directamente a esta posible cuestión. Si el trabajador ya anteriormente había probado que sus servicios eran del agrado del empresario que en ese momento ostentaba la posición jurídica de empresa usuaria y ulteriormente se incorpora directamente en la plantilla de esta, no es lícito concertar período de prueba alguno, por cuanto la empresa era

²⁵⁶ BALLESTER PASTOR M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.96.

²⁵⁷ DE VAL TENA A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.105.

²⁵⁸ *Ibíd*em, pág.106.

conocedora de primera mano de las capacidades de este trabajador²⁵⁹.

5.3.-LA IDENTIDAD EN LAS FUNCIONES.-

5.3.1.- Supuesto de hecho.-

Todo el razonamiento que hemos tratado de plasmar hasta el momento -y que apunta a la nulidad de la concertación del período de prueba- se ha realizado bajo la doble premisa de que los servicios contratados ya habían sido prestados con anterioridad para idéntico empresario, siendo coincidentes también las funciones asignadas a lo largo de las diferentes relaciones contractuales.

Una vez han quedado deslindados los supuestos de coincidencia empresarial, es hora de analizar el segundo de los presupuestos para apreciar la nulidad del período probatorio ex art.14.1 del Estatuto de los Trabajadores: “las mismas funciones”.

La ilicitud del período probatorio se condiciona a la circunstancia de que el trabajador haya desempeñado las mismas funciones para idéntico empresario, sin que tenga relevancia alguna la preparación técnica previa que acredite el trabajador²⁶⁰. La razón estriba en la propia concepción natural y jurídica de esta institución. Si un trabajador ya ha mostrado con su actuar precedente su buen hacer, constituiría un contrasentido -y más aún, abuso de derecho- que el empresario tuviera en su mano la llave para poder someter una y otra vez al empleado a infinitas probanzas.

Si se permitiera la concertación sucesiva de períodos de prueba, se quebraría el principio de conservación del negocio (contrato de trabajo) al derrumbarse todas las precauciones legales en torno a la extinción contractual empresarial, pues se dejaría claramente al arbitrio de una de las partes contratantes el cumplimiento del contrato.

²⁵⁹ En este sentido y por los mismos argumentos: Sentencia del TSJ de País Vasco de 8 de octubre de 1996 (AS 1996/3710) y STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2006 (AS 2006/1941). Con independencia de la modalidad contractual empleada.

²⁶⁰ STSJ País Vasco de 19 de mayo de 2009 (JUR 2009/371689): no se puede admitir que no sea posible establecer un período de prueba al trabajador que acredita una formación previa, pues si admitiésemos tal tesis (aceptada por la instancia) dejaríamos sin contenido el período de prueba, “*pues toda contratación lleva implícita la presunción empresarial de que el trabajador tiene la formación precisa para desarrollar la actividad para la que le contrata*”.

Pues bien, en clara coherencia con la concepción de las relaciones laborales, el legislador explícitamente recuerda la imposibilidad de someter a sucesivas pruebas al trabajador que previamente había prestado sus servicios para el mismo empleador. Permitir lo contrario se opone abiertamente a la naturaleza de la comprensión del instituto del período de prueba.

Mas, y aun cuando el discurso anterior es unánime, los problemas se concitan alrededor de la expresión legal "las mismas funciones"; a pesar de la tradición jurisprudencial y la claridad con la que se expresa el legislador acerca de la ilicitud de las sucesivas pruebas del trabajador, continúan los pronunciamientos judiciales que abordan esta cuestión ²⁶¹.

De cualquier modo, la nulidad, recordemos, del período de prueba devendría cuando el trabajador haya prestado con anterioridad "las mismas funciones" para el mismo empresario. Ante esto, ¿qué hemos de entender por "mismas funciones"?

Empezaremos con lo más obvio: si las funciones son distintas, aun cuando sea el mismo empresario, el período de prueba es lícito.

De igual modo, si las funciones son las mismas y el empresario es diferente también se podrá estipular un período de prueba, toda vez que este nuevo empleador no puede saber más que a través del trabajo concreto de su trabajador en la específica empresa si su actuación colma o no sus expectativas.

El desencuentro surge cuando al desgranar la expresión legal no encontramos respuesta del Ordenamiento acerca de qué se ha de entender por "funciones". En principio podría pensarse que este concepto es sinónimo a categoría profesional pero también podría ser equivalente a lo que entendemos por grupo profesional; de igual manera, el precepto exige que se trate de las "mismas funciones" pero forzoso es plantearnos qué suerte correría con el período de prueba acordado en el que no existiera coincidencia exacta entre las

²⁶¹ STSJ Madrid de 13 de marzo de 1997 (AS 1997/805); STSJ Galicia de 6 de noviembre de 1997 (AS 1997/3796); STSJ C. Valenciana de 25 de marzo de 1998 (AS 1998/1934); STSJ I. Canarias de 5 de junio de 1998 (AS 1998/3146); STSJ País Vasco de 22 de septiembre de 1998 (AS 1998/4978); STSJ País Vasco de 29 de febrero de 2000 (AS 2000/3272); STSJ Madrid de 17 de octubre de 2000 (JUR 2001/24255); STSJ Cataluña de 7 de diciembre de 2002 (JUR 2003/33176); STSJ C. Valenciana de 24 de junio de 2004 (JUR 2005/10148); STSJ C. Valenciana de 17 de enero de 2006 (JUR 2006/142361); que descarta la nulidad cuando se contrata para realización de funciones y puestos de trabajo distintos; STSJ Cataluña de 6 de febrero de 2006 (AS 2006/1914): nulidad del período de prueba por previa prestación de servicios (idénticas funciones) para el mismo empresario; STSJ Cantabria de 20 de marzo de 2007 (JUR 2007/214416); Sentencia del TSJ de País Vasco de 2 de mayo de 2007 (AS 2007/3115); STSJ Cataluña de 1 de octubre de 2009 (JUR 2009/498071); STSJ de Castilla y León de 22 de mayo de 2013 (AS 2013/1541).

funciones, mas sí se observara cierta similitud entre las anteriores y las nuevas.

Asimismo, otro de los interrogantes que nos podemos hacer es el relativo a qué ocurriría cuando no se concretan las funciones a desarrollar por el trabajador.

Trataremos, a continuación, de ir solventando cada uno de los interrogantes expuestos o, al menos, de exponer las posibilidades en orden a su solución.

5.3.2.- Las funciones: su delimitación.-

Acotar este término a los efectos que nos interesa significa acudir nuevamente al examen de la doctrina, la jurisprudencia y los pronunciamientos judiciales de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. Con base en estos aportes, podríamos apuntar las siguientes aseveraciones:

No se puede equiparar "función" a "grupo profesional"²⁶² por cuanto con estas nomenclaturas se hacen referencia a realidades fácticas y jurídicas distintas. Sin descender a detalles, sí resulta conveniente matizar que el concepto de grupo profesional tiene en consideración tres realidades: de un lado, la enumeración de funciones que se refieren a un mismo nivel profesional, de otro cuál es el contenido de estas y, por último, qué titulaciones y aptitudes se requieren para su desempeño.

Cuando empleamos el término "función" estamos siendo mucho más precisos. Aludimos a las concretas tareas que un específico trabajador se ve comprometido a realizar.

Si hablamos de "grupo profesional" lo hacemos porque queremos referirnos a algo más genérico, esto es, al conjunto "de actividades laborales afines por su respectivo contenido y la cualificación que precisa su realización"²⁶³.

²⁶² Conviene señalar que el concepto de categoría profesional (art.22 ET) se ha visto paulatinamente desplazado por el empleo de una fórmula más flexible, cual es la relativa al grupo profesional. Baste, en este sentido, recordar que con anterioridad a la reforma procurada por el RDL 3/2012 de 2 de julio, el art.22 del Estatuto de los Trabajadores, empleaba el concepto de "categoría profesional equivalente" para delimitar la comprensión de la movilidad funcional.

²⁶³ Sentencia del TSJ Islas Baleares de 22 de marzo de 2004 (AS 2004/1321); STSJ de La Rioja de 21 de marzo de 2011 (JUR 2011/132444) que cita la anterior y añade "... y de este modo se ha llegado a considerar indiferente que las funciones a realizar por el trabajador en virtud de ambos contratos pertenezcan a distinta categoría profesional, si existe analogía entre las mismas (STSJ Castilla-León, Burgos 22-3-2004), lo que permite afirmar igualmente la validez de la extinción del contrato por no superación del periodo de prueba si pese a ostentar en ambos contratos la misma categoría profesional las funciones a realizar son diferentes".

El encuadre, la adscripción del trabajador a un determinado grupo profesional no supone ineludiblemente que su quehacer profesional tenga que abarcar todas y cada una de las específicas misiones que se detallan en el cuadro que define al grupo. Antes bien, cuando se alcanza el compromiso laboral se concretará el cometido laboral, quedando delimitadas entonces las responsabilidades y tareas que serán parcial o íntegramente coincidentes con las que define su grupo.

Esta escisión entre ambos conceptos da cuenta de la idea que preside la mente del legislador cuando condiciona la nulidad del período probatorio a la circunstancia no de que se trate de contrataciones en las que se produce la coincidencia entre grupos profesionales sino entre funciones, esto es, de las tareas comprometidas y reales a desempeñar por el empleado.

Por esta razón, nada impide que se concierte un período de prueba -aun cuando haya existido una vinculación previa entre idénticas partes contractuales- si lo que se produce tan solo es una concurrencia entre los grupos profesionales asignados en una y otra contratación que no se extiende al desempeño efectivo de los mismos quehaceres laborales.

La expresión "mismas funciones" se asimila a ostentar el "mismo puesto de trabajo"²⁶⁴.

Esta circunstancia se ha traducido en la práctica a entender que la sanción de nulidad del período probatorio estaba reservada únicamente para los supuestos en los que "el trabajo fuera exactamente el mismo, en las mismas instalaciones y bajo la vigilancia y dirección de las mismas personas"²⁶⁵, lo que sin duda supone inclinar la balanza hacia la interpretación más literal que cabe de la prohibición de reiteración de la prueba.

No obstante, lo más habitual es que entre nuestros tribunales no impere una interpretación tan estrecha y restrictiva, sino que opten por una interpretación teleológica de la norma, estableciendo la nulidad no solo cuando se llevan a cabo iguales funciones sino que junto a estas también tienen cabida en el precepto las nuevas ocupaciones laborales cuando son "similares". El argumento para favorecer esta tesis es la constancia de que el desempeño de las actividades inicialmente convenidas facultan por sí mismas para el ejercicio de las posteriormente encomendadas²⁶⁶, lo que en cualquier

²⁶⁴ STSJ Murcia de 25 de junio de 1992 (AS 1992/3289).

²⁶⁵ STSJ C. Valenciana de 12 de diciembre de 2001 (AS 2002/3276).

²⁶⁶ STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7146): el Tribunal declara la nulidad del período de prueba por la "analogía" existente entre las categorías profesionales desempeñadas (representante comercial y vendedor) que permitía el total conocimiento tanto de las aptitudes como de las condiciones humanas del

caso supone la necesidad judicial de desentrañar todas y cada una de las actividades que se pusieron de relieve en las contrataciones. En este sentido, BALLESTER PASTOR²⁶⁷ expone como ejemplo de la vida práctica que esta circunstancia se produciría cuando las nuevas funciones sean de nivel inferior respecto a las anteriormente asumidas.

Entendemos que si no seguimos esta última línea de interpretación estaríamos vaciando de contenido a la existencia del periodo probatorio y pervirtiendo su razón de ser: conocer siquiera de forma aproximada si el trabajador es válido a los ojos del empresario para realizar el cometido diario y real que se le ha encomendado.

De otro lado, se ha de partir de una presunción iuris tantum que se traduce en que, en principio, las funciones a la que se destina el trabajador son las que formalmente tienen su reflejo en el contrato. Cualquier afirmación que trate de desvirtuar esta constancia, habrá de ser probada por quien la alegue²⁶⁸, esto es, por el trabajador a través del arsenal de medios probatorios que la Ley adjetiva pone a su disposición.

De nuevo aquí (y visto desde el reverso de la afirmación anterior) se observa nuevamente cómo la importancia del nomen iuris es relativa, debiendo descenderse a la concreta realidad de la efectiva prestación de servicios con independencia del grupo o

trabajador; STSJ País Vasco de 11 de mayo de 1993 (AS 1993/2195). En la primera contratación se le encomendaron las funciones propias a vigilante jurado y posteriormente se le contrata como guarda de seguridad; en sentido contrario, por entender que las funciones anteriores (administrador único de la sociedad) no capacitan para las que en un segundo lugar se encomiendan (encargado); STSJ Madrid de 5 de marzo de 1997 (AS 1997/793); STSJ Galicia de 20 de enero de 2004 (JUR 2004/80380); desciende al terreno concreto y aunque las funciones contratadas no fueron formalmente las mismas, en la práctica sí realizó similares actividades, variando tan sólo el grado de responsabilidad; STSJ Madrid de 18 de abril de 2005 (JUR 2005/200927); STSJ Andalucía de 14 de septiembre de 2005 (JUR 2007/190269) aunque las funciones no eran exactamente idénticas, el tribunal entiende que unas quedan comprendidas en las otras (concretamente se refiere a las funciones de coordinador del plan general de urbanismo que “*pueden quedar incardinadas dentro de la función general de asesor municipal de urbanismo*”); STSJ de Castilla La Mancha de 1 de diciembre de 2006 (AS 2007/47) en donde la primera relación laboral fue como bombero en el grupo profesional de “*especialista forestal motoserrista*” y después fue contratado como “*peón especialista forestal*”; STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012/2569): las funciones desempeñadas fueron peón de conductor, peón de mantenimiento, y operario de mantenimiento.

²⁶⁷ BALLESTER PASTOR, M^a. A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 39, con cita en STCT de 10 de mayo de 1976 (Ar.2442).

²⁶⁸ STSJ Madrid de 10 de marzo de 2009 (JUR 2009/261326); STSJ Madrid de 11 de septiembre de 2006, (JUR 2007/324138). La representación de la parte actora-recurrente –trabajador- no señaló cuál era el cometido ejercido por el trabajador en la anterior relación laboral. En sentido contrario: STSJ C. Valenciana de 11 de junio de 1996 (AS 1996/2409): el trabajador estaba adscrito a la misma categoría profesional pero no logró acreditar que las funciones fueran las mismas. La actividad de celador la llevó a cabo para distintos hospitales, entendiéndose que “*la ocupación era sustancialmente distinta*”)

categoría profesional en la que el trabajador se encuentra incardinado²⁶⁹.

Los problemas podrían, llegados a este punto, suscitarse con la situación del trabajador polivalente, esto es, aquel que ha acordado - como parte integrante del objeto del contrato- la posibilidad de llevar a cabo funciones que pertenecen objetivamente a grupos profesionales dispares²⁷⁰. Aquí, la solución es la misma que en el párrafo precedente; en atención a lo dispuesto por el art.22.4 del Estatuto de los Trabajadores in fine y con la motivación clara de proteger los intereses del empleado, se opta por la adscripción a la categoría prevalente.

Es lícito imponer un período de prueba aun cuando se trate de las mismas funciones que ya desempeñara tiempo atrás, cuando se han introducido "diferencia(s) en los sistemas de trabajo", siempre que se trate de un contrato distinto²⁷¹.

Esta última precisión, en realidad, nos remite a lo estudiado acerca de los cambios de puesto de trabajo. Si el trabajador continúa unido bajo el mismo vínculo laboral pero pasa a asumir funciones distintas a las primitivamente convenidas, nos encontramos ante un supuesto diferente al que ahora analizamos y que ya ha sido abordado en apartados precedentes, pudiendo dar lugar a los fenómenos de ascensos o movilidad funcional.

De cualquier manera, sobre este tema volveremos más adelante, puesto que introduce nuevas disquisiciones en torno a si basta con la concurrencia de esta circunstancia (cambio en la organización del trabajo) para legitimar el empleo del período de prueba o se exige otro requisito adicional, cual es que entre las distintas vinculaciones laborales haya transcurrido un período dilatado de tiempo.

El cambio de departamento es un dato totalmente irrelevante a los efectos de determinar la nulidad del período de prueba por reiteración de funciones²⁷², como lo es también el cambio de

²⁶⁹ TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: "Extinción del contrato en período de prueba" en *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, pág. 336.

²⁷⁰ Art.22.4 ET.

²⁷¹ STSJ Madrid de 21 de julio de 2009 (JUR 2009/479587): "ya que en otro caso, vigente la misma relación laboral, la imposición por pacto individual o colectivo de un nuevo período de prueba cuando el cambio de entidad de las tareas encomendadas se deriven por ejemplo de un ascenso de categoría, es injustificada y abusiva puesto que se abre la posibilidad extintiva no indemnizada de una nueva relación laboral fija ya consolidada por la superación del período de prueba inicial (SAN de 13-2-2007)". Reiteramos nuestra discrepancia a la aplicación del art.14 del ET en los supuestos de ascenso o, en general, de movilidad funcional.

²⁷² STSJ Andalucía 24 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50405).

“campaña”. Tendremos que observar si las funciones son o no las mismas²⁷³ o análogas, restando importancia al dato aislado acerca de dónde se desarrolla el trabajo²⁷⁴, pues este es un aspecto adicional que no influye en la determinación de los quehaceres laborales.

Ante la falta de concreción de las funciones, el empresario podrá requerir –tal y como indica DE VAL²⁷⁵- del trabajador “la realización de cualesquiera funciones asignadas por el convenio al grupo o categoría pactado, incluso las de categorías equivalentes²⁷⁶”, sin pervertir con ello el sentido de la prueba o invalidar la misma.

El poder de dirección en el que se inserta directamente el ejercicio del ius variandi empresarial no se modifica ni modula por la circunstancia de que nos hallemos ante el período de prueba.

El empresario podrá, por tanto, exigir la comprobación durante la prueba, siempre que la extensión temporal y las necesidades de la empresa lo permitan, todas las funciones y capacidades anudadas a la categoría o grupo profesional asignado.

Tal circunstancia, como se destaca más adelante, proyectará sus efectos, condicionando en el futuro la facultad empresarial de alegar la ineptitud sobrevenida del trabajador a fin de extinguir la relación laboral con base en el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores.

Concluyendo por tanto, la imposibilidad del concierto de prueba se restringe a los supuestos en los que la nueva contratación tenga por objeto real la asignación de tareas sustancialmente iguales a las ya desempeñadas a través de anteriores vinculaciones o, aun cuando sean formalmente distintas, el desempeño de las actuales no requiera del despliegue de conocimientos, actitudes y aptitudes diversos a los ya mostrados y valorados empresarialmente en el pasado.

²⁷³ STSJ Cataluña de 15 de octubre de 2002 (JUR 2002/284277).

²⁷⁴ STSJ Madrid de 10 de marzo de 2003 (AS 2003/2730); STSJ Madrid de 17 de marzo de 2003 (AS 2003/2858): la empresa no acreditó que el segundo cometido para el que fue contratado el trabajador fuera distinto al primero (con independencia de que las funciones se desarrollaran en diferentes centros de trabajo) por lo que no es justificado el sometimiento de un nuevo período de prueba; STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2006 (AS 2006/1476): en este supuesto se explica en qué consisten las diferencias entre el primer y segundo puesto de trabajo desempeñado (ambos bajo la categoría profesional idéntica de cocinera de tercera). Las diferencias que se observan en cuanto al centro de trabajo que requería de una actividad laboral más intensa, tipo de instrumental a manejar, y personas que auxiliaban –en la segunda contratación- a la tarea laboral, evidencian que no se trata de funciones idénticas y posibilitan la celebración de la cláusula estudiada.

²⁷⁵ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.122 y pág. 123.

²⁷⁶ *Ibidem*, señala en su nota al pie 284 las manifestaciones de PASCUAL ALLEN, C. “Forma, período de prueba y duración del contrato”, cit. pág. 75, “no es posible mantener que puedan ser jurídicamente exigibles al trabajador, en periodo de prueba, todas las funciones propias de los distintos grupos profesionales que pueda abarcar el pacto”.

VI.- EL VÍNCULO CONTRACTUAL PREVIO.-

6.1.-La previsión legal.-

Hasta aquí, nuestra exposición sobre la ilicitud de prueba por reiteración de las mismas funciones la hemos realizado sin entrar a analizar el tipo de vínculo (laboral o de otra naturaleza) bajo el cual discurre la prestación de servicios. Analizaremos ahora si el lazo jurídico que une a las partes tiene alguna relevancia a los efectos de propugnar la invalidez del período de prueba en el supuesto contemplado por reiteración de funciones.

Para profundizar en este aspecto, tomamos como punto de partida la dicción legal que cierra el capítulo de la nulidad por esta razón: la imposibilidad de concertar la prueba si previamente se realizaron las mismas funciones "bajo cualquier modalidad de contratación".

No suscita más conflicto admitir que es indiferente qué clase de contrato laboral haya unido al trabajador con la empresa previamente a fin de decretar la posible nulidad de la prueba por reiteración de funciones. Así, poco importa si la anterior relación se denominó contrato temporal –en cualquiera de sus manifestaciones- o contrato indefinido, pues esta circunstancia en nada influye –al menos teóricamente- en la forma de la prestación laboral. De ahí que la precisión legal tan solo constituye una consecuencia lógica del entendimiento del instituto probatorio, en donde lo verdaderamente relevante es el conocimiento de las partes sobre la labor, profesionalidad y persona de la otra contratante.

Pero, y aquí surge el desencuentro, ¿qué ocurriría si previamente al vínculo laboral hubieran estado las partes unidas a través ya no de diferente modalidad contractual laboral sino de distinto vínculo jurídico?.

Es indudable que en estos supuestos el empresario también tiene un conocimiento previo acerca del que será ahora su trabajador; es decir, la idea que el empresario tiene de su actual empleado puede venir dada no solo porque anteriormente haya entablado una relación laboral en el sentido técnico y preciso del término, sino por haber prestado sus servicios profesionales por otros títulos o contratos (así, por ejemplo, por haber formalizado un arrendamiento de servicios).

Aquí surge el debate: tratar de esclarecer si en la mente del legislador subyacía la idea de imposibilitar la prueba con independencia de cómo había de calificarse el vínculo previo de

prestación de servicios o por el contrario quería reservar la prohibición a aquellos casos en los que en puridad había existido previamente un contrato de trabajo.

6.2.- Las prestaciones de servicio ajenas al Derecho del Trabajo.-

La forma bajo la cual se puede encauzar una relación de prestación de servicios no es única. Unos vínculos están caracterizados fundamentalmente por las notas de ajenidad y dependencia, son consideradas laborales. Otras prestaciones, al carecer básicamente de estos caracteres, se excluyen del Estatuto de los Trabajadores. Incluso existen prestaciones de servicios que, a pesar de que reúnen como parte de sus características aquellas notas que recoge la Ley básica laboral en artículo 1 como definitorias de la relación de trabajo, se extraen del ámbito de aplicación del Estatuto y se les dota de una legislación específica a fin de regular su comprensión y efectos (así, los funcionarios públicos).

La decisión legal de no aplicar el Estatuto de los Trabajadores a actividades que no comparten los requisitos constitutivos de la relación laboral no es ni azarosa ni caprichosa. No es lo mismo, puesto que no se ponen en juego las mismas capacidades o habilidades, la relación entablada entre un empresario y un trabajador que la que mantiene un empresario y un autónomo.

Simplificando, en este segundo caso el autónomo no se inserta dentro del ámbito de dirección del empresario, posee sus propios medios de producción y tiene un margen de discrecionalidad que en absoluto es parangonable con el que ostenta un trabajador aun cuando este actúe con un ámbito considerable de autonomía. El autónomo, el profesional que realiza un determinado encargo para una empresa, podrá distribuir su tiempo como mejor desee, verse auxiliado por otros profesionales o trabajadores y al tener su propia organización, tampoco habrá de estar en contacto con el resto de trabajadores de la empresa que le ha encomendado un cometido profesional. En definitiva, este profesional se compromete más que a una actividad constante y rutinaria, a un resultado, despreocupándose el empresario acerca de cómo obtiene el mismo.

Una vez que hemos pincelado las diferencias, veamos qué opina la doctrina acerca del entendimiento de este aspecto del artículo.

PASCUAL ALLEN²⁷⁷ entiende que la prohibición pasa directamente por considerar que ambas relaciones lo fueron

²⁷⁷ PASCUAL ALLEN, M.C.: “Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo” en *La Reforma del mercado laboral*, Director Fernando Valdés Dal-Re, Ed. Lex-Nova, 1994, pág.77. Entiende

laborales, no estando en el ánimo del legislador extender la prohibición en los supuestos de que a la relación de trabajo le hubiera precedido otro tipo de prestación no laboral. En el mismo sentido ya se manifestó RODRÍGUEZ PIÑERO²⁷⁸.

CRUZ VILLALÓN²⁷⁹ es partidario de no extraer conclusiones generales y categóricas, inclinándose a pensar que “podría interpretarse más bien que para la jurisprudencia el dato más relevante es el tipo de actividad desarrollada por ambas partes antes y después de la celebración del contrato con período de prueba; si entre ambos existen diferencias cualitativas desde el punto de vista profesional y no tanto de las diferencias de la relación jurídica con la que se formalizan estas actividades”.

En esta misma línea que acaso podamos calificar de ecléctica se manifiesta BALLESTER²⁸⁰. Para ella la ilicitud del período de prueba en estas situaciones pasaría por su declaración en un previo procedimiento judicial tendente a acreditar el empleo abusivo de esta cláusula y que se traduciría en la adveración de que el empresario realmente conocía de las aptitudes del trabajador sea cual fuere la forma en la que había obtenido el conocimiento.

Abundando en esta línea, DE VAL sostiene la tesis de que es indiferente la naturaleza de la relación anterior, pudiendo “aceptar esa interpretación extensiva siempre que, independientemente de la naturaleza del vínculo, laboral o no, el empresario haya llegado a conocer la aptitud profesional del trabajador²⁸¹”.

Creemos, no obstante, que el planteamiento de DE VAL descende algo más al terreno real, por cuanto se encarga de apuntarnos que las condiciones bajo las cuales se desenvuelve la

que no ha sido ésta la intención del legislador, porque al hablar de “modalidades” interpreta que el legislador ha querido constreñir a las modalidades laborales, toda vez que las condiciones bajo las cuales discurre una prestación de servicios autónoma es diferente a la laboral.

²⁷⁸ RODRÍGUEZ –PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Naturaleza jurídica del período de prueba”, op.cit., pág. 470-471

²⁷⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: “Problemas prácticos del período de prueba”, op.cit., pág.206.

²⁸⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.40: “Indudablemente entiendo, sería posible la consideración de que el período de prueba resulta abusivo cuando las funciones y condiciones del trabajo desarrollado de modo autónomo con anterioridad indujeran a pensar que el empresario ha adquirido suficiente conocimiento de las aptitudes del trabajador. Pero establecer a priori el carácter abusivo del período de prueba cuando las mismas funciones se han desarrollado con anterioridad por medio de una contratación autónoma, podría ser una interpretación diferente a la pretendida por la ley”.

²⁸¹ En esta dirección, PIQUERAS PIQUERAS, M.C: “La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo” op. cit, pág.89, apunta que “se trata, pues, de atender, no tanto al aspecto formal que haya adoptado la relación anterior sino a su aspecto material, a su objeto”. Parece confirmar esta interpretación al STSJ Cataluña de 28 de febrero de 1994 (Actualidad Laboral, ref.1688) que resuelve un supuesto anterior a la entrada en vigor de la reforma de 1994, afirmando que “nada impide que dicho previo conocimiento se haya obtenido por medio de una relación inter partes subsumible en cualquier otra figura del amplio espectro contractual y que no tiene por qué necesariamente ser de naturaleza jurídico-laboral”: DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 122, nota núm. 261.

relación laboral no son las mismas que en las que se desarrolla la modalidad de trabajo autónomo; esta circunstancia, debe ser tomada en consideración –a nuestro juicio- para sostener en principio la viabilidad de la cláusula probatoria, sin perjuicio de la ulterior prueba en el sentido analizado por los autores citados anteriormente.

DE VAL continúa diciendo que quizás lo más recomendable hubiera sido que el legislador hubiese precisado este extremo, pero que es “más razonable entender que se está refiriendo únicamente a las modalidades de contratación previstas por la normativa laboral”²⁸².

El efecto que hay que extraer, según DE VAL, es que “la norma pone el acento en el dato relevante de las funciones desarrolladas, no tanto en la relación jurídica que las formaliza, en este sentido, STSJ Andalucía de 6 de mayo de 1998, Ar.2335 insiste en la nulidad de un cláusula de prueba cuando al empresario le conste que el trabajador posee ya los conocimientos prácticos de la tarea que se le encomienda por haber prestado los mismos servicios con anterioridad al amparo de la contratación mercantil)”²⁸³.

Más allá llega FERNÁNDEZ MÁRQUEZ²⁸⁴ que descarta la posibilidad de acudir a la prueba cuando el conocimiento del empresario acerca de las cualidades de su trabajador es obtenido por “parentesco, vecindad, amistad, por ejemplo” y apoya su argumentación en la prohibición de reiterar la prueba en los supuestos de grupos de empresa. Creemos que en la práctica, no obstante, el conocimiento que se puede tener acerca de una persona como trabajador en absoluto se puede obtener aun cuando el empresario sea un vecino, un amigo o un pariente, por lo que descartamos esta interpretación que en absoluto es comparable con la que se produce cuando el trabajador ya ha dado muestras de sus cualidades laborales en empresas que pertenecen al mismo grupo con las condiciones que ya indicábamos en el apartado correspondiente. Además, la literalidad de la exigencia legal presupone la necesidad de que concurra el desempeño de las mismas funciones con anterioridad en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación. En las relaciones personales antes reseñadas, no ha habido previamente un empresario, ni se han desempeñado funciones de ningún tipo y por supuesto el nexo de vecindad, parentesco o amistad no se puede reconducir a contrato alguno.

²⁸² “Coincide en esta apreciación BALLESTER PASTOR, M.A., *El período de prueba*, op.cit. pág.40 (nota al pie 262) y abundando más señala que “la nueva redacción del art.14 LET en este aspecto no introduce ninguna presunción de abusividad cuando la relación contractual previa ha sido no laboral, pero sí cuando la relación previa ha sido laboral (presunción iuris et de iure cuando, como consecuencia de esa relación, se hubieran desarrollado las mismas funciones en la empresa”.

²⁸³ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 122.

²⁸⁴ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit.

Nosotros creemos que la respuesta ya la ha dado el legislador y que cuando habla de "modalidades" lo hace para referirse a clases y al emplear el término "contractuales", es para aludir a contratos. Esto es, clases de contratos que son laborales, desechando la posibilidad de hablar de relaciones contractuales que sí englobarían a todo tipo de prestaciones de servicio con independencia de la naturaleza jurídica de las mismas.

Queremos entender que este argumento es el válido, por cuanto el Estatuto emplea la expresión "modalidades contractuales" no solo en el artículo comentado, sino a lo largo de su extensión y claramente alude a las clases de contrato de trabajo, por lo que no encontramos ninguna razón para entender que con el empleo de la misma expresión haya querido hacer referencia el legislador a realidades distintas²⁸⁵. Específicamente, en sede de duración de contrato se utiliza esta cita cuando se diferencia entre la contratación - laboral- indefinida de la temporal o de duración determinada.

Los tribunales, en este punto, siguen las distintas posturas doctrinales y no se decantan uniformemente por ninguna de las opciones indicadas.

Así, existen pronunciamientos que afirman que es admisible incluir el período de prueba en las situaciones analizadas ²⁸⁶ con base

²⁸⁵ Véase: art.15.5 ET.: "...con las mismas o distintas modalidades contractuales"; art.15.6 ET: "cada una de las modalidades contractuales"; en singular: art.11.1.b) ET: "...entre el volumen de esta modalidad contractual"; art.11.2.a) ET: "...a esta modalidad contractual"; aparece la expresión "modalidades de contratación" como sinónimo en el art.15.4 del ET "...con las mismas o diferentes modalidades contractuales", art.15.6 ET "...cada una de las modalidades contractuales", art.64.2.c) ET: "y de las modalidades y tipos que serán utilizados", art.84.2.e) ET: "...modalidades de contratación", art.84.4 ET y en la Disposición adicional decimoquinta con relación al límite de encadenamiento de contratos.

²⁸⁶ STS de 15 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6707):afirma la validez del período de prueba con base a las diferencias de las relaciones entabladas (mercantil y laboral) y las de las propias funciones encomendadas (asesoramiento contable y fiscal y luego técnico de oficina; STCT de 16 de abril de 1986, (RTCT 1986/2548): uno de los argumentos que baraja para concluir en la licitud del período de prueba es la distinta naturaleza jurídica con la que se formalizaron los servicios (primero administrativo y luego laboral); STSJ Castilla y León de 15 de enero de 2001 (JUR 2001/121194):la primera vinculación fue como funcionario interino (sometido al derecho administrativo) siendo la segunda como personal laboral (vinculado al ET).De igual modo descarta la nulidad del período de prueba por el transcurso de los años desde la primera vinculación; STSJ Andalucía de 4 de mayo de 2001 (AS 2001/2631): al examinar la validez del período de prueba toma en consideración la "*distinta naturaleza jurídica de ambas relaciones*" (por un lado la correspondiente a funcionario interino y la de personal de alta dirección). Concluye en la posibilidad del período de prueba toda vez que las funciones eran distintas. Partimos del entendimiento -aunque no lo exprese- que distinto también era el empresario: ayuntamiento uno y luego "servicios municipales Estepona, S.L."; STSJ Castilla y León de 21 de febrero de 2005 (AS 2005/132): el tribunal descarta la existencia de una relación laboral previa a la formalización solemne del contrato de trabajo en el que se señala un período de prueba. Tras ello, entiende lícito el establecimiento de esta cláusula por el propio sentido legal al que obedece la institución: "*no se limita a una eventual valoración de la calidad de los servicios prestados por el trabajador y su capacidad para desempeñarlos, sino que es mucho más amplio y va referido también al desarrollo con habitualidad y profesionalidad de los trabajos dentro de una estructura organizativa y en las condiciones de dependencia propias de la*

a la distinta naturaleza jurídica de los vínculos contractuales como argumento único y excluyente o junto con la valoración de la diferencia entre las funciones asumidas en una y otra relación.

También existen de resoluciones judiciales –tal vez las más numerosas y recientes- que entienden que la nulidad no se puede hacer depender de la calificación del vínculo²⁸⁷, sino del conocimiento real que el empresario disponía del que ahora es su trabajador.

No podemos descartar algún aserto que llega a matizar que la ilicitud del período de prueba –en principio independiente de cómo se formalizara el vínculo anterior- se debe decretar “cuando el ejercicio previo de funciones tiene capacidad suficiente para cumplir la función probatoria”²⁸⁸.

Ya apuntábamos en párrafos precedentes nuestra conclusión: hemos de partir de la licitud del período de prueba cuando la relación anterior se hubiera formalizado bajo un título jurídico al del contrato de trabajo. Entender lo contrario sería admitir implícitamente que el período de prueba tan solo tiene como objetivo el descubrimiento del lado técnico que presenta el trabajador.

Esto no implica, no obstante, que, en todo caso, se salve la nulidad del posterior período de prueba acreditando la realidad jurídica anterior, sino que podría propugnarse la ilicitud de la cláusula de quedar adverado un conocimiento real, completo y cabal de la prestación de servicios del hoy empleado.

relación laboral, lo que no es susceptible de valoración directa por la empresa a través de las relaciones previas mantenidas en las que tales notas de dependencia, subordinación e integración en su estructura organizativa se encuentran ausentes”.

²⁸⁷ STS de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4973): “la analogía existente entre ambas relaciones (la primera de mediación de operaciones mercantiles y la segunda ordinaria o común) permitía a las partes durante la primera un completo conocimiento de sus posibilidades y condiciones personales y profesionales, con lo que carecería de razonable justificación el señalamiento de un período de prueba que el ET hubiera autorizado en el momento inicial del contrato”; STSJ Andalucía de 6 de mayo de 1998 (AS 1998/2335): explica la prohibición de establecer período de prueba cuando existió una relación laboral anterior en que la cláusula de prueba es una cláusula condicional “que falta y ha de tenerse por no puesta cuando al empresario si al empresario le consta que el trabajador posee ya los conocimientos prácticos de la tarea que se le encomienda”. Es independiente a la naturaleza del vínculo anterior. En este caso fue a través de contrato de naturaleza mercantil. Nulidad; STSJ Andalucía de 14 de septiembre de 2005 (JUR 2007/190269): la expresión “bajo cualquier modalidad de contratación” ... “no diferencia las contrataciones laborales y administrativas”; STSJ Rioja de 12 de septiembre de 2006 (JUR 2006/258266) que recuerda STS de 18 de enero de 2005 (JUR 2005/2425). A nuestro juicio la Sentencia del Supremo no se refiere a los mismos hechos, sino a supuestos de sucesión; STSJ de País Vasco de 4 de abril de 2006 (AS 2006/1476); STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 2007 (AS 2008/535) “ya era conocedor de sus aptitudes”; STSJ Madrid de 23 de junio de 2010 (JUR 2010/320825); STSJ País Vasco de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/140548).

²⁸⁸ STSJ País Vasco de 5 de abril de 2005 (AS 2005/2291) invocando igualmente STS de 18 de enero de 2005 (JUR 2005/2425).

Esta sapiencia empresarial sobre su trabajador (tanto de la dimensión profesional como la personal), entendemos es prácticamente imposible de obtener cuando el trabajador antes hubiera asumido la posición de autónomo, por las razones y diferencias que apuntábamos al comienzo sobre los dos tipos de prestaciones de servicio, todo ello con independencia de que efectivamente la razón que habrá presidido en la mente del empresario para ofrecer la relación laboral, habrá sido su satisfacción por el resultado del encargo previamente encomendado.

Es más, si se continúa entendiendo que el período de prueba no solo es útil para el empresario sino también para el trabajador, la circunstancia de que las anteriores relaciones autónomas hayan resultado fluidas no garantiza que continúen siéndolo cuando el trabajador haya de cumplir con todas las exigencias que supone un contrato de trabajo. En la mente de este no se ha podido más que forjar una idea aproximada acerca de cómo se desenvolverá la prestación o cómo será el trato con sus compañeros o su superior directo; razones todas ellas de peso para poder valorar el cometido al que se ha comprometido.

En definitiva, se puede ser un magnífico profesional y ofrecer el mejor resultado posible, pero esto no garantiza que se sea un buen trabajador, toda vez que las habilidades desplegadas en una y otra relación jurídica no son idénticas. En estos supuestos no se nos ocurre mejor forma de experimentar que la que procura el período de prueba.

6.3.- Los períodos de conocimiento previos: las pruebas de selección, los procesos de formación y el período de prueba.-

6.3.1.- Delimitación conceptual.-

El empresario que decide contratar a una persona para cubrir una necesidad que existe en su empresa, desea contar con el trabajador que mejor se ajuste a sus requerimientos. Por esta razón es frecuente que antes de escoger al candidato, haya realizado un proceso de selección previa para valorar conocimientos, capacidades e incluso actitudes de los sujetos que demandan el concreto puesto de trabajo a realizar.

Este es el terreno donde se desenvuelven las pruebas de selección que tendrán un contenido particular en atención a las necesidades empresariales a cubrir²⁸⁹. De cualquier modo, estas

²⁸⁹ Nos centramos en las necesidades empresariales al opinar que el período de prueba a quien sirve es al empresario. De cualquier manera, si sostuviéramos que la institución analizada también beneficia al

pruebas se revelan insuficientes, pues no logran plasmar genuinamente cómo es el trabajador (y a nuestro juicio, esta afirmación es válida sea cual sea el empleo a desarrollar). La idea clara que el empresario necesita forjarse de su trabajador, no la va a obtener hasta que este no realice exactamente el trabajo encomendado²⁹⁰.

Similar es la conclusión que alcanzamos cuando nos referimos al período formativo previo. El empresario -en ocasiones- somete al demandante de la ocupación, antes de la suscripción de la relación laboral, a un proceso de formación específico y acorde con el puesto de trabajo a desarrollar. Cuando el candidato supera con éxito el iter formativo que ha diseñado, el empleador tiene ciertas garantías de que el resultado de la labor contratada resultará tal y como ha prediseñado. Qué duda cabe, no obstante, que la asimilación de los contenidos en los que consiste la formación no garantiza, no obstante, el adecuado desempeño en el puesto de trabajo.

Una vez superada la selección inicial, el empresario ya sabe que desea contar con esa concreta persona, formalizando la correspondiente relación laboral. Y en este punto, la previsión de un período de prueba le va a facilitar, fundamentalmente al empresario, un cabal conocimiento de cómo se desenvolverá laboralmente su trabajador sin que este período sea una repetición de la misma jugada.

Pero ese deseo empresarial ¿es amparado por nuestro ordenamiento jurídico?. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE²⁹¹, opinan que “el tiempo de prácticas o de formación computan como prueba; no el curso de formación o examen de ingreso, aunque si éstos existen, y más si son rigurosos y competitivos, probablemente se ha de constatar la práctica de las experiencias propias de la prueba y su superación o fracaso”.

DE VAL²⁹² es de la opinión de que “sólo si la empresa posee realmente información directa sobre personalidad, rendimiento,

trabajador, se observa cómo también el período de prueba tiene virtualidad autónoma con respecto a las pruebas que ha tenido que superar, pues ese es el momento de la prueba cuando el trabajador tiene cabal conocimiento de las exigencias y comportamiento empresarial.

²⁹⁰ DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba. Voz para una enciclopedia”. Op.cit., “el elemento fundamental para que el empresario pueda decidir con verdadero conocimiento de causa es el que viene dado por la experimentación del trabajador, por su inserción en la organización empresarial y su dedicación en ella a las normales actividades laborales que constituirán su cometido profesional.”

²⁹¹ ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a E.: *Derecho del Trabajo*, op.cit.,pág. 334.

²⁹² DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 81 y 82, citando STSJ C. Valenciana de 23 de octubre de 1991, Ar.5858, y 9 de julio de 1992 AR 3946. Este autor recuerda a MARTÍN VALVERDE, A. (*El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.191) quien ya indicaba la “muy dudosa necesidad del período de prueba cuando se admiten a trabajadores que han superado satisfactoriamente pruebas de formación específicas para las funciones concretas que van a desempeñar”.

conducta y aptitudes del trabajador, así a través de un curso teórico-práctico de formación impartido con la empresa con quienes van a celebrar seguidamente el contrato, el pacto de prueba constituiría una cláusula abusiva”.

Opinamos que esta afirmación es igual que admitir en la práctica la validez del período de prueba con carácter general en los supuestos que precede un curso de formación, por cuanto entendemos que durante el transcurso del mismo no se puede conocer ni la personalidad, ni el rendimiento, ni la conducta, ni las aptitudes del trabajador. El curso de formación no es una simulación de una relación laboral. En el mismo, el que opta a un puesto no ha de desplegar las mismas habilidades que luego se exigirán para el desempeño continuado de su trabajo; es más que probable que no esté rodeado de las mismas personas que luego le acompañarán en su vida profesional con esa empresa, las actividades a realizar durante el proceso de formación no serán idénticas que las que luego tendrá que ejercitar; en definitiva, por mucho que se haya superado con éxito un período formativo, no hay garantías de que el trabajador se integre en el ámbito organizativo empresarial.

En caso contrario, esto es, que las habilidades sean las mismas, que las exigencias empresariales sean idénticas, que la actividad a realizar coincida como también las personas con las que estará en su futuro puesto de trabajo, entendemos que realmente no estamos ante un verdadero curso de formación sino ante una relación laboral encubierta.

Y, en este sentido, sostenemos la validez del período de prueba tras la superación del curso de formación, a salvo –claro está- de que se acredite que se ha empleado empresarialmente este como un intento para dilatar el momento final del período de prueba, haciéndole preceder de un impropio denominado “período de formación” durante el cual el trabajador está ya prestando efectivos servicios en la organización del trabajo²⁹³.

Vamos, no obstante, a examinar la práctica judicial en torno a este interrogante, para lo cual nos parece de utilidad desglosar este apartado.

6.3.2.- Las pruebas de selección.-

La situación contemplada es la siguiente: el candidato ya ha sido seleccionado como empleado por haber superado exitosamente

²⁹³ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 245, expone la habitualidad de esta práctica empresarial.

la selección empresarial previa. A continuación, una vez que entra en la organización empresarial se concierta un período de prueba.

“En principio, tan sólo cuando, pese al proceso de selección dirigido a comprobar las habilidades técnicas del candidato, el empresario tuviera dudas razonables sobre la aptitud del trabajador sería posible el pacto de prueba” (BALLESTER PASTOR)²⁹⁴ recogiendo la idea ya aportada por MARTÍN VALVERDE²⁹⁵.

Nuestros tribunales se decantan porque la fijación de una prueba en estos supuestos es lícita²⁹⁶, descartándose por tanto que su inclusión sea abusiva.

Especial mención, por su complejidad y por el grado de preparación previa, que exige al candidato, merecerían las pruebas que se regulan para el sector público. Así, la persona que desea pertenecer al ámbito de la Administración Pública -ya sea en calidad de funcionario o como trabajador en el más estricto sentido de la palabra- se verá sometido previamente a la realización de una serie de pruebas o exámenes que valorarán sus conocimientos teóricos y/o prácticos y, una vez superado este, incluso, a una fase en la que se puntuará su experiencia previa en la misma o similar actividad, amén de otros conocimientos que le cualificarán sobre el resto.

No parece descabellado suponer que la persona que ha ido superando cada una de las pruebas, esté en condiciones de asumir la cualidad de “trabajador” para la Administración porque, en definitiva, ha accedido al puesto ofertado cumpliendo con los mandatos contenidos en el art. 103.3 de la Constitución y relativos a los principios de mérito y capacidad.

Pues, a pesar de que haya ido sorteando todos y cada uno de los obstáculos anteriores, el empresario (Administración) entiende que es requisito imprescindible que el trabajador (en el sentido laxo del término) -que tanto ya ha mostrado y demostrado- deje constancia en la práctica de que efectivamente es el mejor de cuantos se han presentado al proceso. Esta demostración se reconduce a la práctica, al día a día, y qué mejor forma de acreditar que se es válido para ese concreto trabajo que “probando” cómo se desenvolvería. Aquí es donde aparece el período de prueba, cuya previsión -a nuestros ojos y pese a no estar contemplada

²⁹⁴ BALLESTER PASTOR M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 36.

²⁹⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 191.

²⁹⁶ STSJ Islas Canarias de 27 de julio de 2009 (AS 2009/2566); STSJ C. Valenciana de 8 de junio de 2011 (AS 2011/2304); STSJ Galicia de 12 de julio de 2011 (JUR 2011/318610), que cita STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007, STSJ Castilla La Mancha de 7 de septiembre de 2005, STSJ Asturias de 26 de diciembre de 2003.

específicamente en la normativa de directa aplicación- no constituye una reiteración de algo ya previamente adverbado, pues el objetivo del periodo de prueba no es el mismo que el que se ha buscado y encontrado con todo el proceso de oposición y/o concurso anterior.

En definitiva, la superación del previo proceso selectivo habrá aportado al empresario tan solo una "mera presunción de capacidad"²⁹⁷ por lo que la suscripción ulterior del período de prueba tiene su sentido específico, todo ello con independencia de que el organismo contratante sea una Administración Pública²⁹⁸.

La licitud del período de prueba en estos casos para nuestros tribunales es diáfana con una sola limitación: que su establecimiento se encuentre diseñado desde sus orígenes, esto es, en la propia convocatoria pública²⁹⁹ o en el convenio de aplicación³⁰⁰, pero aquí termina la coincidencia entre los pareceres judiciales.

Es cuestión controvertida lo que ocurre cuando falta la previsión del período de prueba en las bases de la convocatoria. Alguna resolución se decanta por entender que no es posible fijar posteriormente un período de prueba porque este no se ha contemplado como necesario cuando se previó el modo de acceso a la función pública³⁰¹, mientras que otras sentencias creen que es perfectamente admisible la concreción posterior del período de

²⁹⁷ STSJ Galicia de 26 de marzo de 1999 (AS 1999/451) que cita a STSJ País Vasco de 9 de septiembre de 1996 (AS 1996/3583) y STSJ Cataluña de 20 de marzo de 1995 (AS 1995/1138). En este caso, se trataba de una empresa pública.

²⁹⁸ STSJ Madrid de 23 de marzo de 2009 (JUR 2009/346220). En la STSJ Islas Baleares de 9 de julio de 2004 (AS 2004/3349) se justifica el período de prueba por la propia "pobreza" (las comillas son nuestras) del proceso de selección y la naturaleza de la plaza que había que cubrir (era una empresa pública).

²⁹⁹ STS de 3 de diciembre de 2013 (RJ 2014/1191): "*No es contrario a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad e interdicción de la arbitrariedad el que sea la propia empresa y no el Tribunal calificador el que decide si el trabajador ha superado o no el periodo de prueba. Únicamente en el supuesto de que quedase acreditado que la decisión sobre no superación del periodo de prueba es contraria a los preceptos constitucionales proclamados en el artículo 103 de la Constitución. , procedería a declararse su nulidad*". Destaca la circunstancia de que el período de prueba estaba previsto en las bases de la convocatoria, bases estas que, de otro lado, no habían sido impugnadas por el trabajador afectado; STSJ de Castilla La Mancha de 7 de septiembre de 2005 (AS 2005/2954).

³⁰⁰ STSJ Madrid de 23 de marzo de 2009 (JUR 2009/346220).

³⁰¹ STSJ Castilla La Mancha de 30 de noviembre de 1996 (AS 1996/3944): al "*carecer de lógica constitucional*". De admitirse tal posibilidad, sería como dejar al arbitrio de la Administración la efectiva contratación de alguien que ha superado previamente una oposición y se quebrarían los principios de mérito y capacidad, constituyendo un sinsentido la superación de las pruebas iniciales. Señala que el período de prueba está diseñado especialmente para el ámbito de las relaciones laborales privadas. Evoca a Piqueras Piqueras; STSJ de Castilla La Mancha de 19 de diciembre de 2006 (AS 2007/1810) nulidad de la cláusula de prueba por no preverse; STSJ Castilla La Mancha de 7 de marzo de 2007 (JUR 2007/215836); STSJ Madrid de 7 de mayo de 2007 (AS 2007/3242): El Tribunal salva la licitud del período de prueba no solo porque en las bases de la convocatoria se preveía tal posibilidad, sino también el propio contrato suscrito con el trabajador adecuándose al instrumento convencional que así lo contemplaba y al Reglamento de ingreso del personal al servicio de la Administración General; STSJ de Castilla la Mancha de 29 de abril de 2010 (JUR 2010/232197); STSJ de Islas Canarias de 3 de junio de 2011 (JUR 2011/279930); STSJ Madrid de 18 de octubre de 2013 (AS 2014/84) declarando la nulidad de la prueba por no venir reflejada en las bases de la convocatoria pública.

prueba aunque no haya previsión en la convocatoria general, con base al argumento de la ya reiterada distinta finalidad que tienen y porque, en definitiva, en el período de prueba “ambas partes podían comprobar la idoneidad de su relación y la real eficacia del trabajador para el desempeño del concreto puesto de trabajo encomendado a su ingreso en la empresa (art. 14.1 ET).”³⁰² La prueba, de esta forma, se configura como “el más idóneo ensayo para conocer el acierto en la selección”³⁰³.

De cualquier manera, la sola previsión del período de prueba en la convocatoria pública no supondrá la vinculación automática del trabajador/funcionario a este, sino que habrá de reflejarse en el contrato suscrito³⁰⁴.

Se observa, no obstante, la peculiaridad que presenta el período de prueba en el ámbito de la Administración Pública pues este no nace exclusivamente de la voluntad de las partes, sino que – por exigencia jurisprudencial- se vincula a la previa previsión de la normativa imperante o las bases de convocatoria³⁰⁵. La licitud condicionada del período de prueba es fiel a su naturaleza y no constituye una repetición de exhibición de méritos, pues “mientras la selección es competencia de un órgano examinador y valorador de méritos y capacidad, la valoración de la conducta y personalidad laborales del trabajador es atribuida al empresario como uno de los componentes de su facultad de dirección de la empresa, directamente vinculado al contenido «intuitu personae» que respecto del trabajador es contenido del contrato de trabajo.”³⁰⁶

6.3.3.- Los procesos de formación, las becas y las prácticas universitarias.-

El desempeño efectivo de una determinada profesión o actividad puede venir precedido de un lapso temporal por medio del cual se le ofrece formación al que posteriormente será trabajador. Teniendo en consideración lo anterior, la pregunta que ahora se plantea es si es lícito concertar un período de prueba para el

³⁰²STSJ de Islas Canarias de 22 de diciembre de 2010 (AS 2011/2064); admitiendo la licitud también STSJ Galicia de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003/148607).

³⁰³ STSJ Asturias de 26 de diciembre de 2003 (JUR 2004/68365).

³⁰⁴ GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el periodo de prueba”, op.cit., que al hilo de la voluntariedad en la suscripción de la prueba desciende a este concreto supuesto de hecho.

³⁰⁵ VIVERO SERRANO, J.B.: “La celebración del contrato de trabajo y el período de prueba” en *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Tirant on line [en línea] Disponible en TOL1.517.069.

³⁰⁶MARÍN CORREA, J.M.: “Ingreso mediante pruebas selectivas y período de prueba previsto”, Actualidad Laboral, N° 6, Sección Sentencias Ejemplares, Junio 2014, Ref. 175, pág. 724, tomo 1, Editorial LA LEY, [en línea] LA LEY 3039/2014.

trabajador que previamente había superado un anterior período de capacitación.

Se estima la licitud del período de prueba tras los cursos, fundamentalmente porque la condición de ellos es estrictamente formativa sin que su superación presuponga la capacidad para poner en práctica los conocimientos adquiridos³⁰⁷, amén que durante el período de formación no se pueden valorar los aspectos personales³⁰⁸ de las partes.

Esta reflexión puede resultar válida cuando pensamos en un período de formación eminentemente teórico pero es posible que también incluya prácticas profesionales que de alguna manera se asemejen al cometido que se desplegará posteriormente. En estos supuestos, podemos encontrarnos con pronunciamientos que estiman que el período de prueba sería nulo por cuanto el empresario conocía "las características personales y profesionales"³⁰⁹.

En ocasiones, el dato de inexistencia de relación laboral conduce sin género alguno de duda a admitir que es posible la suscripción de un pacto de prueba en los supuestos de que se llegue a concertar un auténtico contrato de trabajo. Así, si lo que llevó a cabo antes de comenzar a prestar sus servicios, fue un período de formación previo a la contratación en el que no existen los datos definitorios de la relación laboral (no hay dependencia, no hay prestación de servicios y ni tan siquiera existe salario) es factible la suscripción de un período de prueba, por cuanto no existe identidad de funciones y no hallarse el discente bajo la dependencia del empresario³¹⁰.

³⁰⁷ STSJ de Galicia de 26 de marzo de 1999 (AS 1999/451); STSJ País Vasco de 9 de septiembre de 1996, (AS 1996/3583); STSJ Galicia de 19 de enero de 2001, JUR 2001/82364; STSJ Castilla La Mancha de 14 de febrero de 2001 (JUR 2001/147846): se admite el período de prueba cuando previamente existió un curso de formación de carácter eminentemente teórico y cuyo contenido práctico no coincidía con la prestación de servicios finalmente concertada, por lo que el empresario no podía conocer si realmente la actividad laboral del trabajador iba a ser de su agrado o no; STSJ Andalucía de 8 de noviembre de 2002 (JUR 2003/53280).

³⁰⁸ STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2010 (AS 2010/1647): "tales como la integración en el equipo humano de la empresa, las relaciones personales, etc."

³⁰⁹ STSJ Cataluña 7 de marzo de 2003 (JUR 2003/129506).

³¹⁰ STSJ C. Valenciana de 16 de enero de 1996 (AS 1996/126) invocando STSJ Madrid de 15 de noviembre de 1989, Cataluña de 21 de junio de 1994, Castilla y León de 1 de febrero de 1994; STSJ Castilla La Mancha de 24 de enero de 2001 (AS 2001/782); STSJ de País Vasco de 5 de abril de 2005 (AS 2005/810): a mayor abundamiento, en el presente caso las funciones no solo eran distintas de las que más tarde desempeñaría con su contrato de trabajo sino que los monitores no pertenecían a la empresa, por lo que tampoco concurre la identidad de empresario; STSJ País Vasco de 5 de abril de 2005 (AS 2005/2291); STSJ Castilla y León de 17 de octubre de 2007 (JUR 2007/362898) : "Cuestión distinta es que dicho curso previo de formación pudiese encubrir una efectiva prestación de servicios laborales, en cuyo caso como mínimo habría de computarse dicho periodo como tiempo consumido del periodo de prueba"; STSJ Asturias de 5 de diciembre de 2008 (AS 2009/641).

Conforme a la Ley de Relaciones Laborales (Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo): STS de 20 de marzo de 1980 (RJ 1980/1441) que cita STS de 24 de enero de 1976 (RJ 1976/279) y 25 de octubre de

Esta última conclusión, acerca de la pertinencia de la prueba, es aún más clara cuando la empresa que se encargó de la formación del posterior trabajador no es la misma entidad que después asume la posición de empleadora³¹¹.

Así pues, observamos cómo la licitud del período de prueba en estos específicos supuestos se condiciona a que realmente las funciones desempeñadas durante el período de formación no se correspondan realmente con las que posteriormente tendrá que realizar como trabajador o bien que la entidad que impartió formación no es la misma que la posteriormente ostentará la posición de empresaria o a la acreditación de que la relación de formación no fuera laboral en el sentido técnico y preciso.

Similares advertencias con respecto a las becas. Lo verdaderamente interesante, a los efectos de comprobar la licitud o no de un ulterior período de prueba recogido en un contrato de trabajo, es observar la realidad de la prestación de servicios en uno y otro supuesto (esto es, sin mediar relación laboral y cuando ya está concertada esta).

Siendo doctrina asentada la posibilidad de que el becario lleve a cabo actuaciones que redundan en beneficio no solo propio sino de la entidad para la que desarrollará esta actividad, a nuestro juicio lo verdaderamente relevante a fin de señalar la incompatibilidad de un período de prueba tras la finalización del lapso becado, será la identidad o no de funciones entre una y otra relación. Si ambas son coincidentes –o, en su mayoría– nos atrevemos a decir que sería incompatible la prueba por expreso mandato del legislador (se trataría de las mismas funciones³¹²).

Una referencia sumaria a las prácticas en empresa de los estudiantes universitarios. La normativa de aplicación (Real Decreto 592/2014, de 11 de julio) habilita expresamente a la empresa que fuera colaboradora en las prácticas a fijar un período de prueba en los supuestos en los que se proceda a la contratación del estudiante, una vez haya finalizado su preparación³¹³.

1978 (RJ 1978/3797).

³¹¹ STSJ País Vasco de 5 de abril de 2005 (AS 2005/810).

³¹² Nos gustaría destacar la reflexión de MARTÍN VALVERDE en torno a las becas –MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit. pág.246- “Pero estaba en juego, sobre todo, el respeto a la regla de que sólo puede darse un período de prueba de la relación laboral en la fase inicial de la misma, y no después de haber salvado otra u otras fases de prestación de servicios en régimen de provisionalidad del vínculo contractual.”

³¹³ Art.2. 4. Real Decreto 592/2014: “ Asimismo, y en el caso de que al término de los estudios el estudiante se incorporase a la plantilla de la entidad colaboradora, el tiempo de las prácticas no se computará a efectos de antigüedad ni eximirá del período de prueba salvo que en el oportuno convenio colectivo aplicable estuviera expresamente estipulado algo distinto.

Se agradece la rotundidad con la que se expresa la norma aludida (salvando siempre otra consecuencia que se pueda fijar en convenio colectivo de forma explícita), aunque no es más que el lógico y natural efecto del entendimiento de la imposibilidad de reiteración de la prueba. La finalidad de las prácticas académicas externas no es otra más que la formativa, sin que se pueda exigir del estudiante la realización de prestaciones típicamente laborales.

La precisión legal del contenido de las prácticas supone que durante el transcurso de las mismas, el empresario (así como el actual estudiante) desconocen la realidad de la prestación laboral y cómo se desenvolverá esta y ellos mismos. Para atender a estos objetivos se permitirá la prueba en los supuestos de contratación del que ya no ostenta la cualidad de estudiante.

VII.-LA DURACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

7.1.-Los máximos legales.-

Es deducible que el período de prueba –por la propia vocación del instituto- está llamado a finalizar, lo que supone que no podrá perdurar illo tempore.

En este sentido, el art.14 establece: “con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.”

La última reforma³¹⁴ matiza aún más: “En el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo.”

La conclusión inicial que de su lectura parece inferirse es que la acotación temporal de la prueba está relacionada con la titulación del trabajador a contratar y que, también depende de la propia dimensión de la empresa contratante. La tercera referencia es a la duración del específico contrato a suscribir.

³¹⁴ Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre.

Tradicional ha sido el hacer depender los márgenes temporales de duración del período de prueba con la especialización del empleado. Se entiende que un trabajador con un grado superior de formación está llamado a cumplir con un cometido laboral más complejo que aquel otro que no es técnico titulado.

Dado que la prestación de servicios a la que se compromete una persona con titulación puede –al menos desde el plano teórico– entrañar una mayor complejidad, es lógico que para saber si es apto (en el más amplio sentido del término) para la labor contratada precise de un período de tiempo más dilatado que otra persona que asumirá funciones de menor –permítasenos decirlo así– envergadura. Desde el punto de vista del trabajador, la conclusión es idéntica: en este último caso, podrá conocer invirtiendo menos tiempo los entresijos de su ocupación.

La diferencia entre las distintas categorías ostentadas por el trabajador es tradicional en la concepción de la figura de prueba (aun cuando se haya producido la simplificación en el tratamiento como al principio del presente tuvimos la oportunidad de exponer), sin que se pueda tachar de discriminatoria, por cuanto el trato dispar se hace depender de un dato objetivo y real cual es la diferente complejidad entre las ocupaciones enumeradas.

En cuanto a la segunda de las precisiones (el establecer la duración en función del volumen de plantilla) acaso no sea tan clara de fundamentar a priori, constituyendo una novedad que introduce la Ley 11/1994 de 19 de mayo.

La última constricción hace referencia a la duración del contrato suscrito. La diferencia, no obstante, no se plantea con relación a todas las modalidades contractuales sino tan solo a las que regula el art.15 del Estatuto de los Trabajadores, estableciéndose la diferencia entre los contratos de duración inferior a seis meses con respecto a los que sobrepasan este término inicial.

Examinemos paulatinamente las referencias temporales legales.

Si nos remontamos nuevamente a los orígenes históricos de la figura comentada, se puede observar que tradicionalmente la duración legal de la prueba se concebía como una cuestión indisponible para las partes, por cuanto el legislador había realizado una apuesta clara por establecer en el artículo máximos de carácter indisponible. Esta circunstancia suponía que, en la práctica, los contratantes tan solo podían perfilar la duración de la prueba en el sentido de precisar concretamente por cuánto tiempo se iba a extender esta, pero les estaba del todo punto vedada cualquier actuación tendente a la modificación al alza de estos tiempos legales.

De hecho, la tendencia fue que la negociación colectiva no empezara a ocuparse del tratamiento de esta institución hasta la década de los sesenta, apreciándose que son fundamentalmente los convenios de empresa los que dedican su atención a esta materia, fundamentalmente precisando la duración máxima y los extremos relativos a la retribución durante este lapso temporal³¹⁵.

Esta filosofía legal era una fiel respuesta al principio de estabilidad en el empleo. El lapso fijado legalmente era más que suficiente como para que el empresario –fundamentalmente- pudiera conocer las aptitudes de su trabajador³¹⁶. La consecuencia no se hacía esperar: si existía una cláusula convencional que transgredía estos infranqueables límites, se entendía –BARREIRO GONZÁLEZ- “concluido el período de prueba cuando haya transcurrido el tiempo de su duración legal”³¹⁷. La cláusula no era nula íntegramente, sino solo en lo que excedía de los topes normativos.

No obstante la contundencia legal, los conflictos surgieron rápidamente y se produjeron, básicamente, entre la Ley con las ordenanzas y reglamentaciones laborales vigentes, en la medida en que estas señalaban una regulación en cuanto al período máximo de duración del período de prueba que no coincidía con los máximos legales. De forma prácticamente unánime, se estimó que en estos supuestos los sujetos estaban vinculados directamente a la Ley, al Estatuto de los Trabajadores³¹⁸.

³¹⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.92.

³¹⁶ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo* señala como posible precedente la regulación sectorial o las prácticas contractuales iniciales, tal y como indicara con anterioridad PASCUAL ALLEN C “Forma, período de prueba y duración del contrato”, op.cit., pág.73.

³¹⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”, op.cit., pág.49.

³¹⁸ Como muestra: STS de 3 de mayo de 1983 (RJ 1983/2332) el período de prueba previsto en contrato prevalece sobre la norma de derecho dispositivo de la ordenanza, a tenor de lo dispuesto por la normativa laboral que regula el contrato temporal presente; STS de 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5590): la ordenanza se aplica en tanto no se sustituya por convenio (se configura la ordenanza como derecho dispositivo); STS de 6 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6344): el contrato prima sobre lo dispuesto en la ordenanza, por cuanto esta es derecho dispositivo y el contrato respetaba la norma de derecho necesario establecida en el Estatuto; STS de 12 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6365): la ordenanza se aplica sobre la previsión legal por ser norma específica que prima sobre la general; STS de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985/5190): la ordenanza como derecho supletorio. Por el contrario, el art.14 del Estatuto es norma necesaria que “*fija inexorablemente unos límites intraspasables*”; STS de 19 de junio de 1990 (RJ 1990/5486): mantiene la vigencia de las ordenanza como derecho dispositivo al establecer esta un plazo de período de prueba inferior al legal; STS de 21 de enero de 1997 (RJ 1997/624) (fallada conforme a la anterior legislación): se aplica el Estatuto, sobre las previsiones de la ordenanza por cuanto el convenio pone fin a la vida de ésta, con independencia de que la ordenanza haya señalado un plazo más beneficioso para el trabajador (o sea que se admite, al menos implícitamente, que el período de prueba a quien favorece es al empresario) por ser la duración del art.14 de derecho necesario (en aquel entonces); STSJ Madrid de 15 de febrero de 1996 (AS 1996/995) : el convenio hacía una remisión a la ordenanza en todo lo no regulado en él ni en el Estatuto. Se ha de aplicar el Estatuto en cuanto al período de prueba por mandato convencional; STSJ Madrid de 23 de mayo de 1997 (AS 1997/4697): aplica la ordenanza por entender que existe remisión expresa del convenio a la misma; STSJ Madrid de 9 de octubre de 1996 (AS 1996/4212): se ha de tener en cuenta la duración máxima establecida por el Estatuto por encima de las

La situación cambia ostensiblemente con el Estatuto de los Trabajadores de 1994 que, en una firme apuesta por conceder un papel primordial a los agentes sociales, modifica el carácter de derecho necesario de la norma y se inclina por introducir la flexibilidad en orden a la fijación de la duración máxima del período de prueba³¹⁹, constituyendo esta –DE VAL– la “innovación más relevante que ha traído la Ley 11/1994”³²⁰. Esta opción legal es una apuesta decidida por la autorregulación de las relaciones laborales por los agentes sociales sin precedente en la normativa histórica³²¹.

De norma mínima a norma subsidiaria, al concederse a los agentes sociales la posibilidad de convenir con el empresario una duración que no respete los plazos establecidos a través de la Ley³²².

prescripciones contenidas en la ordenanza y los reglamentos apoyándose en STS 6 de abril y 6 de diciembre de 1984 (RJ 1984/2047 y RJ 1984/5190) y 22 de octubre de 1985 (RJ 1985/6344) y 20 de septiembre de 1989 (AS 1989/1430) y 6 de abril de 1995; entra en escena el Estatuto por su “*carácter de derecho necesario*” sobre la ordenanza: STSJ Cataluña de 22 de diciembre de 1995 (AS 1995/4920); STSJ Castilla y León de 19 de abril de 1995 (AS 1995/1340): No puede hacerse valer la ordenanza con base al principio de norma más favorable porque esta máxima supone la necesidad de que exista concurrencia normativa, situación esta que no se produce. El pacto contractual fijando una duración superior a la ordenanza pero respetuosa con el Estatuto de los Trabajadores es válida; STSJ Madrid de 16 de marzo de 1995 (AS 1995/1284) aplica el Estatuto en cuanto a la duración máxima del período aunque no sea el que fijan las ordenanzas y reglamentos; STSJ Castilla y León de 22 de febrero de 1994 (AS 1994/486): “*frente a las normas necesarias no pueden prevalecer por razón de jerarquía y tiempo las sectoriales contenidas en la ordenanza laboral*”; STSJ Cataluña de 10 de enero de 1994 (AS 1994/143): derogación de los períodos de prueba fijados en las ordenanzas, tras la regulación por el Estatuto de 1980 del período de prueba; STSJ Islas Canarias de 23 de noviembre de 1993, AS 1993/4989; STSJ Madrid de 16 de junio de 1993, AS 1993/3154; STSJ Cantabria de 14 de junio de 1993, (AS 1993/2892): la norma contenida en el Estatuto es de derecho necesario (la ordenanza fijaba un plazo menor); STSJ Islas Baleares de 17 de febrero de 1993 (AS 1993/709): no aplicable el principio de condición más beneficiosa porque no están en el mismo nivel jerárquico (el Estatuto y la ordenanza); STSJ La Rioja de 31 de diciembre de 1992 (AS 1992/6009); STSJ Madrid de 3 de diciembre de 1992 (AS 1992/6191): aplica la ordenanza por la remisión expresa del convenio; STSJ Asturias de 30 de octubre de 1992 (AS 1992/4979); STSJ Cataluña de 15 de octubre de 1992 (AS 1992/5114); STSJ Andalucía de 13 de octubre de 1992 (AS 1992/5010); STSJ Islas Canarias de 10 de abril de 1992 (AS 1992/2010); STSJ Cataluña de 5 de marzo de 1992 (AS 1992/1674); STSJ Islas Canarias de 20 de enero de 1992 (AS 1992/65). Sí se le concedió validez a la ordenanza en cuanto ella determinaba una concreción a las categorías que no poseía el convenio ni tampoco el Estatuto.

³¹⁹ Situación totalmente inversa a la anterior con el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y que se traducía en la exigencia de respetar la duración que señalaba la ley con carácter de máximo: STS de 18 de febrero de 1988 (RJ 1988/742): el contrato recogió una duración superior a la prevista por convenio, declarándose su nulidad ex art.3.1.c) del ET (redacción de 1980). No atendible la argumentación empresarial de que en conjunto el contrato era más favorable para el trabajador, porque las condiciones a comparar no eran homogéneas; STS de 19 de octubre de 1987 (RJ 1987/7071); STSJ Madrid de 28 de junio de 1996 (AS 1996/3216); STSJ Castilla y León de 13 de abril de 1994 (AS 1994/1364).

³²⁰ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 66.

³²¹ Es cierto que la Ley de Relaciones Laborales trata de reforzar el papel de los agentes sociales pero, a pesar de la facultad que se les concede en el art.17 de la Ley de 1976, no tenían potestad para prolongar el período de prueba legal.

³²² STS 20 de julio de 2011 (RJ 2011/6680) recordando STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008/701); STSJ I. Baleares de 22 de mayo de 2000 (AS 2000/2526): no rigen los máximos legales sino los que se establezcan por convenio; STSJ Cataluña de 24 de marzo de 2000 (AS 2000/2069); STSJ Cataluña de 26 de enero de 2001 (AS 2001/674): el precepto no es de derecho necesario; STSJ Cataluña de 22 de febrero

Esta es la situación en la que nos movemos en la actualidad y que ha supuesto la novedad más destacada que trajo la reforma: la flexibilidad en las relaciones laborales le gana la partida al principio de conservación del empleo a través de lo que se ha denominado doctrinalmente (DE VAL) la "deslegalización relativa"³²³ o (RIVERO LAMAS) la "deslegalización relevante"³²⁴, también denominada como (SALA FRANCO) "dispositivación"³²⁵.

Esta afirmación supone que el convenio colectivo no solo podrá reducir los tiempos legales de la prueba, sino incrementarlos en atención al sector concreto de aplicación.

El cambio de criterio legal ha obedecido a una intención clara de otorgar a los convenios "una prioridad aplicativa con relación al texto legal, que no se refiere tan sólo a eventuales mejoras para los trabajadores". No estamos, por tanto, ante una "norma mínima, sino una norma meramente subsidiaria respecto de lo establecido en el convenio colectivo"³²⁶ que acaso encuentre su precedente en las iniciales regulaciones sectoriales y prácticas contractuales³²⁷.

Se entiende, por tanto, que el convenio colectivo es el instrumento más idóneo para regular la prueba –su duración– en atención al concreto sector del que se trate, apoyándose de otro lado en la fuerza vinculante de la norma paccionada y su reconocimiento constitucional ex art.37.1 de la Constitución³²⁸.

La solución no es la misma cuando la regulación de la prueba venía dada por una ordenanza, puesto que pasaron a ser derecho dispositivo, careciendo del valor normativo con el que sí se conciben los convenios colectivos³²⁹.

de 2001 (JUR 2001/138344); STSJ de 29 de marzo de 2001, (JUR 2001/155816); STJSJ Extremadura de 9 de febrero de 2006, (JUR 2006/73149): "prioridad aplicativa" del convenio "con relación al texto legal". Concibe al art.14 del ET no como una "norma mínima" sino como "una norma meramente subsidiaria respecto de lo establecido en el convenio colectivo"; STSJ Andalucía de 16 de julio de 2009 (AS 2009/1937).

³²³ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 66.

³²⁴ RIVERO LAMAS, J.: "Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (Una aproximación interpretativa)". Documentación Laboral, núm. 43, 1994, pág. 68.

³²⁵ SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Valencia, 1.994., pág.249.

³²⁶ Sentencia del TSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 2004, AS 2004/1709.

³²⁷ PASCUAL ALLÉN, C.: "Forma, período de prueba y duración del contrato", op.cit., pág. 73.

³²⁸ STSJ de Islas Baleares de 21 de diciembre de 2007 (AS 2008/868): en esta Sentencia, se observa claramente la crítica dirigida a otros tribunales que por aquel entonces tendían a menoscabar la fuerza del instrumento convencional para aplicar directamente las previsiones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores. No obstante, el Tribunal entiende que lo que hacen estos órganos es sustituir la voluntad de los agentes negociadores y que supone "una descalificación directa de la norma paccionada".

³²⁹ STSJ Castilla La Mancha de 15 de junio de 1994 (AS 1994/2768): tras la entrada en vigor del Estatuto, las ordenanzas pasan a formar parte del derecho dispositivo lo que implica que carecen del valor normativo que sí poseen los convenios ex art.37 CE. Así pues, habiéndose pactado en el contrato la expresa duración del período de prueba, habrá que estar a esta previsión; STSJ Castilla y León de 30 de abril de 1996 (AS 1996/1317): prevalece el ET ya que no hay convenio o pacto extraestatutario que

A pesar de ello, y reciente la modificación apuntada, la doctrina ya veía que los instrumentos convencionales iban a servir no para provocar “disminuciones significativas en la duración del período de prueba, sino al contrario”³³⁰, provocando de esta manera la inestabilidad en el empleo y corriendo el “riesgo de que esta figura sea utilizada como una fórmula más de contratación temporal con un plus de precariedad infinitamente superior”³³¹.

La realidad nos muestra cómo la aseveración tan lejana ya en el tiempo que realizara MARTÍN VALVERDE al respecto, no ha dejado de tener vigencia hoy en día: “Salvo raras excepciones, ha faltado a los representantes laborales imaginación o fuerza negociadora para establecer las garantías frente al abuso patronal del período de prueba conseguidas en las prácticas contractuales de otros países. Y lo que es más grave: la regulación convencional no sólo no ha supuesto la introducción de nuevas medidas protectoras, sino que suele ser en este punto netamente regresiva en comparación con la regulación reglamentaria”³³².

Para los supuestos en los que no exista una previsión expresa a través de convenio (“en defecto de”), la norma legal (supletoriamente) sería la que actuara con carácter de máximo, indisponible para las partes contractuales³³³ y, en los supuestos de concurrencia entre convenios autonómico y estatal, prevalecerá este último por imperativo legal (art.84.4 del Estatuto de los Trabajadores)³³⁴, pues si bien es cierto que se parte justamente de la regla inversa (preferencia por la aplicación del convenio de la Comunidad Autónoma) se consideran materias innegociables en el ámbito de la Comunidad, entre otras, la relativa al período de prueba.

regule esta cuestión; STSJ C. Valenciana de 29 de enero de 1998 (AS 1998/832) entendiendo derogada expresamente la ordenanza por la Disposición Transitoria Sexta del RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo; STSJ Asturias de 7 de mayo de 2004 (JUR 2004/259433);

³³⁰ PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: *La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo* en “La reforma laboral de 1994”, op.cit., pág.84.

³³¹ *Ibidem*. Opinamos que si la afirmación ya era cierta en el pasado con relación a la regulación del período de prueba en el contrato de trabajo común, hoy aun tiene mayor actualidad a la luz de la regulación del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

³³² MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 92.

³³³ STS 20 de julio de 2011 (RJ 2011/6680); STSJ Cataluña de 12 de julio de 2002 (AS 2002/2880); STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 2008 (AS 2009/472); STSJ Andalucía de 31 de mayo de 2012 (AS 2012/2326) que cita la del Supremo señalada en primer lugar.

³³⁴ Art.84. 4 ET:” En el supuesto previsto en el apartado anterior, y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el artículo 83.2, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una Comunidad Autónoma el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.”; STSJ Murcia de 2 de julio de 1997 (AS 1997/2946): “*El convenio colectivo regional no puede regular, entre otras materias, el período de prueba, al estar regulada en un convenio colectivo de ámbito superior que está vigente*”.

De esta forma, el contrato –respetando los máximos convencionales o legales- deberá precisar concretamente cuál es el tiempo que se estima para la prueba en la específica relación laboral concertada, permitiéndose que las partes señalen una duración inferior a las que les vincula normativamente.

7.2.- La escisión legal en atención al tamaño de la empresa.-

Apuntamos anteriormente que una de las limitaciones que recoge nuestro legislador en torno a la duración total del período de prueba está en directa conexión con la dimensión de la empresa, distinguiéndose entre las empresas que tienen más de veinticinco trabajadores de aquellas que no llegan a este umbral máximo.

El legislador emplea los siguientes términos:

“En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados”.

La pregunta que a continuación nos asalta es la razón por la cual se distingue entre los períodos de prueba en función del tamaño de la empresa. Algunos autores criticaron desde sus orígenes tal escisión por no obedecer a ningún motivo imaginable³³⁵; otro sector doctrinal ha entendido que el tiempo que precisa una mediana o gran empresa para probar a sus trabajadores es inferior, toda vez que cuenta de más medios –personales y técnicos- para comprobar la aptitud y actitud del trabajador³³⁶; por el contrario, la pequeña empresa tiene a su disposición recursos inferiores, por lo que puede ser necesario invertir más tiempo a fin de observar si el trabajador contratado cumple o no con las expectativas iniciales empresariales, de ahí que la Ley ponga a disposición del empresario un margen temporal superior para concertar la prueba.

No obstante, este argumento sin llegar a ser incierto, no es rotundo (a nuestro juicio). Si la opción legal hubiera sido la contraria (disminuir el período de prueba para las empresas de menos de veinticinco trabajadores) también encontraría justificación. Es

³³⁵ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Notas sobre el nuevo régimen jurídico del período de prueba”, op.cit., “sin que se acierte a ver el porqué de tal distinción establecida en estos términos.”

³³⁶ Esta justificación ha sido manifestada por PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: “La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, op.cit., pág.86.

imaginable que una empresa que tiene pocos trabajadores pueda supervisarlos mejor y estar más atenta al devenir profesional de ellos que una empresa que tiene una plantilla más abultada. De ahí que se hayan alzado voces (BARREIRO GONZÁLEZ) partidarias justamente de un tratamiento inverso³³⁷ al que hoy impera.

Otros autores entienden que el fundamento legal para el diferente tratamiento temporal estriba en el diferente propósito que trata de alcanzar la prueba en una pequeña empresa con relación a la de mediano tamaño. Así, ponen el acento en la vertiente de conocimiento personal que entraña la prueba en las empresas de reducidas proporciones. En este sentido, BALLESTER PASTOR³³⁸ destaca la justificación de la división legal en la importancia del factor subjetivo en las empresas de pequeña dimensión; se entiende, por tanto, que será preciso invertir un tiempo superior para poder conocer los aspectos personales de los trabajadores contratados que entrañan más complejidad con relación a lo que tan solo es el componente profesional. De esta forma, la escisión legal constituye una manifestación más de la protección legal a favor de las empresas de reducida magnitud (SALA FRANCO³³⁹).

De cualquier manera, siendo claro el panorama legal en el que nos movemos, tendremos que despejar una serie de dudas que suscita la lectura del precepto con relación al señalamiento de estas duraciones máximas convencionales.

Hemos reseñado que la diferencia temporal de tratamiento se hace en función de la dimensión de la empresa, pues bien, lo primero que acaso haya que esclarecerse es qué hemos de entender por el concepto de "empresa" a los efectos de la previsión legal.

Empresa, en este sentido y siguiendo a GARCÍA RUBIO,³⁴⁰ no es sinónimo de centro de trabajo. La aclaración es relevante, por cuanto en ocasiones se emplea este último concepto asimilándolo al de la empresa, aun cuando técnicamente se quieran indicar realidades diferentes. En este sentido, se ha de recordar que aun careciendo de un concepto eminentemente legal-laboral de empresa, bien puede entenderse este como "la agrupación de una organización que, además de tener como el centro de trabajo su propia identidad en lo organizativo y de medios materiales, añade el elemento de la unidad de carácter financiero y económico, con autonomía desde este punto de vista, que actúa como una entidad propia en el mercado de bienes y servicios"³⁴¹.

³³⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "Notas sobre el nuevo régimen jurídico del período de prueba", op.cit.

³³⁸ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 22.

³³⁹ SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, op.cit., pág. 118.

³⁴⁰ GARCÍA RUBIO, M.A.: "El desistimiento durante el período de prueba", op.cit.

³⁴¹ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.134.

Por el contrario, el centro de trabajo (ex art.1.5 del Estatuto de los Trabajadores) alude a la unidad organizativa autónoma de producción. Tal y como se infiere, en ocasiones en la práctica la empresa será también el centro de trabajo, siempre que la estructura de la empresa esté compuesta por un único centro.

7.3.- La duración legal para empresas de menos de veinticinco trabajadores: ¿límite de derecho necesario?.-

El diferente margen temporal que dispensa el legislador en función de la magnitud de la plantilla³⁴², pudiera hacernos pensar en que también distinto es su régimen jurídico de máximos. Así, queda claro que para las empresas que tienen más de veinticinco trabajadores³⁴³ se reconoce la prioridad aplicativa del convenio, pero ¿y para el resto de mercantiles?, ¿los máximos que señala el artículo 14 –concretamente el de tres meses para los empleados que no sean técnicos- siguen siendo de derecho dispositivo o, por el contrario, constituyen derecho necesario y por tanto indisponibles para las partes?.

La duda surge de la propia literalidad con la que se expresa el precepto; a diferencia de lo que ocurre con el primer supuesto examinado (el de las empresas que tienen más de veinticinco trabajadores) aquí no aparece la expresión “en defecto de pacto de convenio”³⁴⁴ y esta omisión puede válidamente interpretarse en el sentido de que el legislador estimaba que era inoportuna la referencia por ser redundante o bien que ha sido una omisión que trasciende de la corrección en la expresión lingüística, queriendo indicar que existe otra solución legal diferente a la que se opta para aquellas empresas de mediana o gran dimensión.

La doctrina no es pacífica. BALLESTER PASTOR y DE VAL abogan por la uniformidad en el tratamiento³⁴⁵. De esta forma se señala que el convenio colectivo podrá indicar los plazos de prueba sin verse atado a las prescripciones legales sea cual fuere el tamaño de la empresa.

³⁴² La adecuación a la Constitución del diferente tratamiento dispensado a las empresas que cuentan con menos de veinticinco trabajadores es avalado por el Tribunal Constitucional en Sentencia 6/1984 (RTC 1984/6) en atención a la especial protección otorgada a la pequeña y mediana empresa (cuestión de inconstitucionalidad planteada con base en el antiguo art.56.4 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, Ley 8/1980, de 10 de marzo).

³⁴³ Entendemos que el número de trabajadores a tomar en consideración es el existente en el momento de la contratación, siguiendo en esta línea a lo dictaminado por STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 2000 (JUR 2000/307280).

³⁴⁴ Véase STC 6/1984, RTC 1984/6.

³⁴⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 24.

No obstante, existen voces que se alzan partidarias de un tratamiento distinto para ambas situaciones (así CAMPS³⁴⁶ o LÓPEZ GANDÍA³⁴⁷) y precisan que los topes para las empresas de menos de veinticinco trabajadores sí constituyen derecho indisponible para las partes.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ también se inclina por esta última consideración con base al "valor funcional"³⁴⁸, restándole crédito a la corriente doctrinal que alcanza la conclusión diametralmente opuesta -esto es, la que entiende que la ley es, en todo caso, supletoria-.

Creemos que este autor simplifica en exceso las razones sobre las cuales se asienta el entendimiento contrario al que él propugna. En este sentido, manifiesta que los partidarios de entender los topes legales como propios de derecho dispositivo, también para las empresas de menos de veinticinco trabajadores, descansan su fundamento en que la "regla no busca sino facilitar la gestión de personal en pequeñas empresas". Entendemos, no obstante, que este no es el fundamental basamento en que se apoya la corriente doctrinal criticada; la lectura atenta a este sector advierte que la razón no estriba solamente en la constancia de este dato, sino también -y fundamentalmente- en la concesión legal del papel protagonista a los agentes colectivos. La relevancia legal que se atribuye a la negociación colectiva es el verdadero sustento que explica por sí mismo que no existe una diferencia de tratamiento en uno y otro inciso del precepto.

De otro lado, el autor antes mencionado imputa a esta línea de pensamiento que no explica "por qué la regla opera solo en relación a trabajadores no cualificados"³⁴⁹ (toda vez que no se señala un nuevo período para los técnicos) pero acaso la explicación se encuentra en la circunstancia de que el legislador lo consideró innecesario porque, con independencia de la dimensión de la empresa, el plazo máximo de los seis meses que se recoge para las empresas de más de veinticinco de trabajadores es más que suficiente -con independencia de cuál sea el tamaño de la mercantil- por lo que se hacía fútil (por reiterativo) aludir nuevamente a este límite supletorio.

Y a esta interpretación nos conduce no el "criterio gramatical" al que alude FERNÁNDEZ MÁRQUEZ (entre otras razones porque esta

³⁴⁶ CAMPS RUIZ, L.M.: *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 75, citado por GARCÍA RUBIO, M.A.: "Desistimiento durante el período de prueba", op.cit.

³⁴⁷ LÓPEZ GANDÍA, J.: "Comentarios al art.14.Período de prueba" en *El Estatuto de los Trabajadores y Leyes complementarias. Comentarios de los artículos reformados*, UGT-País Valenciano, Valencia, 1994, pág.30 citado por GARCÍA RUBIO, M.A., "Desistimiento durante el período de prueba".

³⁴⁸ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., TOL4.143.430.

³⁴⁹ *Ibidem*.

expresión adolece del deseable rigor técnico-jurídico), sino la aplicación del artículo 3.1 del Código Civil, por medio del cual se establecen los parámetros hermenéuticos, a saber: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

En lo que se refiere a la opinión judicial, nuestros tribunales se decantan mayoritariamente por entender que es irrelevante el tamaño de la empresa para que el convenio preferentemente regule la duración del período de prueba sin atenerse al máximo legal; no obstante, no podemos dejar de reseñar que existen algunos fallos judiciales proclives a considerar que la referencia legal actúa como derecho necesario, sin que la norma convencional pueda más que rebajar el tope que, con carácter máximo, marca la ley.

Las resoluciones judiciales que avalan la concepción del inciso como derecho dispositivo parten del entendimiento de que existe una "remisión in totum a la negociación colectiva"³⁵⁰ y la necesidad de aplicar las prescripciones contenidas en el ya citado artículo 3.1 del Código Civil.

Las sentencias que hemos encontrado que entienden que en estos supuestos estamos ante una previsión incardinable en derecho necesario lo hacen o bien sin descender a razones³⁵¹ o empleando argumentos atinentes a la jerarquía normativa y el apoyo a la doctrina constitucional y jurisprudencial³⁵². De esta forma se defiende que el convenio colectivo –como fuente de Derecho- debe respetar el contenido de las normas imperativas.

³⁵⁰ STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2012 (AS 2012/3003) en idénticos términos STSJ Madrid de 3 de julio de 2007 (JUR 2007/319093), STSJ Islas Canarias de 14 de marzo de 2006 (AS 2006/1460); entendiendo que los límites legales no son ius cogens: STSJ Madrid de 22 de diciembre de 2009, JUR 2010/92704 y STSJ Madrid de 10 de noviembre de 2009 (AS 2010/399).

³⁵¹ STSJ Murcia de 2 de julio de 1997 (AS 1997/2946); STSJ Madrid de 10 de diciembre de 2002 (JUR 2003/124936); STSJ Madrid de 1 de marzo de 2004 (AS 2004/2656). Establece que la norma contenida en el art.14 relativa a las empresas de menos de 25 trabajadores actúa como máximo, sin que sea factible que el convenio colectivo la reforme in peius. Afirma su carácter de derecho necesario (todo ello a diferencia del primer inciso del precepto legal que sí se establece con carácter subsidiario). STSJ Navarra de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/119508): "Sólo el convenio colectivo podrá establecer una duración superior o inferior a la señalada en el precepto, respetando siempre el tope máximo de tres meses para los puestos no cualificados en unidades productivas de menos de veinticinco empleados. De no existir tal previsión, operará el límite recogido en la ley"; STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006 (AS 2006/461); STSJ Castilla y León de 31 de octubre de 2007 (JUR 2008/45998).

³⁵² STSJ Madrid de 19 de junio de 2000, AS 2000/3257. Hemos de destacar, no obstante, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014 (RTC 2014/119) en el voto particular –y obiter dicta- que contiene sí aparece la mención de que los límites legales en estos supuestos actúan como máximos de derecho necesario.

A nuestro juicio, las resoluciones comentadas –sean del signo que fueren- no fundamentan claramente la razón por la cual se decantan por uno u otro entendimiento. Parten de la conclusión y no expresan el iter por donde discurre el pensamiento que avala la afirmación final.

Somos partidarios de la defensa de un único tratamiento sea cual sea el tamaño de la empresa. La fuente que naturalmente regula la duración de la prueba es el convenio colectivo, pues fue intención del legislador el dotar de primacía a la labor creadora de los agentes negociadores, tal y como se deduce de la propia Exposición de Motivos y del giro que sufre la concepción de los topes máximos con relación a la duración de la prueba. Entendemos que si la voluntad del legislador hubiera sido la de excepcionar el régimen que claramente se establecía para las empresas de mediana y gran dimensión cuando se trataba de una entidad con menor número de empleados, el legislador se hubiera expresado en otros términos en los que claramente se hubiera inferido tal voluntad normativa.

7.4.- El instrumento convencional idóneo.-

El legislador ha optado porque el tratamiento natural del plazo máximo de duración del período de prueba se encauce a través de convenio colectivo, pero no aclara si la llamada es tan solo al convenio colectivo estatutario o queda comprendido cualquier clase de pacto colectivo suscrito con los representantes de los trabajadores.

Baste ahora con recordar, siquiera someramente, la diferencia entre el convenio colectivo estatutario y el que carece de tal carácter. Es solo el primero el que merece la atención directa de nuestro legislador, exigiéndose la confluencia de determinadas notas a fin de que despliegue los efectos erga omnes que le son propios y, en definitiva, se erija en norma jurídica. Como consecuencia precisamente de este carácter normativo, *“el convenio se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales”*³⁵³, consideraciones estas que suponen la *“automaticidad del convenio sobre el contrato de trabajo, sin necesidad de aceptación individual por los distintos afectados”*³⁵⁴.

³⁵³ STC 58/1995, de 30 de abril RTC 1985/58.

³⁵⁴ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: “Eficacia y vigencia del convenio colectivo” en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (León, mayo 2015). Colección de Estudios Laborales. Ed.Cinca núm.18, pág.287 y pág.288.

A diferencia del convenio colectivo estatutario, el extraestatutario carece de la eficacia general característica del que se lleva a cabo obedeciendo las “*exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas por el Título III del Estatuto de los Trabajadores ... gozando únicamente de una eficacia personal limitada o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación*”³⁵⁵.

Partiendo de esta premisa, y según DE VAL³⁵⁶, la única norma que podrá regularlo será el convenio colectivo no otra aunque sea de carácter colectiva. Y dentro de los convenios, se legitiman a todos “sin preferencia por un determinado ámbito de la negociación, es decir, cualquier convenio colectivo (sectorial o no) puede regular aspectos relacionados con la extensión del pacto de prueba”³⁵⁷.

No obstante la afirmación anterior, no debemos dejar de apuntar cómo nuestro panorama laboral –y, concretamente en lo atinente al modelo de negociación colectiva- ha sufrido un importante viraje de la mano, especialmente, del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero (que, más adelante se convalidaría y promulgaría a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio).

Así, con anterioridad a la reforma –y tal y como destacaba DE VAL- “vigente un convenio supraempresarial que regule efectivamente esta materia, se negocia otro convenio de ámbito inferior, éste no podrá volver a entrar a regularlo, por quedar totalmente fuera de la disponibilidad de los convenios de espectro menor”³⁵⁸; en el supuesto de que lo hiciera sería nula la cláusula y por ende inaplicable. Se entendía que “lo que resultaba inadmisibles por la norma era que por los convenios de empresa pudieran afectar a un convenio superior por su propia voluntad dispositiva, como sí se admitía respecto de convenios supra empresariales”³⁵⁹.

No obstante, en la actualidad ha de partirse de la preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial en lo referente a determinadas materias, a saber: “a) la cuantía del salario en sus diferentes partidas; b) el horario y la distribución de los tiempos de trabajo y descanso; c) la adaptación del sistema de clasificación profesional; d) la adaptación de las modalidades de contratación; e)

³⁵⁵ STC 8/2015, de 22 de enero, RTC 2015/8.

³⁵⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Notas sobre el nuevo régimen jurídico del período de prueba*, op.cit.. entiende que la opción del legislador lo ha sido en favor únicamente del convenio colectivo regulado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

³⁵⁷ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 67.

³⁵⁸ *Ibidem*, pág.71.

³⁵⁹ GARRIDO PÉREZ, E.: “Estructura y concurrencia en la negociación colectiva” en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (León, mayo 2015). Colección de Estudios Laborales. Ed.Cinca núm.18, pág.243.

las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Adicionalmente, a través de los acuerdos y convenios colectivos se podrán establecer otras materias adicionales para las que se aplique la preferencia aplicativa del convenio colectivo³⁶⁰.

Así pues, y a los efectos que a nosotros directamente nos afecta, observamos cómo a priori no existe una preferencia de que sea el convenio de empresa el instrumento que naturalmente regule el período de empresa. No obstante, se deja abierta la posibilidad de que colectivamente también se reconozca la prioridad aplicativa del convenio de empresa en lo que se refiere al período probatorio. A nuestro juicio esta sería la deseable situación. Si la norma del art.14 del Estatuto parte de conceder un margen total a los agentes negociadores para regular los concretos lapsos probatorios, en el entendimiento de que son estos los sujetos más idóneos para adecuar la prueba a las realidades empresariales, ¿quiénes mejor que los agentes negociadores de las concretas mercantiles para perfilar con precisión la duración de la prueba?.

Mas estas afirmaciones quedan sustentadas con base a la aseveración de que es un convenio colectivo estatutario el que aborda el tratamiento de la prueba, pues en lo que hace a los convenios extraestatutarios, de nuevo nos encontramos con criterios dispares. CAMPS afirma que son instrumentos aptos para la regulación del período de prueba, con base a que el legislador no la limita a los estatutarios³⁶¹ y en el mismo sentido hemos visto cómo se pronunciaba DE VAL.

En la práctica judicial, en ocasiones, se ha reconocido la plena aplicación de las previsiones del convenio colectivo extraestatutario suscrito por el trabajador. Estas referencias contenidas en el pacto de empresa vinculan al empleado, al ser fuente de regulación de la relación laboral, por cuanto trae su eficacia del art.37.1 CE y despliega la obligación propia a todo contrato, aunque no participe de los efectos erga omnes que sí irradia un convenio colectivo estatutario. Al estar clara la voluntad de los contratantes, se afirma la validez del pacto³⁶².

No obstante, si el convenio extraestatutario se desmarcara del estatutario imponiendo una duración superior a los períodos de prueba que se concierten, tal previsión es nula por no apreciarse mejora alguna en las condiciones pactadas por el estatutario³⁶³.

³⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 544 y pág.545.

³⁶¹ CAMPS RUÍZ, L.M.: "El período de prueba (art. 14, ET)", op.cit. pág. 106.

³⁶² TSJ Andalucía de 12 de enero de 2012 (JUR 2013/237928).

³⁶³ STSJ Madrid de 27 de abril de 2001 (AS 2001/2353). Volvemos a inferir, de la lectura de la Sentencia, que el período de prueba satisface básicamente a los intereses empresariales.

Precisamente este argumento -junto con la imposibilidad de que la llamada a regular esta materia se pueda articular a través de convenio extraestatutario, por no haberse previsto expresamente en el art.14- ha sido la empleada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia³⁶⁴ para negar la aplicación del pacto colectivo en esta materia.

No podrán normar -y por lo tanto no se admite la regulación del instituto del período de prueba- agentes que no tengan tales competencias. Así, la Comisión Paritaria no podrá modificar el régimen que con carácter general se establezca en el convenio, por cuanto este órgano asume tan solo "funciones de interpretación, gestión y administración del Convenio, no extendiéndose su competencia a funciones de naturaleza negociadora cuyo ejercicio implica una acción normativa típica"³⁶⁵.

En ocasiones, los problemas en la vida práctica pueden venir de la mano de determinar cuál es el convenio aplicable en la empresa concreta, para de esta forma saber si el período de prueba concertado con el específico trabajador es o no ajustado a Derecho³⁶⁶.

Otro de los conflictos que se han suscitado en la realidad laboral ha sido el tratamiento que ha de darse al período de prueba en los supuestos de sucesión de convenios. Aplicando la regla o principio "tempus regit actum" se opta por afirmar que la regulación del período de prueba que vincula al trabajador y al empresario es la que fijaron conforme a la normativa convencional originaria³⁶⁷, aun cuando también ha resultado defendible la postura diametralmente opuesta³⁶⁸ considerando que la nueva norma afectaría a la duración del período de prueba, empleando como argumento el contenido en la Disposición Transitoria Cuarta de nuestro Código Civil según la cual el "ejercicio, duración y procedimientos" para hacer valer -en este caso la facultad de extinción que puede conllevar el período de prueba- se acomodan a la nueva norma, lo que a los efectos que nos interesa, supone que la duración de la prueba se ajustará al nuevo convenio.

³⁶⁴ STSJ Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2004 (JUR 2004/317690).

³⁶⁵ STSJ País Vasco de 12 de julio de 2005 (AS 2005/2859) que cita a STS 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/5161).

³⁶⁶ STSJ Madrid de 12 de diciembre de 2000 (JUR 2001/94337) que suscita un problema de aplicación entre dos posibles convenios, el del sector de la hostelería o el de confitería, bollería, repostería y otros.

³⁶⁷ STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2010/29834): argumento que se refuerza también por la interpretación sostenida por la "jurisprudencia clásica acerca de la vinculación de las normas a partir de su publicación" y por la propia intención de las partes contratantes al regular la denuncia y prórroga del anterior convenio. Alude a su sentencia de 14 de marzo de 2005, confirmada por la del Supremo el 5 de febrero de 2007.

³⁶⁸ STSJ Andalucía de 23 de septiembre de 1996 (AS 1996/4881).

De cualquier forma, no será posible aplicar, en los supuestos de ultraactividad, el nuevo convenio si la relación ya ha quedado extinguida conforme a la anterior normativa en aras a preservar el principio de seguridad jurídica³⁶⁹.

7.5.- Los contratos temporales de duración inferior a seis meses.-

La última precisión normativa –en lo referente al período máximo- es aplicable únicamente para los contratos concertados al amparo del art.15 del Estatuto de los Trabajadores cuyo plazo de duración sea inferior a los seis meses. En estos supuestos –y siempre a salvo de que se disponga otra consecuencia a través del convenio colectivo- la duración de la prueba se verá limitada por la aplicación de un tope máximo de un mes.

Constituye una innovación a destacar, por cuanto hasta el año 2.013 (fecha en la que se produjo la adición que ahora comentamos) el lapso de la prueba no se condicionaba a la modalidad –temporal o indefinida- de la relación entablada, con la única salvedad del régimen excepcional establecido para el contrato en prácticas que más adelante examinaremos.

De cualquier forma, y aun cuando es cierto que en el artículo 15 del Estatuto se reseñan la mayor parte de los contratos temporales, no debemos dejar de apuntar que en el mismo no se encuentra ni los contratos formativos (a los cuales se les aplica una garantía específica) ni tampoco los contratos de relevo regulados por el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

A pesar de que consideramos que ha sido un acierto del legislador establecer una limitación de la prueba en los supuestos de contratos temporales, creemos que se pueden suscitar problemas en la práctica que, en su caso, podrían originar conflictos nuevos ante la jurisdicción social.

Así, no acertamos a comprender la razón por la cual el legislador tan solo ha citado a los contratos del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, dejando fuera las modalidades arriba citadas (a excepción de los contratos formativos). Acaso el único motivo ha sido el olvido hacia estas clases contractuales que acaso en el tráfico jurídico laboral son residuales y por esta razón tan solo tenía presente en su memoria las citadas por el artículo 15 en

³⁶⁹ STSJ Madrid de 1 de febrero de 2010 (AS 2010/1329) recordando su propia sentencia de 10 de octubre de 2005, recurso 3284/05. Por su parte, la STSJ Cantabria de 30 de octubre de 2.014 (JUR 2015/14147) plantea un problema de aplicación retroactiva de un convenio publicado tras la extinción de la relación laboral. En este aserto queda acreditada que la extinción contractual se produjo mientras estaba vigente la prueba, vinculando esta antigua norma paccionada a las relaciones laborales.

comparación con las enumeradas en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, con el que sí guarda coherencia.

Pero siendo este un problema que podría plantearse sobre todo en cuanto hace al contrato de relevo celebrado con desempleado (no así si el destinatario es un temporal de la propia empresa, al no poderse suscribir en todo caso la prueba dada la relación anterior con el empresario) nos parecen de mayor envergadura los conflictos que se pueden presentar con relación al contrato para obra o servicio determinado e incluso con el contrato de interinidad.

El contrato para obra o servicio determinado (art.15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores) se concierta para la realización de una obra o prestación de un servicio con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa cuya ejecución aun cuando limitada en el tiempo –y ahora vienen los posibles problemas- es de duración incierta.

La circunstancia definitoria de que el contrato de obra o servicio determinado sea de duración incierta implica que no se conozca cuando se concierta la relación laboral la fecha cierta en la que esta terminará, lo que de otro lado supone que se desconoce su duración y, por ende, si es o no superior a seis meses. Así pues, siendo necesario que el período de prueba quede fijado desde el comienzo de la relación y existiendo en este caso incertidumbre en torno a la duración total de la relación laboral, ¿cuál ha de ser el tiempo máximo de la prueba?, ¿qué ocurriría -en cuanto al máximo de la prueba se refiere- si la duración previsible de la obra o la prestación de servicios fuera superior a seis meses y finalmente no alcanza el umbral previsto?. Creemos que este será un terreno frecuentado para la alegación de abuso de derecho.

Iguales consideraciones hemos de verter con relación al contrato de interinidad. La persona a sustituir –aquella que tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo- podrá ausentarse del puesto de trabajo durante un tiempo cierto y determinado (así en el caso de excedencia forzosa), por lo que el contrato de interinidad que se concierte con el sujeto que le sustituirá incluirá una duración del contrato cierta y segura, lo que a su vez permitirá fijar la prueba en consonancia con el lapso que durará la relación laboral.

No obstante, existen muchas otras hipótesis (nos atreveríamos a decir que en la generalidad de los supuestos) en los que desde el inicio del contrato –cuando se debe concertar la prueba- no se sabe el tiempo exacto de cobertura del puesto de trabajo. Baste pensar en la duración incierta de un proceso de incapacidad temporal. Así pues, ¿cómo se puede fijar la prueba lícitamente desconociendo este extremo?.

Las afirmaciones precedentes nos llevan a aventurar que solo en el supuesto del contrato eventual por acumulación de tareas o exceso de pedidos –en lo que se refiere a modalidades temporales fijadas por el artículo 15 del Estatuto- se tiene la seguridad jurídica del respeto a los máximos legales establecidos en el artículo 14.

Creemos hubiera generado una situación de mayor estabilidad si finalmente se hubieran elegidos distintos parámetros en función de la específica naturaleza del contrato suscrito por las partes. Así, el tope de un mes podía haberse reservado para los contratos eventuales por circunstancias de la producción que no tuvieran una duración superior a seis meses, así como para el caso de los contratos de interinidad en los que se desconoce la fecha fin de la prestación de servicios y haber fijado el mismo máximo invariable para los contratos de obra o servicio determinados o de interinidad en los que no se tiene conocimiento del cese laboral desde el nacimiento de la relación laboral.

De igual modo, y salvo los supuestos de contratos en prácticas, creemos que no existe razón alguna para diferenciar entre el tratamiento dispensado a la prueba de los contratos temporales del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y el contrato de relevo regulado en el artículo 12.7 del mismo cuerpo legal. Ciertamente es que realmente estamos aludiendo a un supuesto residual, por cuanto el período probatorio solamente sería posible en aquellas hipótesis en las que el trabajador relevista fuera desempleado o bien cuando el objeto de su contrato fuera el desempeño de funciones diferentes a las ahora asignadas y, acaso haya sido la excepcionalidad la razón de lo que calificamos como olvido del legislador moderno.

Por último, hay que señalar que claramente el legislador continúa con la línea ya introducida en el pasado de otorgar un papel protagonista a los agentes sociales. De esta forma, los topes que ahora se insertan en la ley se aplicarán a falta de previsiones convencionales específicas.

Entendemos, en este punto, que para desatender el mandato legal se necesitaría que el convenio descendiera concretamente a contemplar el mismo supuesto de hecho (esto es, contratos de duración inferior a seis meses), sin que sea aplicable la previsión convencional si no existe una clara referencia a las modalidades contractuales temporales con relación a la duración de la prueba y lo que tan solo tenemos es la regulación común u ordinaria del período probatorio.

De cualquier manera, esta llamada preferente del legislador a la negociación colectiva enlaza con el apartado en el que examinábamos

si el tope legal para las empresas de menos de veinticinco trabajadores era o no de derecho necesario. Entendemos que si recientemente la norma vuelve a conceder protagonismo a los agentes sociales, se está redundando –a nuestro juicio– en la idea de que todos los plazos (sin exclusión) fijados en el artículo 14 son de derecho supletorio.

7.6.- El fraude de ley y el abuso de derecho en la determinación convencional del plazo.-

7.6.1.- Consideraciones generales: el fraude de ley y el abuso de derecho.-

En la materia que tratamos frecuente es la invocación judicial al fraude de ley y abuso de derecho. Estos conceptos son empleados por la parte afectada por la extinción durante la prueba a fin de generar en el órgano juzgador la consciencia de que el período que se fijara entre las partes no se corresponde con las prescripciones legales a observar.

Concretamente, en el apartado que debemos ahora examinar vamos a observar cómo la alegación de fraude de ley –o, en su caso el abuso de derecho– se expone a fin de conseguir que la duración, ya sea señalada en convenio o fijada en contrato, no se corresponde con la intención a la que claramente va llamada esta figura probatoria: el conocimiento (en el más laxo sentido de la palabra) de las partes, en cuanto este es necesario o incide en la prestación de servicios encomendada.

Por ello, es nuestra intención analizar qué y cuándo hemos de entender que existe fraude de ley y cuándo estamos frente a una conducta que se pueda tildar como abusiva. En este sentido, y dado que nuestra normativa laboral no desciende a tal detalle, es necesario acudir a la doctrina civilista para conocer bajo qué terreno concreto nos desenvolvemos.

Se ha de partir de la idea –aun cuando sea obvia para el lector– de que la forma de contravenir la Ley no es única. La más clara es la infracción de ley que se produce de manera directa (art.6.3 del Código Civil) y que se manifiesta a través de la realización de una conducta claramente prohibida por la norma. En estos casos es nítida la consecuencia jurídica de restar los efectos mal pretendidos a la conducta realizada.

No obstante, junto a estos comportamientos convive un quehacer infractor más oscuro y soterrado que también supone la contravención del Ordenamiento.

A. El fraude de ley.-

Esta última modalidad de lesión a los mandatos legales a la que hemos hecho referencia se le conoce con el nombre de infracción de ley "indirecta u oblicua"³⁷⁰. Es una forma sutil que persigue la misma finalidad que la directa, pero que emplea otros medios y métodos para alcanzar idéntico objetivo. Estamos entonces en presencia del fraude de ley que "se caracteriza por implicar la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva oblicuamente"³⁷¹.

La consecuencia a la que nuestro ordenamiento vincula la actuación constitutiva de fraude de ley es su expresa prohibición por aplicación directa del artículo 6.4 del Código Civil (introducido por la reforma de 1974) y parte de la concepción unitaria y global del ordenamiento jurídico:

"4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir."

Al leer el precepto podemos extraer la siguiente definición sobre el fraude de ley: asistimos a la realización de un acto formalmente amparado en la normativa de aplicación que persigue, no obstante, un fin no permitido por el ordenamiento jurídico. Vemos, cómo aquí la oposición a la norma no se produce abiertamente sino que se da "un rodeo a la ley amparándose en otra norma"³⁷².

Descendiendo en el entendimiento del precepto –gracias a la doctrina científica y judicial–, comprobamos cómo se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a. Presencia de dos normas.
- b. Acto permitido por una norma (la denominada "norma de cobertura" o "norma de conflicto") ya sea esta expresa o tácita (esto es, que el acto no esté prohibido expresamente).
- c. La conducta realizada comporta la inaplicación de otra norma que es imperativa.

³⁷⁰ ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho civil I*, Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2008, pág. 67.

³⁷¹ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, op.cit., pág. 191.

³⁷² ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho civil I*, op.cit., pág. 68.

Esto es, el acto permitido, aquel que se realiza y hemos señalado en la letra anterior, no está protegido suficientemente (pues, de lo contrario, podríamos encontrarnos ante un supuesto de concurrencia normativa).

d. Aun cuando no se exige expresamente por nuestra jurisprudencia, habitualmente existe una clara intención de defraudar por parte de quien actúa.

Así, a pesar de no ser un requisito constitutivo del fraude de ley, sí se aprecia cómo en la generalidad de los supuestos el agente actuante lo hace movido por una intención espuria.

En los supuestos en los que se intuya la concurrencia de fraude de ley, se hace necesario atender al caso concreto para determinar si la norma a aplicar es realmente la que ha elegido el sujeto o bien es otra. Esto es, el fraude de ley necesita ser probado, pues en ningún caso se presume.

La consecuencia, si se aprecia fraude de ley, es la declaración de nulidad del acto, aplicándose automáticamente la norma que se ha pretendido burlar.

Manifestaciones del fraude de ley existen en todos los ámbitos del Derecho, sin que se circunscriba al civil. Es más, nuestro Estatuto de los Trabajadores se hace eco de esta realidad y alude al fraude de ley en varios de sus preceptos³⁷³, aun cuando, estamos qué duda cabe ante una materia eminentemente casuística.

Centrados ya en Derecho del Trabajo -y concretamente en las duraciones máximas que se puedan establecer en convenios colectivos- hay que reconocer que a pesar del preeminente papel que ostentan los agentes negociadores en la determinación de los tiempos máximos del período de prueba, esta libertad no es omnímoda, sino que la facultad de regulación ha de emplearse con mesura y equidad a fin de respetar la concepción natural del mecanismo de la prueba.

B. El abuso de derecho.-

Actualmente contemplado en el art.7 del Código Civil bajo los términos que a continuación se reflejan:

“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su

³⁷³ Art.15.3, art.40.1.5º párrafo, art.41.3, 4º párrafo, art.51.1. in fine del Estatuto de los Trabajadores.

autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

Responde el precepto con éxito a la concepción moderna del ejercicio de los derechos supone inexorablemente su ajuste a un principio imperante en las relaciones jurídicas, el de buena fe, constituyendo este axioma la limitación de la plasmación de los derechos subjetivos.

De esta forma se ha desplazado la antiquísima concepción que se resumía a través del brocardo “qui iure suo utitur, neminem laedit”.

Ya desde la Edad Media hasta el siglo pasado se fue elaborando una doctrina que surge tímidamente a través de los actos de emulación (que se aplicaban a las relaciones de vecindad) por medio de la cual se reprobaban los actos que aunque estuvieran amparados en la legalidad vigente, se “llevaban a cabo sin provecho propio y con la sola intención de perjudicar a otro”³⁷⁴.

La construcción quedó cerrada en el siglo XX sobre todo gracias al aporte francés, aun cuando en la actualidad los países de nuestro entorno (Italia, Suiza) precisan y plasman este límite al omnímodo ejercicio de las facultades subjetivas. De esta forma, los derechos encuentran su límite en el ejercicio antisocial del mismo.

Desde el plano teórico es posible sostener dos tipos de interpretaciones acerca del abuso de derecho. La primera, calificada de subjetivista, pone el acento en la necesidad de que exista un interés claro de procurar un daño a otro³⁷⁵; a través de la segunda, objetiva, la intención no es lo que define al abuso sino el ejercicio considerado anormal, antisocial o contrario a la finalidad a la que va naturalmente destinado.

La primera línea argumental se topa con una dificultad añadida, cual es la necesidad de probar ese animus. De igual forma, si nos inclinamos por esta tesis quedarían fuera del ámbito de protección

³⁷⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Parte General. Volumen III. Elementos de Derecho Civil*. Dykinson. Madrid, 2005, pág.107.

³⁷⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1985 (RJ 1985/67) –recordando la del mismo Tribunal de 2 de febrero de 1984 (RJ 1984/822)- indica que el presupuesto para la apreciación de abuso de derecho es “*que se ejercite el contenido de un derecho sin utilidad para su titular y con el fin exclusivo de causar daños a otros, por lo que no se incide en él cuando se ejercita una acción con base en un precepto legal*”.

conductas que no pueden ser calificadas como intencionadas pero que, sin embargo, son en sí mismas abusivas.

De ahí que necesariamente tengamos que inclinarnos a favor de la variante objetiva que requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos que fueron puestos de manifiesto por la ya lejana Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1.944 (ponente CASTÁN COBEÑAS) y que después han sido reiterados en otros asertos del Alto Tribunal. De esta manera, en un principio, dada la ausencia de la consagración legal de la proscripción del abuso de derecho, fue la doctrina científica y la elaborada por nuestros tribunales las que basaban aquella prohibición en la aplicación de los principios generales del derecho y la costumbre, lo que a su vez suponía vincular toda esta teoría con la idea de la responsabilidad extracontractual³⁷⁶. Los requisitos señalados hacían referencia a:

a. Ejercicio de un derecho amparado por la Ley.

El presupuesto ineludible es disponer de la titularidad de un derecho.

b. El dato que nos hace inferir que estamos ante un supuesto de abuso de derecho es la forma bajo la cual se va a ejercer ese derecho, por cuanto se lleva a cabo por encima de los límites considerados como propios a un ejercicio normal del mismo.

c. La actuación es abusiva o bien cuando la intención del autor está presidida por un ánimo de causar daño a otro o bien cuando objetivamente, en función de las circunstancias bajo las cuales se despliega la actuación del titular del derecho o por el objeto perseguido puede calificarse de esta manera.

Se concluye que estamos frente al abuso de derecho subjetivo no solo cuando el motor de la actuación es ocasionar un daño a otra persona, sino también cuando se es conocedor que esta lesión se produce y no se cesa en el comportamiento que la ocasiona. De igual modo, seguimos ante un abuso de derecho subjetivo cuando el beneficio conseguido por el que ejercita su derecho es manifiestamente desproporcionado.

d. Se provoca un resultado dañino.

La normalidad en el ejercicio de un derecho es una cuestión que nos remite al concreto presente, sin que se pueda determinar a priori.

³⁷⁶ “El abuso de derecho en el Código Civil Español” en *La moderna configuración de la doctrina del abuso de derecho*. Monografías. Aranzadi Digital [en línea]. Disponible en BIB 2014\5088.

Se exige, por tanto, una atenta observación acerca de cuáles son las costumbres históricas específicas a fin de conocer si ese ejercicio de la facultad de la que uno es titular es normal o no.

Esta aseveración nos lleva a incluir dentro del concepto de abuso de derecho el ejercicio extemporáneo de la facultad por su titular. En este caso habrá que examinar también cuáles fueron las circunstancias bajo las cuales se plasmó el derecho, por cuanto son merecedoras de la calificación de abusivas las conductas que por el tiempo, lugar u ocasión denoten también un ejercicio antisocial de la potestad.

La antisocialidad referida en el ejercicio del derecho no se circunscribe en la intención de ocasionar un perjuicio a un tercero o en la obtención de un fin ilegítimo, sino que también puede venir conformada por un exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, por cuanto su titular "actúa sin un fin serio y legítimo"³⁷⁷.

De igual modo, es exigencia que la lesión que se provoca al interés de otro individuo no se halle tutelada por "una concreta prerrogativa jurídica"³⁷⁸. Es decir, no podríamos hablar en puridad de abuso de derecho si existe una norma jurídica que autorice la realización de una determinada actividad o actuación y, como consecuencia de su ejercicio se ocasiona un efecto perjudicial para otra persona. Dado que el precepto legal no descende a los detalles concretos, se hará necesario analizar casuísticamente cada situación a fin de comprobar cuál ha sido la intención del autor, el objeto de su conducta y las circunstancias bajo las cuales se desarrolla.

La doctrina del abuso de derecho y de infracción de ley extiende sus efectos más allá del ámbito civil³⁷⁹ dado el emplazamiento del precepto legal (Preámbulo del Código Civil) y, concretamente, en el orden laboral se observa su directa aplicación.

Tradicionalmente, en la jurisdicción social, se ha proseguido con el entendimiento de que el abuso de derecho no se presume (tiene que inferirse de las condiciones que rodean a cada caso en concreto) sino que para que concurra se hará necesario que se ejercite "el contenido del derecho sin utilidad para su titular y con el exclusivo fin de causar daño a otro, por lo que no se incide en él cuando se

³⁷⁷ "El abuso de derecho en el Código Civil Español", op.cit.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ Otra de las manifestaciones concretas la encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, que en su art. 11.2 dispone: "Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal".

ejercita una acción con base en un precepto legal”³⁸⁰. En definitiva el abuso de derecho consiste en una decidida intención de la parte de burlar la aplicación de la norma que ocasiona daños a terceros³⁸¹.

Así pues, teniendo presentes los presupuestos antes mencionados, observaremos cómo en la materia que hoy centra nuestro interés, se emplean reiteradamente estos parámetros a fin de determinar la licitud o no de las facultades extintivas que conlleva la celebración del pacto de prueba e incluso de la propia concertación de la cláusula ya sea vía convenio o a través del contrato.

7.6.2.- La aplicación de la doctrina del abuso de derecho o fraude de ley a la determinación de la duración de la prueba.-

Permítasenos poner un ejemplo exagerado. Imaginemos que las partes negociadoras han llegado a un acuerdo en el sentido de que las nuevas incorporaciones laborales se vean sometidas a un período de prueba de cinco años con independencia de la labor y/o titulación que realizan y ostentan. Si se permitiera esta situación, el nomen de “período de prueba” realmente no estaría respondiendo a la finalidad a la que viene llamado este lapso (básicamente porque por muy complejas que sean las tareas a desarrollar es ciertamente llamativo que se exija un lustro para comprobar si se ejercen conforme a los deseos empresariales) pudiendo emplear esta vía para en realidad crear contratos temporales acausales³⁸² en abierta contradicción con los deseos de inspiración legal y, además, estaríamos contraviniendo el principio que como norma general inspira todo el capítulo de extinción contractual convirtiéndose lo que debe ser una excepción (la falta de motivación en las extinciones contractuales) en una norma de aplicación general en la práctica.

De cualquier manera, el ejemplo como hemos dicho al principio es exagerado. Debemos estar con BALLESTER PASTOR³⁸³: “...no

³⁸⁰ STS de 16 julio 1982 (RJ 1982/4632); STSJ de Islas Canarias de 14 de marzo de 2006 (AS 2006/1460): recoge las notas ofrecidas por el art.7.2 C.C; STSJ La Rioja de 11 de abril de 2000 (AS 2000/1969); STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 2004 (AS 2004/1709).

³⁸¹ STS de 16 de julio de 1982, RJ 1982/4632.

³⁸² DE VAL apunta que si el convenio colectivo señala un plazo de duración bastante extenso se corre el riesgo de emplear esta figura y no recurrir a la contratación temporal. (DE VAL TENA, A.L.:*Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.134): “De todos modos, la aceptación por los convenios colectivos de períodos muy extensos supone, a la postre, “una desvirtuación de la razón de ser de la institución del período de prueba, pues, aunque se aleguen razones objetivas y por muy cualificada que sea la actividad productiva de los trabajadores sometidos al mismo, parece a todas luces excesiva tal duración, ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido”; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma”, *Relaciones Laborales*, 1997, núm.2, pág. 54: el autor analiza también la conexión entre la función de la contratación temporal como medio que puede servir para seleccionar a los trabajadores que, con posterioridad, van a ser contratados indefinidamente por la empresa y la admisión de dilatados períodos de prueba con la misma finalidad.

³⁸³ BALLESTER PASTOR, *El período de prueba*, op.cit., pág.83.

puede entenderse, a priori que el establecimiento de duraciones elevadas del período de prueba vulnere la institución de la prueba y constituya abuso de derecho”; no obstante las excesivas duraciones convencionales podrán atacarse a través de la vía que dispensa el art.6.2 del Código Civil, constituyendo este el límite a la libertad negocial³⁸⁴.

La necesidad de adecuar los tiempos de la prueba a la realidad de los servicios contratados es la idea latente en la fijación convencional del concreto lapso que vinculará a las nuevas contrataciones; pero la exigencia de que las partes negociadoras señalen una duración adecuada y proporcionada no es una afirmación incoherente con el deseo del legislador de que la regulación natural de la prueba se canalice a través de la negociación colectiva.

En definitiva, la posibilidad de que el convenio no garantice la proporcionalidad de la duración de la prueba no le resta ni un ápice de importancia al instrumento que tiene la capacidad natural de fijar los tiempos máximos de la prueba. En este sentido, y a pesar de las limitaciones con las que se encuentra tanto la institución de la prueba como el resto de institutos jurídicos, no podemos negar –siempre a nuestro juicio- que “la negociación colectiva sea completa o plenamente libre”³⁸⁵. Por supuesto que es completa, aun cuando no sea absoluta y de aplicación inexorable y todo ello a pesar de que necesariamente se encuentre inspirada, y acaso limitada, por los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico.

Pensemos en otra situación expuesta por TODOLÍ SIGNES³⁸⁶ que tras examinar el planteamiento contenido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2003, recuerda que pueden existir situaciones en las que los “trabajadores ya empleados negocian las condiciones de contratación (negociables mediante convenio colectivo) de los trabajadores que aún no están en la empresa. Esto provoca que los trabajadores ya empleados, con objeto de mantener las condiciones existentes o mejorarlas, pacten con la empresa elementos de precarización para los futuros trabajadores.”

³⁸⁴ *Ibíd*em, pág. 26. Asentimos a las conclusiones de la autora, mas entendemos que es esta una materia susceptible de ser atacada a través de la doctrina del fraude de ley y no del abuso de derecho, todo ello a pesar de las difusas fronteras que en la práctica pueden existir entre ambas. En este sentido, nos remitimos a lo que más adelante se señalará acerca del abuso de derecho.

³⁸⁵ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “El período de prueba en el contrato de trabajo”, *op.cit.*, TOL4.143.430.

³⁸⁶ TODOLÍ SIGNES, A.: “Glosa judicial. Límites a la duración del período de prueba (Comentario a la STS de 20 de julio de 2011, rcud 152/2010)”, *Actualidad Laboral*, nº 4, Sección Estudios, Quincena del 16 al 29 Feb. 2012, Tomo 1, pág. 420, Editorial La Ley.

Es en este momento cuando debemos acudir a la doctrina formulada en torno al fraude de ley. Es decir, si se apreciara –y acreditara– este en la fijación convencional del plazo máximo de duración del período de prueba, la previsión colectiva dejaría de aplicarse³⁸⁷, eliminando –entre otros– el riesgo de abrir un cauce ajeno a la ley estatal para la creación de contratos temporales acausales³⁸⁸.

7.6.3.- Los efectos de la apreciación del fraude de ley en la determinación convencional del plazo.-

El tribunal, en los supuestos en los que se alegue fraude de ley en la estipulación convencional que fija los plazos del período de prueba, podrá entrar a valorar las circunstancias concurrentes para decretar la ilicitud de la cláusula, pues “el fraude de Ley debe actuar como límite a la libertad negocial para que con la intención de mantener las condiciones de los trabajadores ya empleados no introduzca elementos de precarización.”³⁸⁹

Si finalmente se aprecia fraude de ley, la consecuencia ineludible es la declaración de nulidad de la previsión convencional.

El efecto de nulidad, no obstante, podrá ser obtenido ejercitando dos posibles vías, una de efectos individuales y otra cuyo pronunciamiento se irradiará a la generalidad de los trabajadores afectados por el convenio y por la prueba denunciada, impugnándose el convenio por quien esté legitimado para ello y por el procedimiento establecido al efecto.

El cauce procesal para obtener un pronunciamiento de nulidad de la cláusula del convenio colectivo que descende al detalle de

³⁸⁷ STSJ Cataluña de 19 de octubre de 2000 (AS 2000/3465); STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 2001 (AS 2002/1263): supletoriedad de la regulación legal en relación a lo establecido por convenio. A pesar de ser esta la regla general, la conclusión sería diametralmente la opuesta si el convenio en su regulación incurre en abuso de derecho o fraude de ley (art.6.4 y 7.2 CC) pues en las relaciones laborales ha de concurrir la buena fe contractual, tal y como indica –a los efectos que nos atañen– el art.49.1.b) ET. Cita su anterior sentencia de 19 de octubre de 2000 (AS 2000/3465); STSJ C. Valenciana de 8 de julio de 2009 (AS 2009/2327); STSJ Madrid de 10 de noviembre de 2009 (AS 2010/399).

³⁸⁸ STS 20 de julio de 2011 (RJ 2011/6680); STSJ Cataluña de 14 de febrero de 2003 (AS 2003/1701): “Cosa diferente es que ya la duración convenida colectivamente fuera de por sí tan amplia que efectivamente ocultara la realidad de una especie de contrato temporal no causalizado, y desde luego, no permitido por las disposiciones legales «de Derecho necesario» del ET.”

³⁸⁹ STSJ Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004/2287): “Aunque la libertad con la que cuenta el Convenio Colectivo para regular las características del período de prueba parece total, hay que entender que duraciones excesivamente largas del mismo van en contra del espíritu de la institución. De hecho, cuando en otros supuestos de contratación se ha permitido que la negociación colectiva establezca duraciones diferentes a las establecidas con carácter general en la norma legal, esta posibilidad se ha condicionado a la existencia de circunstancias que lo justifiquen (por ejemplo el art. 15-1-b) ET contratos eventuales). Por ello, el fraude de Ley debe actuar como límite a la libertad negocial para que con la intención de mantener las condiciones de los trabajadores ya empleados no introduzca elementos de precarización. Tesis compartida por la doctrina (Sala, Ballester, López Gandía)”.

regulación del lapso probatorio podrá ser la propia a la impugnación del convenio colectivo o bien la que tiene por objeto la promoción del conflicto colectivo. En ambos supuestos, se haría necesario denunciar el precepto concreto de la norma convencional ante la jurisdicción social y la hipotética declaración ulterior de nulidad supondría la desaparición de la cláusula en la que se preveía la excesiva duración. En estos casos la inaplicabilidad tendría efectos erga omnes, por lo que desaparecería de todos y cada uno de los contratos que hubieran previsto la prueba conforme a los topes convencionales, los cuales se reconducirían a los máximos legales.

Pero, también es posible contraer el pronunciamiento judicial solo a las partes litigantes (efecto individual). Esta situación se generaría cuando el trabajador concretamente afectado por la extinción durante el período de prueba arbitrara un procedimiento de despido, a fin de declarar que la finalización de su relación laboral no es ajustada a Derecho, siendo la razón del desajuste la excesiva duración pactada del período de prueba. En este procedimiento, el afectado trataría de hacer valer la nulidad de la cláusula contractual, invocando que la duración convencional es "excesivamente dilatada" sin que obedezca a la "finalidad y funciones...del instituto del período de prueba"³⁹⁰.

En este último supuesto analizado no se dilucida la supresión del artículo del convenio que verse sobre la duración de la prueba. El pronunciamiento judicial se constriñe a dilucidar si hubo o no despido. Despido existirá en el supuesto de que se apreciara el fraude de ley, pues la extinción amparada en un período de prueba que en realidad no lo es, tan solo puede calificarse como tal; este despido será calificado de improcedente al no existir una causa legal que permita imputar un comportamiento culpable al trabajador y no haber sido comunicada su falta conforme a las prescripciones señaladas imperativamente por el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Con base a esta aseveración, entendemos que no es objeto del pleito el análisis en abstracto de la cláusula, sino que tendrá que ceñirse exclusivamente esta al concreto supuesto que se trate de escrutar³⁹¹.

En cualquiera de las hipótesis (ya tenga efectos colectivos o constreñido a las concretas partes procesales), vemos cómo se

³⁹⁰ STS 20 de julio de 2011 (RJ 2011/6680), citada por STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2011 (AS 2011/3139).

³⁹¹ A diferencia de la STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004/2287) en el que se realiza un análisis en abstracto de la estipulación convencional, la del TSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 2004 (AS 2004/1709) a nuestro juicio realiza un examen más exquisito al vincular la cláusula al supuesto a dirimir.

trataría de hacer valer que el período que se refleja convencionalmente es excesivo, al no venir “determinado por el tiempo suficiente para que el empresario pueda considerar apto al trabajador para el puesto ofertado”³⁹².

Partiendo de la argumentación precedente, el órgano de instancia deberá examinar la pertinencia de la cláusula convencional. Acaso, la primera “pista” o indicio será la excesiva duración con relación a los tiempos legales³⁹³ y tras dejarse constancia de esta circunstancia, un dato relevante a analizar será si el establecimiento es o no arbitrario con relación al concreto trabajo a desempeñar³⁹⁴.

En definitiva, se trata de analizar si la duración fijada atendía a la finalidad de la institución y, concretamente, si es necesario que discurra todo este lapso temporal para que las partes se conozcan y, específicamente, para que el empresario “pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido”³⁹⁵.

Esto supone que no existen soluciones a priori, siendo preciso examinar cada situación para comprobar –a la luz de la ocupación ejercida- si efectivamente el tiempo de prueba se ajusta a los objetivos de la institución.

Mas, las consideraciones antes vertidas sobre fraude de ley y abuso de derecho son recurrentes en la doctrina judicial, pudiendo invocarse no solo en lo que se refiere a la duración excesiva de la prueba sino ante otras situaciones que supongan, por ejemplo, una

³⁹² STSJ Madrid de 26 de diciembre de 2007 (AS 2008/612).

³⁹³ STSJ Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004/2287): el plazo para los contratos indefinidos era de tres años. El Tribunal afirma que “*hay que entender que duraciones excesivamente largas del mismo van en contra del espíritu de la institución*”; STSJ de Galicia de 20 de abril de 2012 (JUR 2012/163545) citando STS de 12 de noviembre de 2007

³⁹⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 83: las duraciones elevadas del período de prueba han de estar justificadas en atención a las “peculiaridades del puesto”. Esto supone que, a juicio de esta autora (ibídem, pág. 84) “la posibilidad de duraciones elevadas del período de prueba establecida en estos convenios colectivos no legitima su establecimiento automático en los contratos individuales, a menos que quede justificada por las características concretas del puesto de trabajo”.

³⁹⁵ STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008/701). A los genéricos fines del instituto probatorio se pueden unir otros específicos (pensemos en la formación), así la STSJ Andalucía de 15 de febrero de 2007 (JUR 2007/126633). En este asunto judicial el convenio señalaba una duración del período de prueba para el personal de ventas de dos años, justificado en el período de formación que precisan estos trabajadores. Tras asentar la idea de que “*La aplicación de lo dispuesto en los convenios colectivos no es automática*”, estima adecuado el lapso temporal por la circunstancia de que está pactado en contrato. Nos parece algo pobre la argumentación. Entendemos que en principio el plazo establecido es demasiado extenso, pero además al estar condicionado a la formación continua del trabajador, entendemos que lo oportuno es analizar qué cursos (formación) ha recibido el empleado y la entidad o grado de dificultad de los mismos antes de determinar si es o no ajustado a Derecho, pues la mera circunstancia de que formalmente esté bien concebido o planteado el período de prueba, no obsta para que materialmente pueda ser considerado como ilícito.

actuación empresarial tendente a forzar al trabajador una respuesta que pudiera suponer la renuncia a derechos adquiridos³⁹⁶

7.6.4.-El fraude de ley y el abuso de derecho en la doctrina del Tribunal Supremo.-

Partiremos del pronunciamiento dictado por el Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007³⁹⁷. En este se analiza si era o no abusiva la cláusula contractual de prueba de dos años –fijada de conformidad con las previsiones convencionales- que vinculaba a un trabajador cuya categoría profesional era la propia a un “promotor de entrada”.

El trabajador concretamente afectado por la decisión de extinción unilateral de su empresa invocó abuso de derecho, provocando que el tribunal se planteara si la duración fijada para la prueba atendía a la finalidad de la institución legal y, concretamente, si era necesario que discurriera todo este lapso temporal para que las partes pudieran conocerse laboralmente y, específicamente, para que el empresario “pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido”. Para analizar el problema se hizo necesario examinar las concretas funciones desempeñadas por el trabajador contratado bajo la indicada categoría profesional de promotor de entrada, señalándose en este punto que las obligaciones laborales de este se ceñían a “la captación de clientes para anunciarse una guía telefónica”.

Una vez puesto de manifiesto las tareas concretas a desplegar por el trabajador, se observa cómo estas no revisten una complejidad ni excesiva ni especial por lo que resulta desproporcionado exigir un período de prueba tan dilatado.

Esta inicial conclusión de abusividad no resulta desvirtuada por la justificación convencional. En efecto, el convenio establecía que el período de prueba era de dos años por cuanto se hacía necesaria la formación del trabajador, pero ni consta que esta se impartiera en la práctica ni cuál fue su duración. Pero es más, objetivamente y contemplando tan solo las características del puesto de trabajo no parece lógico ni adecuado a las funciones el requerimiento formativo tan dilatado.

³⁹⁶ Así, en la STSJ La Rioja de 11 de septiembre de 2007 (JUR 2007/354748) entiende que el cese es constitutivo de despido y que este ha de ser calificado como improcedente, toda vez que la extinción del período de prueba se produce una vez que el trabajador –que estaba unido a su empresa con un contrato indefinido- se niega a suscribir contrato temporal con diferentes condiciones laborales. Contrario a los principios de buena fe, apreciándose manifiesto abuso de derecho.

³⁹⁷ RJ 2008/701.

Estas consideraciones llevan al Tribunal a apreciar la existencia de abuso de derecho por cuanto se ha desvirtuado la razón de ser del instituto probatorio.

No ha sido esta la única oportunidad del Alto Tribunal de examinar la duración del período de prueba en relación con el abuso de derecho y el fraude de ley. Posteriormente, a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2011³⁹⁸ se reiteran los anteriores argumentos de fondo, declarándose la nulidad del período de prueba de un año establecido para los trabajadores adscritos al grupo profesional de ventas.

De todo lo expuesto, se observa cuán relevante será en el procedimiento judicial tendente a la declaración de nulidad de la prueba, el establecer claramente cuáles son las funciones concretas a las que viene llamado el trabajador pues cuanto menos complejas sean existen menos posibilidades de justificar con éxito duraciones excesivas de la prueba (para lo cual, el módulo de comparación a efecto orientativo bien puede estribar en las previsiones supletorias de la ley). Si, además, durante el período de prueba previsto tampoco se puede justificar que existió una formación real y continua del trabajador, las posibilidades de apreciación de invalidez de la cláusula probatoria se incrementan, al colocarse al trabajador en una clara situación de "precariedad laboral"³⁹⁹.

En este sentido, entendemos que dada la delgada línea de separación que existe en la práctica para deslindar el abuso de derecho y el fraude de ley, bien podrían invocarse juntos para fundamentar la posible demanda tendente a la nulidad de la cláusula convencional o a la declaración de improcedencia del despido. Se observa cómo los propios tribunales aluden las dos doctrinas en sus asertos, sin decantarse exclusivamente por una de las dos⁴⁰⁰.

Acaso la disquisición acerca de si nos encontramos, en los supuestos de ilicitud de cláusula convencional, ante un supuesto de fraude de ley o abuso de derecho es una cuestión que tan solo tiene cabida en el plano teórico. De cualquier manera, y aunque pueda participar de las consideraciones que se efectúan en torno a la apreciación de abuso de derecho, entendemos que realmente al desfigurar la institución probatoria en las hipótesis en las que se señala un período a todas luces excesivo se está incurriendo en fraude de ley, pues la pretensión clara del empresario estriba en

³⁹⁸ RJ 2011/6680

³⁹⁹ STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 2004, AS 2004/1709.

⁴⁰⁰ A título de ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2011 (RJ 2011/6680) se invoca el fraude de ley que se produciría por la inaplicación en la práctica –ante duraciones excesivas del período de prueba- de las normas que regulan los contratos temporales. Finaliza su Fundamento de Derecho declarando abusiva la cláusula.

obviar las normas imperativas de contratación temporal y el régimen común y ordinario de la extinción, para poder deshacerse –si ese fuere su deseo- del trabajador sin tener por ello que asumir consecuencias pecuniarias de ningún tipo.

¿Y qué tienen que aportar nuestros Tribunales Superiores de Justicia?. Es cierto que las líneas maestras ya están diseñadas por el Tribunal Supremo⁴⁰¹, pero al ser esta una materia eminentemente casuística sí debemos descender a las situaciones de hecho concretamente presentadas a fin de conocer si se respeta o no la Ley.

No reflejaremos aquí⁴⁰² los fallos judiciales anteriores al primer pronunciamiento del Supremo ciñéndonos a la cuestión que se debate en suplicación tras el año 2.007, fecha a partir de la cual se asienta la doctrina general aplicable en materia de duración del plazo de la prueba.

Así, se ha descartado la presencia de abuso de derecho y/o fraude de ley para los supuestos de duración de un año cuando las labores contratadas eran las propias de un gestor⁴⁰³ por no sobrepasar los “límites normales del ejercicio de un derecho”, ni ser “fraudulento por perseguir dicho plazo una finalidad distinta a la propia de la institución”. Sin duda alguna la alegación de esta teoría es la que se debe aplicar en cada supuesto a dilucidar, pero echamos en falta la motivación concreta, la razón por la cual se llega a esa intachable conclusión.

A nuestro juicio se debería haber descendido a los motivos por los cuales se estima que no se sobrepasan estos límites. La falta de peso de la Sentencia se reconoce –a nuestro juicio- en que no se entró a examinar concretamente qué tareas realizaba el trabajador. No se despejan las dudas acerca de la ilicitud por cuanto el desempeño de esta categoría puede suponer la reiteración continuada de las mismas funciones y si estas no se alteran a lo largo del tiempo, no se explica por qué se ha incluido un plazo de prueba objetivamente tan dilatado con relación a los máximos legales.

Un colectivo que ha sido prolífico en la presentación de demandas ante la jurisdicción social por el asunto que nos ocupa ha sido el de los trabajadores de la ONCE –concretamente los agentes-vendedores-. Aquí sí existe unanimidad a la hora de considerar

⁴⁰¹ Plenamente coincidente con los fallos del Alto Tribunal, la STSJ C. Valenciana de 8 de julio de 2009 (AS 2009/2327) que aprecia abuso de derecho cuando la prueba se vincula al período de formación.

⁴⁰² STSJ Castilla y León de 12 de diciembre de 2002 (JUR 2003/43527) que justificó que el personal de ventas de nuevo ingreso fuera sometido a un período de prueba de dos años, en atención a la formación que se requería para este puesto de trabajo. Aquí, no se concretó en qué consistía la formación ni el tiempo dedicado a la misma.

⁴⁰³ STSJ Castilla La Mancha de 22 de enero de 2009 (AS 2009/1365).

plenamente ajustado a Derecho el establecimiento del período de prueba de un año.

A pesar de que a priori pueda entenderse como excesivo, no hay que olvidar que las condiciones que presentan estos empleados justifica esta duración, pues presentan una “discapacidad importante”. La conjugación de este dato junto con la filosofía presente en los Tribunales de que el período de prueba atiende a intereses no solo empresariales, ha supuesto que en la práctica la unanimidad de los dictados judiciales haya excluido el fraude de ley o el abuso de derecho⁴⁰⁴.

Un último apunte para detenernos en la acertada visión que nos ofrecía MARTÍN VALVERDE⁴⁰⁵ fruto de su experimentación práctica acerca de lo que ocurría (ocurre) en las relaciones laborales realmente entabladas. Los cauces para lograr un pronunciamiento judicial de nulidad del período de prueba existen y son eficaces para la generalidad de los trabajadores a los que va dirigida la sentencia final, pero bien es cierto que en el camino se pierden reclamaciones jurídicamente sostenibles por cuanto el trabajador concreto se fía en la validez de las cláusulas negociadas por sus representantes y no acciona contra la decisión de extinción que formalmente descansa en la no superación de la prueba.

7.7.- La viabilidad de la duración única del período de prueba.-

La Ley ha optado por establecer dos tipos de duraciones de prueba, en función de la titulación que ostenta el trabajador⁴⁰⁶. Así, ha recogido que para los trabajadores que son titulados superiores la duración máxima legal es de seis meses, a diferencia del resto de trabajadores que tienen un tope máximo de dos meses⁴⁰⁷.

En atención a la clasificación legal, los convenios suelen diseñar duraciones distintas en atención a la titulación o categoría

⁴⁰⁴ STSJ de Islas Baleares de 21 de diciembre de 2007 (AS 2008/868). En similar sentido ya se había manifestado la STSJ de Extremadura de 26 de julio de 2006 (AS 2006/2804) que hace una reflexión sobre el dilatado período de prueba, entendiendo que el mismo favorece al trabajador que “*por sus especiales circunstancias físicas, precisa de un plazo superior al del Estatuto para demostrar su acomodación a dichas tareas y le facilita la adaptación y el logro de los objetivos que son propios de la actividad que se le encomienda*”; idéntico argumento fue el empleado en la Sentencia del TSJ Andalucía de 14 de octubre de 2003 (AS 2003/3637) y posteriormente lo hará STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007 (AS 2008/922) y STSJ Murcia de 23 de enero de 2008 (JUR 2008/124926).

⁴⁰⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 93.

⁴⁰⁶ El Estatuto de los Trabajadores de 1980 señalaba, a juicio de la STSJ Andalucía de 23 de febrero de 1993 (AS 1993/698), distintos plazos de prueba en función no de la titulación sino de la actividad desempeñada.

⁴⁰⁷ Prescindimos, en estos momentos, de los topes legales fijados en atención de la duración del contrato inferior a seis meses, los formativos o los aplicables a las relaciones laborales especiales.

profesional⁴⁰⁸. El convenio es el instrumento natural para la regulación de la prueba y ello es así, básicamente, porque las partes que lo han negociado conocen de primera mano las peculiaridades de las relaciones laborales y concretamente las específicas necesidades laborales.

Pero aun cuando la situación descrita es una realidad relativamente frecuente, no faltan los supuestos en los que o bien se fija un único período probatorio o la diferencia entre los distintos plazos de prueba se hace descansar en atención a la modalidad contractual elegida, sea cual fuere el grupo profesional al que el trabajador queda adscrito o la categoría profesional de este.

Cuando nos encontramos ante esta última situación, no es descabellado pensar que acaso la unificación en torno a la duración no sea lo que tenía en mente el legislador cuando dotó de tal poder regulador a los negociadores, toda vez –que al menos en una primera aproximación– parece que no responda a la esencia del instituto probatorio y a la posible necesidad/exigencia legal de establecer diferencias entre las labores técnicas de los trabajadores y, por consecuencia, entre las diferentes funciones laborales.

En este punto, nuestros tribunales se han mostrado proclives a señalar la plena licitud de estas cláusulas convencionales, entendiendo que son posibles desde el punto y hora que el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores “no limita la autonomía colectiva”⁴⁰⁹. El respeto a lo acordado por los agentes sociales es patente.

Si descendemos a otro tipo de argumentaciones que concluyen de idéntica manera a la señalada en el párrafo anterior⁴¹⁰, se observa

⁴⁰⁸ Los criterios que pueden emplear los convenios cuando diseñan los plazos de los períodos de prueba en principio son todos los imaginables. Descendiendo a ejemplos concretos el dilucidado en STSJ Castilla la Mancha de 20 de julio de 2009 (AS 2010/733) en el que la duración temporal de la cláusula del período de prueba se condicionaba a la concurrencia de determinados requisitos previstos convencionalmente (específicamente se establecía una duración superior de período de prueba siempre que se cumplieran con un determinado compromiso de empleo.)

⁴⁰⁹ STSJ de Aragón de 29 de diciembre de 2004 (AS 2004/4002): defiende la validez de la concertación de un plazo genérico de prueba que se hace depender, únicamente, de la duración del contrato, distinguiendo entre relaciones indefinidas y temporales; STSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2008 (AS 2009/474).

⁴¹⁰ En la STSJ Castilla La Mancha de 22 de enero de 2009 (AS 2009/1365) se afirma “*Tampoco la fijación de un periodo de prueba único que no siga los criterios de duración según la titulación del trabajador establecidos en el ET puede ser un indicio de abuso, pues lo cierto es que la posibilidad que el precepto reconoce a los convenios colectivos de establecer el periodo de prueba no está condicionado a circunstancia alguna, no pudiendo los tribunales por esta falta de paralelismo limitar la voluntad negociadora que aparece incondicionada y se sujeta tan solo a los límites generales que impone el principio de jerarquía normativa. Debe además advertirse que el sistema de clasificación profesional es muy simple, dos grupos profesionales, con niveles progresivos en cada uno de ellos, con una amplitud funcional extraordinaria al comprender todos ellos las funciones propias del grupo profesional y en los que se progresa por la sola antigüedad en los primeros tramos y en los mas elevados bien por selección de la empresa, bien por libre designación de la dirección. Quizá este sencillo esquema de clasificación*”

cómo se recurre a la tesis de que la ley cuando ha delimitado los plazos probatorios, lo ha hecho forma "muy simple", dándole entrada al convenio para que regule aquellos de la forma que estime más oportuna.

Lamentablemente para nosotros esta motivación en absoluto nos convence. El papel de la Ley es claro; no está para descender al caso particular, para hacer acopio de todas y cada una de las situaciones concretas que se pueden plasmar en la práctica. Ejemplos de lo que acabamos de expresar, se pueden encontrar a lo largo del texto de la norma laboral básica (así la regulación de los grupos y categorías profesionales o el establecimiento concreto de cada uno de los comportamientos infractores, v.gr).

Consciente el legislador de esta realidad ha ideado un modo mejor para salvar y regular las relaciones laborales concretas: el convenio colectivo, al cual ha dotado de un amplio poder regulador – aun cuando limitado por el abuso de derecho y el fraude de ley- a fin de que descienda sobre la situación empresarial concreta y ofrezca respuesta a los variopintos supuestos que se pueden producir.

El convenio conoce de un sector, de una empresa concreta y está para descender con todo el detalle que sea posible a la situación específica que afecta al empresario y sus trabajadores. Por ello entendemos que no es razonable entender que los objetivos a los que ha de atender la prueba se vean cumplidos cuando se exige el mismo lapso temporal para conocer al trabajador que ostenta un puesto base que al trabajador que está destinado a una labor – permítasenos denominar- más cualificada.

Y ello no solo por cuanto la preparación técnica entre ambos trabajadores no es la misma, sino porque las habilidades que han de desplegarse en uno y otro supuesto (la dimensión más personal del trabajador) tampoco son las mismas.

Así pues, ante esta situación nosotros entendemos que sí existe una presunción –cuando se señala un único período de prueba- de abuso de derecho, pues no existen garantías desde la concepción negocial de la prueba de que esta responda a la verdadera esencia con la que se concibe el instituto legal.

Esta aseveración la trasladamos también a los supuestos en los que los distintos plazos probatorios tan solo se señalan en atención a la duración del vínculo contractual (indefinido o temporal).

profesional y esta amplitud funcional justifica razonablemente al establecimiento de un solo periodo de prueba común para todos los grupos y niveles con una duración de un año."

Entendemos que es esta una circunstancia que posibilita la fijación de varios períodos de prueba y que, incluso, es deseable tal distinción; no obstante la temporalidad o no del vínculo no debería emplearse como único criterio para señalar los tiempos, sino conjuntamente con otras series de consideraciones que afectan a los concretos cometidos laborales. La conjugación entre ambas variables garantizaría el ajuste de la duración de la prueba a las tareas efectivamente desarrolladas y su proporcionalidad con relación a la subsistencia del vínculo laboral.

7.8.- La previsión contractual del período de prueba.-

Ante un panorama normativo como el actual, estrecho es el margen que se le dispensa al contrato de trabajo como fuente reguladora de la relación laboral. De cualquier manera, se le ha de reconocer un protagonismo crucial en cuanto se refiere a la materia estudiada porque, tal y como hemos tenido la oportunidad de ver en los apartados precedentes, el origen del período de prueba radica únicamente en la previsión contractual. La fuente que la constituye es el contrato, sin que se entiendan subsumibles en este las previsiones genéricas contempladas por el convenio de aplicación. De ahí que se presente como uno de los "pactos típicos en el contrato de trabajo"⁴¹¹.

En resumidas cuentas, se les dota a las partes contractuales de la posibilidad –libremente escogida– de dejar constancia en su concreta unión si existe o no un período de prueba. A pesar de esta afirmación, nada objetable desde el punto de vista teórico, BARREIRO puntualiza al acertadamente recordar que "No obstante, la voluntariedad en cuanto a la celebración del período de prueba, el trabajador debe aceptarlo en la práctica si es exigido por el empresario, so pena de no conseguir el puesto de trabajo, no ocurriendo así si el que lo exige es el trabajador, al tener aquél el poder real de contratación."⁴¹²

Siguiendo con esta obligación oficiosa, el mismo autor –si bien es cierto que al amparo del artículo 60 in fine de la Ley de Contrato de Trabajo– observa que la celebración del período de prueba encierra también un cierto "deber" para el empresario a fin de que pueda conocer las facultades y peculiaridades del trabajador⁴¹³.

⁴¹¹MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCIA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 23º Ed, 2014, pág.535.

⁴¹² BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El período de prueba", op.cit, pág.44.

⁴¹³ Artículo 60 Ley de Contrato de Trabajo de 1.944: "El deber primordial del trabajador es la diligencia en el trabajo, la colaboración en la buena marcha de la producción del comercio o en la prosperidad de la empresa a que pertenece. La medida de esta diligencia estará determinada por la especialidad habitual del trabajo y por las facultades y peculiaridades del trabajador que debe conocer el empresario."

De cualquier manera, nacida la prueba a través del instrumento contractual, cabe preguntarse acerca del margen de autonomía para señalar el plazo concreto.

La respuesta, afortunadamente, es sencilla por la unanimidad abrumadora de los pronunciamientos judiciales: el contrato podrá disminuir el tiempo que se ha fijado a través de convenio colectivo o, en defecto de este, el lapso que se señaló en la ley estatal, mas lo que nunca podrá ser incrementarlo⁴¹⁴. El convenio y, en su defecto la ley, son "máximos de derecho necesario"⁴¹⁵.

La razón radica en la propia previsión legal contenida tanto en el art.14 como en el art. 3.1.c), así como en el art.3.5) del Estatuto de los Trabajadores⁴¹⁶ pues, en definitiva, "...la ley o el convenio colectivo se constituyen en normas relativamente imperativas, configuradoras de mínimos de derecho necesario, que impiden superarlos al pacto individual, pero que sí permiten rebajarlos en beneficio del trabajador"⁴¹⁷

⁴¹⁴ STSJ Islas Canarias de 30 de septiembre de 2002 (AS 2003/2387): resalta que el convenio podrá imponer una duración del periodo de prueba "*superior o inferior a los máximos legales y a su vez en cada contrato individual se podrá pactar un período de prueba inferior al previsto en la ley o en el convenio*"; Sentencia del TSJ Islas Canarias de 28 de octubre de 2004 (AS 2004/2994).

⁴¹⁵ STSJ Madrid de 26 de diciembre de 2007 (AS 2007/612).

⁴¹⁶ STSJ Galicia de 8 de febrero de 1999 (AS 1999/60); STSJ Cataluña de 14 de octubre de 1999 (AS 1999/3347); STSJ C. Valenciana de 23 de octubre de 2002 (JUR 2003/206954); STSJ Madrid de 27 de mayo de 2011 (AS 2011/1164) desatendiendo las razones empresariales de que el contrato había de aplicarse, dado que globalmente era más favorable; STSJ Madrid de 28 de enero de 2011 (AS 2011/1378): Así se ha entendido ya en casos análogos. Por ejemplo, la STSJ País Vasco 12-7-05 (AS 2005, 2859) : "*Este alegato no puede tener éxito al resultar contrario tanto a lo dispuesto con carácter imperativo por el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores , a tenor del cual las previsiones de los convenios colectivos sobre la duración del período de prueba prevalecen frente a lo convenido entre las partes, en armonía con lo dispuesto en el artículo 3.1 c) del mismo Cuerpo legal, como a la jurisprudencia que lo interpreta. Lo que proclama ésta en las sentencias de 19 de junio de 1990 (RJ 1990, 5486) y 5 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9590) , es que para que opere el período de prueba se exige un doble requisito: 1) que se concierte por escrito en el contrato de trabajo, al configurarse como un pacto típico en el inicio del contrato, dependiente de la voluntad de empresa y trabajador, a quienes puede interesar o no pactarlo, por lo que para que se entienda existente no basta con que así se prevea de manera genérica en el Convenio Colectivo aplicable a la relación laboral que se concierta; y, 2) que, en su caso, la duración del período de prueba esté dentro de los límites que establezcan los Convenios Colectivos. De ahí, que cuando el período de prueba pactado en el contrato individual de trabajo exceda del fijado en el convenio colectivo de aplicación para la categoría o grupo profesional del trabajador, tal cláusula deviene ilícita, en tanto rebasa el máximo permitido, en aplicación del artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores ."* En el mismo sentido, puede verse también la STSJ Extremadura de 18-11-08 (AS 2009/437). En consecuencia, la Sentencia del TJSJ de Madrid declara no ajustado a Derecho la fijación del lapso del período de prueba contractualmente previsto, señalando que sería el del Convenio de aplicación (es decir, no opta por determinar la nulidad del período de prueba, sino que ajusta la duración erróneamente establecida a la que por Convenio se señalaba). A falta de previsión convencional, se aplicará lo dispuesto por el art.14 del ET con base en la literalidad de este precepto, así como por el art.3.5 ET; STSJ Andalucía de 4 de mayo de 2011 (JUR 2011/334179).

⁴¹⁷ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.78; STSJ Islas Baleares de 30 de enero de 1996 (AS 1996/18); STSJ Extremadura de 18 de noviembre de 2008 (AS 2009/437): si bien es cierto que su existencia solo la puede generar un contrato de trabajo, la duración que se impone es la fijada en Convenio Colectivo y lo que establezca el contrato sin respetar los máximos establecidos en

La consecuencia jurídica que se extrae ante la imposibilidad de modificar contractualmente al alza la duración del período de prueba, es la declaración de nulidad de la cláusula (ex art.9.1 ET) pero tan solo en cuanto excede del tope convencional o legal. Dicho de otra forma, se salva la intención de los contratantes de fijar un período de prueba que quedará, no obstante, corregido en función de los máximos que el convenio estipula o la ley –en defecto de este– refleja⁴¹⁸.

Esta alternativa supone, en definitiva, atender no solo al principio de conservación del negocio (relación laboral) considerado en su totalidad, sino también y particularmente a la preservación de las concretas cláusulas fijadas por las partes, salvando su clara intención de tener por concertado el período de prueba y sin que esta consecuencia suponga una confrontación alguna a las prescripciones legales.

No obstante esta opción práctica no está exenta de crítica. Así, RODRÍGUEZ PIÑERO⁴¹⁹ es de la opinión de que “El pacto que establezca un período de prueba con una duración superior a la máxima permitida es nulo”.

Otro de los problemas que han motivado la necesaria intervención judicial, ha sido la posible aplicación directa de las previsiones convencionales sobre la prueba a todos y cada uno de los contratos individuales que se suscriban, a pesar de que en los instrumentos contractuales no se indique nada acerca de este período.

La situación se concretaría de la siguiente forma. El contrato guarda silencio sobre el período de prueba, pero existe un convenio colectivo –de aplicación a esa relación laboral entablada– que sí ha regulado esta institución. ¿Podemos entender que la previsión convencional automáticamente se aplica a la relación laboral específica, aun cuando en el contrato no se haya explicitado la voluntad de las contratantes a tener por puesta la prueba?.

La Sentencia del Alto Tribunal de 5 de octubre de 2001 (RJ 2001/9590) pone fin a este “espinoso”⁴²⁰ debate, manifestando contundentemente que la exigencia de que el período de prueba se

este, no es lícito. En este caso, en el contrato se estableció un período de prueba de dos meses pese a que el convenio señalaba el de 15 días.

⁴¹⁸ STSJ País Vasco de 11 de noviembre de 1997 (AS 1997/4119); STSJ Andalucía de 2 de julio de 2009 (JUR 2013/243399).

⁴¹⁹ RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M.: “El período de prueba (En torno al artículo 14), op.cit., pág. 472.

⁴²⁰ STSJ de Islas Canarias de 17 de marzo de 2006 (AS 2006/2427).

concierte por escrito es un "derecho mínimo del trabajador"⁴²¹. El período de prueba establecido en convenio "no tiene virtualidad directa"⁴²². Esto es, la falta de referencia en el contrato a la prueba (la omisión a este extremo) no se suple con la previsión que se haya podido acordar vía convenio colectivo.

Con base a esta argumentación, se han declarado nulas las cláusulas contractuales –tan frecuentes– en las que el período de prueba queda instaurado bajo la fórmula genérica "según convenio"⁴²³. Se distingue entre el instrumento que hábilmente puede modificar incluso al alza los máximos de duración previstos por la ley estatal, del que ha de concretar su origen⁴²⁴ que no es otro más que el contrato de trabajo.

En resumen, el contrato se revela como fuente única para que las partes contractuales se sometan al período de prueba, acogándose de esta manera lo que ya BALLESTER PASTOR⁴²⁵ exponía acerca de la concepción de este lapso como "acto de la autonomía individual".

Ahondando en esta conclusión, se observa que si fuera otra la postura acertada estaríamos dejando en manos de una de las partes contratantes el cumplimiento del requisito de la forma escrita y este,

⁴²¹ Deducimos de las palabras del Tribunal que a quien aprovecha, como hemos tenido la oportunidad de señalar, el período de prueba es al empresario.

⁴²² Recuerda STCT de 20 de septiembre de 1983 (RTCT 1983/7579) que asienta que "no cabe entender la existencia de período de prueba porque así se prevea de manera genérica en el Convenio Colectivo si no existe pacto expreso y escrito, criterio que también han mantenido las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia como la de Andalucía, Aragón, Cantabria, Galicia y Canarias en sus sentencias respectivamente de 18 de septiembre de 1998 (AS 1998, 2976) , 18 de febrero de 1998 (AS 1998/ 362) , 11 de noviembre de 1998 (AS 1998/ 4356) , 13 de octubre de 1998 (AS 1998/ 6336) y 28 de abril de 2000 (AS 2000/ 3142) , y esta Sala ya desde antiguas sentencias, como las de 16 de noviembre de 1978 (RJ 1978/ 4099) y 12 de enero de 1981 (RJ 1981/192) .".

⁴²³ STSJ Cantabria de 13 de agosto de 2002 (JUR 2002/262602); STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2007 (AS 2007/3562) con base en la ya aludida STS de 5 de octubre de 2001 (RJ 2001/9590) y STSJ Islas Canarias de 30 de septiembre de 2002 (AS 2002/2387).

⁴²⁴ STSJ C. Valenciana de 6 de mayo de 1997 (AS 1997/1600): "Se trata de una cuestión que desde la vigencia del Estatuto de los Trabajadores siempre se resolvió en el sentido de estimar que la concertación o no de un período de prueba era una cuestión reservada a la esfera de la autonomía individual y que sólo podía considerarse existente aquella condición resolutoria del contrato cuando expresamente se pactaba por escrito en el propio contrato individual de trabajo. Este criterio debe de mantenerse en la actualidad, aun después de la reforma introducida por la Ley 11/1994, de 19 mayo pues en ella, aun cuando se ha modificado el texto original del Estatuto de los Trabajadores , tal modificación sólo ha afectado a la duración máxima del período de prueba -que ahora se hace por remisión preferente a lo pactado en Convenio Colectivo- pero no en cuanto a la exigencia de ese pacto escrito expreso y voluntario, pues de la sola lectura del precepto se desprende que se sigue manteniendo. Por cuya razón no es suficiente que el Convenio Colectivo prevea un período general de prueba para que éste pueda considerarse existente" .

⁴²⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.16.

claramente, no es el sentido del art.14 del Estatuto de los Trabajadores⁴²⁶.

Otra de las consecuencias que podemos extraer del fallo del Tribunal Supremo –y de toda la doctrina judicial posterior- es el reforzamiento de la idea sostenida nuevamente por BALLESTER PASTOR⁴²⁷ acerca de que “Debe entenderse, con todo, que el período de prueba establecido en convenio colectivo tiene siempre naturaleza voluntaria para la autonomía individual.”

Hasta aquí la unanimidad del criterio judicial. A partir de ahora, los problemas se plantean al cuestionarnos la validez del período de prueba cuando el contrato alude a la prueba pero remite el tratamiento temporal a las previsiones convencionales, sin señalar concretamente la duración en el contrato. Esto supone que la regulación del período de prueba quede inconclusa en la cláusula suscrita entre las partes, haciéndose necesario completar esta con las disposiciones del convenio colectivo.

En ocasiones se ha venido reconociendo la validez de las previsiones contractuales que, versando sobre el período de prueba, se remiten in totum a las reglas que señala el convenio colectivo, sin que la situación que se genera adolezca de falta de precisión⁴²⁸.

Ante estos supuestos, existe una opinión que entiende que “el requisito legal de forma no precisa de una concreción temporal, en orden a su duración”⁴²⁹. Bastaría con una referencia contractual relativa al origen de la prueba.

En alguno de los pronunciamientos aludidos, se toma como punto de partida la circunstancia de que también en estos especiales supuestos de imprecisión contractual, clara es la voluntad no obstante de establecer el período⁴³⁰; esto es, para estos asertos lo

⁴²⁶ Éste es precisamente el fundamento que expuso la STSJ de Islas Canarias de 28 de abril de (AS 2000/3142) para alcanzar el mismo fallo que el expuesto del Tribunal Supremo.

⁴²⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 78.

⁴²⁸ Incluso la Sentencia del TSJ Andalucía de 12 de abril de 2000 (AS 2000/2585) afirma la validez de un contrato en el que se establecía el período de prueba del convenio o según el art.14 ET. En el convenio no se hace mención a este extremo. Se echa de menos la explicación judicial de la razón que le lleva a tomar tal decisión; STSJ Madrid de 3 de julio de 2007 (JUR 2007/319093): “*Remisión in totum a la negociación colectiva, que es la competente para fijar los límites máximos de duración del período de prueba*”.

⁴²⁹ STSJ Madrid de 19 de febrero de 2007 (JUR 2007/323345): declara lícita la cláusula contractual que estableciendo el período de prueba remite su duración a la previsión convencional. En función del principio contenido en el art.1281 CC, el Tribunal entiende que dado que el convenio se remite al Estatuto, la duración total del período de prueba que vincula al trabajador es la máxima legalmente establecida.

STSJ Andalucía de 19 de octubre de 2010 (AS 2010/2667) que cita STSJ de Castilla y León, de 6 de febrero, de la Rioja de 20 de mayo de 1999 (AS 1999/5980).

⁴³⁰ STSJ Castilla y León de 6 de febrero de 1996 (AS 1996/351); STSJ Cataluña de 26 de enero de 1998 (AS 1998/561), con base al art.1284 CC; STSJ La Rioja de 20 de mayo de 1999 (AS 1999/5980); STSJ

verdaderamente relevante es que las partes hayan manifestado su deseo de quedar vinculadas por la prueba y esa intención se puede inferir incluso a través de la remisión contractual al convenio colectivo (la fórmula tan empleada de "s/c").

En algunos casos es esta una cuestión que ni tan siquiera se plantea⁴³¹. Tras leer estas sentencias se añora una explicación que ayude a comprender el fallo final del Tribunal estimando la licitud del compromiso de prueba⁴³² o la razón que impulsa al órgano judicial a corregir los errores de la parte empresarial en el momento de concertar la relación laboral⁴³³, errores estos que, a nuestro juicio, se producen no por la remisión abstracta al convenio en materia de duración de prueba, sino cuando en el convenio ni tan siquiera aparece un tratamiento normativo de la prueba, lo que supone la necesidad de acudir a la norma supletoria estatal.

Desde nuestro punto de vista, y dado que la regulación del período de prueba es una excepción al principio de estabilidad en el empleo, creemos que es una exigencia más que razonable que la delimitación íntegra del régimen jurídico de la institución se refleje claramente por escrito a fin de no provocar indefensión a la persona del trabajador⁴³⁴. Abogamos, por tanto, por un tratamiento contractual completo en si mismo acerca del lapso probatorio.

Cataluña de 11 de diciembre de 2002 (JUR 2003/33777): en el contrato se señala que el período de prueba será según "*contrato*" (sic). Tanto en instancia como en suplicación se entiende que es un error y que con arreglo al art.1281 y 1282 del Código Civil ha de colegirse que era voluntad de las partes establecer esta cláusula, máxime cuando en el contrato aparecía que los períodos de incapacidad temporal interrumpirían su duración; STSJ Madrid de 7 de junio de 2006 (JUR 2007/27175): se apoya en el art.1.284 del Código Civil y distingue la situación que tiene que analizar con la dilucidada por STS de 24 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7895) en donde la remisión a lo convenido es confusa (se remitía a lo convenido por convenio o por el Estatuto de los Trabajadores); STSJ C. Valenciana de 22 de julio de 2008 (JUR 2009/5149): la alusión al período de prueba contractual "s/c".

STSJ Cataluña de 18 de septiembre de 2008 (JUR 2009/41517): la intención de las partes era establecer la prueba, pues así se deduce de la concreta previsión contractual acerca de la interrupción de este período en la situación de incapacidad temporal del trabajador. No obsta la validez que la duración no venga claramente consignada en contrato y se remita en este particular al convenio de aplicación. Alude a la STS de 5 de octubre de 2001 y recuerda el valor normativo del pacto colectivo ex art.3.1.b) ET y art.37 de la Constitución.

⁴³¹ Sentencia del TSJ de Andalucía de 25 de julio de 2007 (AS 2008/228) en la que se da parte que está bien formalizado o la del TSJ de Madrid de 30 de abril de 2002 (JUR 2002/168906) así como STSJ Islas Canarias de 18 de diciembre de 2009 (JUR 2010/159940).

⁴³² Así, STSJ C. Valenciana de 22 de julio de 2008 (JUR 2009/5149).

⁴³³ STSJ Navarra de 28 de febrero de 2002 (JUR 2002/118283). La remisión del contrato al convenio ha de entenderse hecha al Estatuto de los Trabajadores, al no existir referencia sobre la prueba en la norma paccionada y remitirse esta en todo lo no regulado a la norma estatal.

⁴³⁴ Mostramos nuestra más absoluta conformidad a lo dictado por la STSJ Islas Baleares de 16 de julio de 2001 (JUR 2001/281882) que considera que no es válida la cláusula contractual que remite la duración del período de prueba "*al máximo legal o convencionalmente establecido*" puesto que supone una "*inconcreción que no puede valorar el trabajador su aceptación*".

No se ha de olvidar que el contrato de trabajo en la práctica es redactado unilateralmente por el empresario⁴³⁵, sin que el trabajador haya intervenido en la inclusión de alguna de sus cláusulas. Se presupone el conocimiento pleno empresarial acerca del convenio al que alude, mas esta información no tiene que poseerla el trabajador que se limita a firmar el documento que recibe sin margen de maniobra alguno y sin información adicional.

Dado que seguimos sosteniendo que en el período de prueba el máximo beneficiario (y diríamos único) es el empresario, nos parece exigible que se descienda en el documento suscrito inter partes a señalar claramente no solo que la relación laboral está sometida a la vicisitud que entraña el período de prueba, sino cuál es la duración de la situación de provisionalidad extintiva.

La circunstancia de que el convenio sea norma, fuente de derecho, no nos parece suficiente como para entender que la remisión a sus prescripciones en esta materia salve la exigencia de forma escrita que exige la ley, pues si las previsiones convencionales no tienen la "virtualidad directa" de la que nos habla el Tribunal Supremo para hacer surgir la prueba, no encontramos argumento para defender que ese planteamiento tan solo es aplicable al establecimiento de la cláusula y no al resto de su regulación.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO⁴³⁶ -y, en idéntico sentido BALLESTER PASTOR⁴³⁷- son de la opinión de que "la obligación de la forma escrita se refiere a la existencia de la prueba pero no a su duración". Pero sigamos con esta autora y con su razonamiento, pues a continuación viene el matiz. Las previsiones convencionales se configuran como "duraciones máximas del período de prueba"⁴³⁸. La clave estriba en "que aun siendo legítimo el establecimiento en convenio colectivo de duraciones elevadas del período de prueba, su concreta duración determinada en contrato individual debe

⁴³⁵ BARRERIRO GONZÁLEZ, G.: *El período de prueba*, op.cit., pág.44 manifestaba: "No obstante la voluntariedad en cuanto a la celebración del período de prueba, el trabajador debe aceptarlo en la práctica si es exigido por el empresario, so pena de no conseguir el puesto de trabajo, no ocurriendo así si el que lo exige es el trabajador, al tener aquél el poder real de contratación".

⁴³⁶ RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M.: "El período de prueba (En torno al artículo 14)", op.cit., pág. 469.

⁴³⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.32.

⁴³⁸ Últ.cit., pág. 85; "En la mayoría de los casos, se especifica que el elenco de plazos referido, constituye duraciones máximas del período de prueba. En otros, sin embargo, se configuran períodos de prueba de duración invariable. Entiendo, con todo, que pese a esta redacción, las duraciones establecidas en convenio deben considerarse siempre máximas. Y ello porque... la institución de prueba existe tan sólo cuando así lo establecen expresamente las partes del contrato individual y además, su duración debe acomodarse a las peculiaridades del puesto de trabajo en concreto. Consecuentemente con estas premisas, debe quedar en manos de las partes... la posibilidad de renunciar o graduar la duración del período de prueba".

acomodarse a las peculiaridades del puesto de trabajo, siendo abusiva en caso contrario”⁴³⁹ .

Pues bien, si sostenemos que lo que señalan los convenios no son duraciones invariables aplicables a todo el elenco de las relaciones laborales que se puedan concertar, sino duraciones máximas, se hace imprescindible una concreción del lapso temporal en el contrato sin rebasar los topes infranqueables que la negociación colectiva entendió como proporcionados para esa labor concreta.

No existe razón alguna (máxime cuando no aparece esta indicación explícita en el convenio) que se aplique automáticamente lo que las partes negociadoras establecieron tan solo como máximos a no superar. El ajuste del período de prueba en cuanto a su duración se refiere quedaría garantizado si los tiempos se concretaran individualmente, en cada contrato de trabajo.

Por otra parte, el desconcierto del trabajador puede estar fundado cuando en el propio convenio se señalan diferentes duraciones en torno a la prueba, en función de si el trabajo es o no cualificado⁴⁴⁰, pues es pensable que si estas situaciones han sembrado la duda en el Tribunal, mucho más en la persona del trabajador que es lego en esta materia. Este desconocimiento del empleado le sitúa en una posición de clara indefensión que sería fácilmente subsanable si el contrato precisara claramente por cuánto tiempo se extiende la prueba.

La doctrina también se ha preocupado por saber qué ocurriría con los supuestos en los que no se hubiera alcanzado el máximo en la duración del plazo previsto. Se partía de la situación en la que el contrato había fijado un período de prueba inferior al que se le permitía normativamente y el efecto que podría tener esta previsión

⁴³⁹ *Ibidem*, op.cit., pág.83.

⁴⁴⁰ STSJ Madrid de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009/90351): el problema en esta ocasión surgió dada la indeterminación del contrato en cuanto a la duración del período de prueba. En efecto, en el contrato se señalaba la existencia de un período de prueba que duraría lo previsto en el Convenio de aplicación (Convenio de Empresas de Trabajo Temporal).

En esta norma paccionada se establecía dos tipos de duraciones del período de prueba en función de la clase a la que pertenecía el trabajador contratado. Por un lado, establecía para los “trabajadores no cualificados” la duración de 15 días y para el “resto de trabajadores” la de 45 días.

La trabajadora realizaba las funciones correspondientes a teleoperadora. Finalmente, el Tribunal estima que forma parte del denominado “resto de trabajadores” por lo que produciéndose su cese dentro del lapso temporal convencionalmente pactado, no podía calificarse la extinción como despido improcedente. A nuestro juicio, si tantas cautelas presiden las actuaciones de los tribunales que, de una manera u otra ante la duda eligen siempre la interpretación más favorable para el trabajador, entendemos que este tipo de imprecisiones contractuales que perjudican solo a la parte más débil, debería resolverse también a favor del trabajador, sobre todo, cuando existen dudas más que fundadas de que el trabajo de teleoperador –aun cuando requiera para su ejecución algún tipo de formación específica- no sea una de esas labores no cualificadas de las que habla el precepto del Convenio.

contractual de cara a un posible acuerdo posterior de prórroga de la inicial prueba acordada.

ALONSO GARCÍA⁴⁴¹ señalaba que la misma razón por la que puede nacer el período de prueba (el acuerdo de voluntades) puede también servir para el acuerdo de su extensión hasta que alcance la duración máxima y así precisamente es tal y como lo entiende el Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana en fecha 29 de enero de 2013 (AS 2013/1302).

La Sentencia aludida parte de los siguientes hechos probados:

Contrato indefinido suscrito el 15 de agosto de 2011, en el que se fija un período de prueba de tres meses. Con fecha 19 de octubre del mismo año (nótese que ni tan siquiera había transcurrido el período probatorio) se suscribe nuevo contrato que tan solo varía con respecto al anterior en el establecimiento de un nuevo período de prueba de seis meses (conforme a lo establecido en convenio colectivo) a contar desde que se iniciara la primera relación.

El 14 de febrero de 2012 se da por finalizada la relación en período de prueba.

Con estos datos, el órgano judicial no aprecia "*actuación fraudulenta alguna por parte de la empresa*" interpretándose la ampliación como un "deseo" de las contratantes "*de experimentar ...el objeto de la prueba*".

Se olvida – consciente o inconscientemente- a nuestro juicio el Tribunal de explicar la razón por la que se suscribe un segundo contrato y, en cualquier caso, no acertamos a vislumbrar en qué se diferencia la situación dirimida de la que se produce cuando no se fija un período de prueba al inicio de la prestación de servicios y luego se concierta este.

Ciertamente el fraude de ley no se presume, pero ¿hay que desdeñar el dato de que el primer contrato lo fuera indefinido?, en definitiva ¿qué ganaba el trabajador con la firma del segundo contrato?, ¿de veras se puede creer que ese segundo contrato fue firmado libremente por el trabajador?. Creemos que hay datos para inferir que la cláusula no fue querida por ambas partes, pues no se entiende qué pudo ganar el trabajador con la renuncia a un período de prueba más corto, sobre todo cuando una vez superado este la relación laboral se hubiera consolidado indefinidamente.

⁴⁴¹ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 6ª Ed., Barcelona, Ariel, 1980, pág.395.

Además, si ya se había extinguido el contrato por no superación de la primera prueba y sin solución de continuidad se suscribe su "prórroga" ¿a qué obedeció el segundo período?, ¿qué podría hacerle pensar al empresario que ese trabajador era válido si antes no lo era?. Aquí sí estimamos relevante y oportuno analizar por qué realmente se extinguió la primera relación laboral.

El Tribunal, no obstante, lo entiende como "*pacto novatorio*" válido por haber respondido a la "*autonomía de la voluntad individual*". Nosotros no podemos dejar de pensar que aquí no existe pacto alguno y solo una imposición unilateral empresarial, sin que el trabajador tuviera margen de libertad alguno para la firma del segundo contrato y del segundo período de prueba.

Entendemos que la aplicación al supuesto debatido del art.3 del Estatuto de los Trabajadores en su párrafo quinto conduce a la inexorable consecuencia de la nulidad del segundo período de prueba, al haberse este establecido en claro perjuicio del trabajador.

Llegados a este punto nos parece pertinente recordar la opinión de DE VAL acerca de la licitud de una posible prórroga al período de prueba inicialmente pactado. Entiende que no sería posible dado que " el trabajador estaría renunciando a un derecho, prolongando una fase de provisionalidad que la ley obliga a concretar al inicio de la relación sin facultar expresamente la ampliación"⁴⁴². En el mismo sentido se pronunció BARREIRO GONZÁLEZ⁴⁴³, con base a la expresión literal del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (idéntica a la previsión actual) "el contrato producirá plenos efectos".

7.9.-Las funciones desempeñadas y la duración del período de prueba.-

Las posibilidades convencionales a la hora de regulación del período de prueba son, en principio (y a salvo el abuso de derecho o fraude de ley) todas. Así, el convenio podrá fijar el lapso en atención a la clase de contrato –temporal o indefinido- elegido, o bien hacerlo en función de la categoría profesional o en atención a si el trabajo es o no cualificado, entre otras. Ninguna limitación legal existe al respecto.

Si la alternativa es la primera (en función de la modalidad contractual empleada), no existe un inicial problema de interpretación. Basta con examinar el contrato para saber si el período de prueba que formalmente se ha hecho constar en el mismo atiende a las prescripciones convencionales. Por supuesto, se nos

⁴⁴² DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.137.

⁴⁴³ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "El período de prueba", op.cit., pág.51.

podrá objetar que en más ocasiones de las que serían deseables, los contratos de trabajo no responden a su verdadero sentido legal, viéndose forzado el trabajador a acudir a los tribunales a fin de que se desentrañe el verdadero nomen de su vínculo jurídico. Lógicamente, en tales supuestos el eventual pronunciamiento acerca de si la denominación formal contractual es ajustada o no a Derecho, condicionará la validez del período de prueba en cuanto a su duración se refiere.

Otra posibilidad es que el convenio haya optado por discernir entre la prueba en función de la categoría profesional o en atención a ostentar una determinada titulación o en función de la especialidad de la concreta función a desempeñar; aquí, de nuevo, hay terreno para discurrir.

Primera situación a plantear. Adscripción del trabajador a una determinada categoría profesional que supone la aplicación de un concreto lapso probatorio. Acreditación de que la adjudicación a la categoría es errónea (por no ajustarse a la realidad del trabajo desempeñado), siendo esta hipótesis extensible a los supuestos en los que se haya calificado incorrectamente el trabajo como cualificado o no y la duración de la prueba haya atendido a estos parámetros.

Cuando estas realidades se presentan ante la jurisdicción laboral, lo primero que necesariamente ha de realizarse es un escrutinio acerca de cuáles son las concretas actividades del empleado⁴⁴⁴ a fin de comprobar su correspondencia (o no) con la categoría que aparentemente ostenta, pues solo si se actúa de tal forma se puede dirimir finalmente –en el procedimiento que se incoe⁴⁴⁵– si la duración del período de prueba es ajustada a la realidad de la función desempeñada efectivamente y por ende, acertar en el juicio de nulidad de la prueba.

La importancia del ejercicio real del concreto quehacer del trabajador es tal, que no se limita únicamente a tener incidencia en la corrección o no de la duración estipulada, sino también en la propia

⁴⁴⁴ STSJ Cataluña de 10 de mayo de 2011 (JUR 2011/248890) que recoge literalmente el aserto contenido en STSJ del País Vasco de 18 de abril de 2.000:” *la calificación a estos efectos viene determinado por el contenido de las funciones propias de la categoría profesional.*”

⁴⁴⁵ Desafortunadamente, a nuestro juicio, la STSJ Cataluña de 28 de noviembre de 2000 (JUR 2001/32219) entiende que aunque en el procedimiento de despido puedan entrar a dilucidarse cuestiones “*con incidencia directa*” en este, considera que no puede conocer acerca de la adscripción a otra categoría profesional, acaso porque –como señala en primer lugar– lo es “*únicamente para aprovechar de esta manera la previsión del convenio colectivo de una menor duración del período de prueba*” lo que a nuestro juicio es un contrasentido, aunque no sea la adscripción incorrecta ni “*flagrante, indubitado y absolutamente indiscutible*” sí observamos una clara conexión entre la averiguación de cuál es la categoría o funciones concretas a asumir por el trabajador y la determinación de la licitud o no del período de prueba.

validez de la constitución del período de prueba⁴⁴⁶ por posible reiteración de la misma. Esto último es lo que ocurriría cuando formalmente el contrato salva la prescripción legal de que no ha habido reiteración de funciones (por cuanto documentalmente aparece una actividad a la que se va a destinar al trabajador distinta de la que ya ejerciera en otras ocasiones laborales con el mismo empresario) pero en realidad la misión laboral encomendada es idéntica a las que ya realizara en el pasado.

Colegimos cómo, salvada ese inicial requerimiento de probanza de la concreta actividad laboral, volvemos a encontrarnos con una materia eminentemente casuística. De ahí que sean múltiples los pronunciamientos que versan sobre el tema ahora tratado ⁴⁴⁷, los

⁴⁴⁶ Nos remitimos, en este sentido, a lo ya manifestado en torno a la imposibilidad de la reprobación, o lo que es lo mismo, de la ilegalidad de pactos de prueba cuyo objeto sea la misma prestación de servicios que la que ya se desempeñara por el mismo trabajador a favor del mismo empresario en el pasado. Así, STSJ Andalucía de 18 de febrero de 1997 (AS 1997/333): la categoría profesional a la que formalmente fue adscrito el trabajador era la misma en las dos contrataciones, pero las funciones a desarrollar eran distintas, lo que supone que es válido el establecimiento del período de prueba en la segunda contratación; en el mismo sentido: STSJ C. Valenciana de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/164597).

⁴⁴⁷ Así, STSJ Madrid de 23 de diciembre de 1996 (AS 1996/4700); STSJ Castilla y León de 9 de diciembre de 1997 (AS 1997/4341); STSJ Castilla y León de 13 de octubre de 1998 (AS 1998/4789); STSJ Castilla y León de 22 de marzo de 1999 (AS 1999/1230) que determina la categoría profesional con base al reconocimiento que se hace de ésta y la retribución; STSJ I. Canarias de 24 de septiembre de 1999 (AS 1999/4775); STSJ Cataluña de 14 de octubre de 1999 (AS 1999/3347); STSJ Cantabria de 14 de diciembre de 1999 (AS 1999/4695) STSJ País Vasco de 18 de abril de 2000 (AS 2000/3159); STSJ Madrid de 16 de marzo de 2001 (JUR 2001/166405); STSJ Navarra de 30 de junio de 2001 (AS 2001/2532) relativo al encuadre de una categoría profesional dentro de la alusión convencional al “personal técnico no titulado”; la STSJ País Vasco de 30 de julio de 2001 (AS 2001/4563) analiza si el encuadre al que formalmente aparece adscrito el trabajador es correcto, señalando finalmente el Tribunal que la asimilación de las funciones es la idónea; STSJ C. Valenciana de 6 de febrero de 2002 (JUR 2003/55817); STSJ Castilla y León de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002/103919) que distingue técnicos titulados (sinónimo de experiencia y no solo de portar un título) y otros; STSJ Castilla La Mancha de 28 de febrero de 2002 (JUR 2002/16148) escudriña las funciones del trabajador para saber en qué categoría ha de encuadrarse; STSJ Cataluña de 12 de marzo de 2002 (AS 2002/1570); STSJ Cataluña de 6 de junio de 2002 (AS 2002/2485) el trabajador estaba erróneamente adscrito a una categoría superior, con independencia de la titulación que ostentara. Lo verdaderamente relevante es el puesto de trabajo que el empresario pretende cubrir con esa mano de obra y si este no requiere de titulación, no puede aplicársele el período de prueba previsto exclusivamente para el personal contratado para realizar una prestación de servicios vinculada a la titulación que posee; STSJ I. Canarias de 28 de junio de 2002 (JUR 2003/88755); STSJ Cataluña de 22 de octubre de 2002 (AS 2002/3981) en donde la adscripción incorrecta a una categoría profesional superior supuso la ilicitud de la extinción, al haberse operado con posterioridad al lapso fijado para quien ostentaba unas funciones inferiores a las que formalmente se le adscribiera; STSJ Madrid de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003/95789): si el convenio no distingue entre titulaciones para el establecimiento del período de prueba, es irrelevante la titulación que ostente el trabajador, teniendo que estar a la naturaleza de las funciones desempeñadas; STSJ Murcia de 11 de julio de 2005 (JUR 2005/224699); STSJ Madrid de 9 de mayo de 2005, (JUR 2005/200645); STSJ Murcia de 21 de marzo de 2006 (JUR 2006/148663); STSJ Madrid de 3 de abril de 2006, JUR 2006/207220; STSJ Cataluña de 25 de abril de 2006 (JUR 2006/262013); STSJ Madrid de 16 de mayo de 2006 (JUR 2006/212610); STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2007 (JUR 2007/272823); STSJ Andalucía de 25 de julio de 2007 (JUR 2008/61401); STSJ Andalucía de 11 de mayo de 2011 (JUR 2011/333902); STSJ Madrid de 27 de mayo de 2011 (AS 2011/1164).

Fallados de conformidad al Estatuto de los Trabajadores anterior: STS de 26 de octubre de 1990 (RJ 1990/7718); STSJ Islas Canarias de 20 de enero de 1992 (AS 1992/65); STSJ Cataluña de 21 de abril de 1992 (AS 1992/2298); STSJ Murcia de 8 de octubre de 1992 (AS 1992/5053); STSJ Asturias de 30 de octubre de 1992 (AS 1992/4979); STSJ Andalucía de 18 de enero de 1993 (AS 1993/538); STSJ Islas

cuales incluso nos ofrecen verdaderas listas de ocupaciones que nos servirán para saber cuándo un trabajo es o no cualificado y el encuadre correcto⁴⁴⁸.

La conclusión general que podemos extraer, no obstante de este prolijo listado, nos conduce a advertir que el trabajo no cualificado ha de reservarse a los que entrañen tareas que son manuales o para aquellas labores en las que no se precisen conocimientos particulares o especializados del trabajador.

La situación se puede complicar cuando una actividad laboral entrañe en si misma la realización de quehaceres variados, los cuales aisladamente son susceptibles de ser encuadrados en categorías autónomas. En estos supuestos, lo verdaderamente relevante a los efectos que nos atañen es conocer cuáles son las actividades principales que se acometen por el trabajador, desechando aquellas otras que participan de la naturaleza de la ocasionalidad⁴⁴⁹.

Presente, no obstante, tenemos que tener a los indicios que nos indicarán que la realidad material coincide con la formal y que se cifran en la coincidencia entre las categorías, grupos profesionales y el nivel salarial. En estos supuestos, según el Tribunal y con base a una interpretación finalista, será necesario que el trabajador acredite

Baleares de 17 de febrero de 1993 (AS 1993/709); STSJ Islas Canarias de 11 de junio de 1993 (AS 1993/2764); STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 1993 (AS 1993/5290); STSJ Cataluña de 10 de enero de 1994 (AS 1994/143); STSJ Galicia de 20 de enero de 1994 (AS 1994/217): se concertó un período de prueba conforme a una categoría. El trabajador no realizó las funciones correspondientes a esta categoría, por lo que se declara la nulidad del período de prueba; STSJ Madrid de 16 de febrero de 1995 (AS 1995/820).

⁴⁴⁸ A título de ejemplo, la STSJ Cataluña de 10 de mayo de 2011 (JUR 2011/248890): personal cualificado no titulado se considera a la camarera de pisos de hotel en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 11 de diciembre de 1.992, recurso 751/92, al ayudante de cocina, en la de Cataluña de fecha 15 de octubre de 1.992, recurso 3.290/92 o al auxiliar de caja en la de dicha Sala de 27 de septiembre de 1.993, recurso 3.169/93 o en la de Asturias, de 30 de octubre de 1.992, recurso 998/92. Y ello, porque, como explica la última de las sentencias citadas, se aplicó el criterio del extinto Tribunal Central de Trabajo, que reservó la condición de personal no cualificado a las categorías correspondientes a las funciones de peonaje, sin cualificación alguna [Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 13-9-1988 (RTCT 19885692), 21-9-1988 (RTCT 19885731), 7-2-1989 (RTCT 19891369) y 22-2-1989 (RTCT 19891445), entre otras]. La STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2.001 (JUR 2001/166405) considera que no está incluida en la condición de trabajador no cualificado las labores de mantenimiento, servicios varios y control de acceso, y la de 25 de octubre de 2.002, respecto a la categoría de auxiliar administrativo -a la que se adscribían los telefonistas-, declara que *"no puede considerarse 'de personal no cualificado', pues como personal 'que se dedica a operaciones elementales administrativas y en general a las puramente mecánicas inherentes al trabajo de la oficina o despacho', según así se define dicha categoría profesional, 'las operaciones administrativas, por elementales que sean -Fundamento de Derecho 2º-, exigen cierto grado de cualificación, al menos estudios primarios, y las operaciones mecánicas son precisamente las referidas a la oficina' "*. En lo que se refiere al supuesto concreto que tiene que analizar, estima que las labores de atención telefónica, al precisar de algún tipo de formación, es trabajo cualificado.

⁴⁴⁹ STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 1993 (AS 1993/3854): la realización de funciones aisladas no tiene trascendencia para la determinación del período de prueba que ha de tener en consideración las que son actividades principales.

otra realidad o lo que es lo mismo que las funciones realmente desempeñadas son diferentes⁴⁵⁰, pues sobre él recae en cualquier caso la carga probatoria.

Así pues, tal y como ocurre con el resto de las cuestiones laborales, nos encontramos cara a cara con la necesidad de descender a la realidad fáctica, pues lo verdaderamente revelador para saber si la duración del período de prueba es ajustada a Derecho es averiguar cuáles son en la práctica las funciones que efectivamente se llevan a cabo por el trabajador⁴⁵¹.

7.10.- El cómputo de la duración del período de prueba.-

7.10.1.- Dies a quo.-

Para conocer si el período probatorio es o no ajustado a Derecho no basta con saber que el mismo está correctamente señalado en el contrato y responde a la finalidad para la que es llamado.

Las posibilidades extintivas que posibilita la celebración de la prueba exigen que se lleven a cabo en un tiempo legal: el que idóneamente se ha acordado como lapso de prueba. De esta forma, si las facultades de cese se despliegan con posterioridad a este intervalo de tiempo no se podrá hacer uso de las facultades del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, sino que tendremos que acudir a las fórmulas que con carácter general señala el artículo 49 del mismo cuerpo legal.

Por esta razón es fundamental conocer desde cuándo empiezan las partes a estar inmersas en la prueba y a partir de qué momento desaparece la misma.

Empecemos por el análisis del día inicial. Las opciones que se barajan en el plano teórico para establecer el momento en que se inicia la prueba son tres, a saber: o bien comienza con la firma del contrato o ha de entenderse que surge con el nacimiento de la prestación de servicios e incluso la tercera opción, es que empiece a computar a partir del día siguiente al que marca el origen de la relación laboral.

La opción que más convence a nuestra doctrina judicial es la de hacer coincidir el momento inicial de la prueba con el surgimiento de

⁴⁵⁰ STSJ Madrid de 29 de noviembre de 2002 (JUR 2003/95878).

⁴⁵¹ Sin que hayan perdido actualidad, pese a la lejanía temporal de los pronunciamientos: STS de 20 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6159); STS de 19 de junio de 1990 (RJ 1990/5486); STS de 23 de febrero de 1987 (RJ 1987/1094); STS de 26 de octubre de 1990 (RJ 1990/7718).

la relación laboral, esto es, de la prestación de servicios, sin perjuicio de que las partes contractuales puedan acordar la previsión contraria⁴⁵². Incliniéndose hacia esta alternativa se consigue la aproximación con la previsión teleológica del instituto de la prueba.

7.10.2.-Dies ad quem.-

Una vez sentada la anterior premisa nos corresponde conocer cuál es el día en el que finaliza la prueba pues, como ya se ha sostenido, de la determinación del día inicial y la precisión del momento final dependerá que la posible extinción que se realizara sea ajustada a Derecho.

El dilema surge por cuanto las opciones posibles son dos. O el cómputo del plazo de prueba habrá de realizarse teniendo en consideración los días naturales o, por el contrario, estimando que tan solo computan los efectivamente trabajados.

Si seguimos a DEL REY GUANTER⁴⁵³ nos inclinaremos a opinar que en el período de prueba tan solo se pueden computar los días hábiles. El período de prueba sirve fundamentalmente para la obtención de un cabal conocimiento y este no se puede producir en el tiempo en que el trabajador no lleva a cabo el servicio encomendado. Así pues, de ser otra la interpretación sostenida no se estaría observando la finalidad a la que va encaminado el instituto.

MARTÍN VALVERDE⁴⁵⁴ sin desconocer que “la validez de predicción del período de prueba reposa sobre la prestación de servicios efectivos y no sobre el mero curso cronológico de días de calendario”, no puede admitir el descuento de días en los que no se presta los servicios, por cuanto son “fechas aisladas, cuyo carácter no laborable era totalmente previsible en el momento de celebración del contrato”. “Si en la redacción legal o en las redacciones

⁴⁵² STSJ Cataluña de 17 de enero de 1992 (AS 1992/296): se computa desde el primer día, no a partir del siguiente por la propia finalidad (profesional y personal) del período de prueba (salvo pacto en contrario); STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2007 (AS 2007/3562); STSJ de País Vasco de 27 de abril de 2010 (JUR 2010/405694). En estas dos últimas sentencias se cita STSJ Cataluña de 17 de enero de 1992 (AS 1992/296). En sentido contrario, teniendo en cuenta la ley imperante de aquel momento – art.17.2 de la Ley de Relaciones Laborales y la Ordenanza aplicable- : STCT de 29 de septiembre de 1977 (RTCT 1977/4428).

En sentido contrario: STSJ C. Valenciana de 12 de diciembre de 2001 (JUR 2002/267596): a nuestro juicio se aprecia en esta sentencia una contradicción, pues opta por entender –a pesar de que no existe referencia expresa de las partes- que solo han de computarse los días laborales porque son únicamente estos en los que se realiza el cometido propio de la prueba y, de otro lado, excluye del cómputo uno de los días (el primero) obviando que también en este se llevó a cabo la prestación convenida y también olvidando lo asentado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) contenido en Sentencia de 25 de septiembre de 2001 (JUR 2001/8150) a cuyo contenido nos referiremos más adelante.

⁴⁵³ DEL REY GUANTER, S. (Dtor.): *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*. La Ley, 2007, pág.304.

⁴⁵⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 257.

reglamentarias no se ha especificado que los días habían de ser hábiles o laborables, sólo forzando en exceso la interpretación se puede presumir que dicha especificación estaba implícita, aunque no consignada por olvido, en la formulación normativa. Lo lógico es pues, ante el silencio de las disposiciones laborales, hacer entrar en juego la regulación supletoria de cómputo de plazos del Título Preliminar del Código Civil. Esta regla de cómputo por días naturales, y de no descuento de las interrupciones por descanso semanal o por festivos"; BALLESTER PASTOR⁴⁵⁵ sigue la corriente formulada por MARTÍN VALVERDE.

DE VAL⁴⁵⁶, incluye una precisión relativa a la autonomía de la voluntad. Señala que, a falta de pacto expreso computan todos los días con independencia de su carácter. Esta afirmación no obsta que si se desea que tan solo se tengan en consideración los días laborables se pueda convenir de esta forma en convenio o en contrato, con la limitación siempre presente de la proscripción del abuso de derecho⁴⁵⁷. El fundamento que emplea para alcanzar esta conclusión es el mismo que ya utilizara MARTÍN VALVERDE y reitera BALLESTER PASTOR.

Por su parte, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ⁴⁵⁸ se expresa en el mismo sentido, "no sólo por evidentes razones de seguridad jurídica, sino también porque durante estas pequeñas paradas, por no producirse la desconexión del contrato, siguen verificándose las aptitudes de los trabajadores". Con independencia de que estamos de acuerdo con su posición final, no podemos compartir su argumentación.

La seguridad jurídica (y aún más la que es "evidente") no se alcanza por inclinarnos en considerar que se computan los días naturales en defecto de los hábiles. A este principio se da cumplimiento cuando se conoce la respuesta del legislador -y la posterior de nuestros tribunales- a un problema jurídico, con independencia de cuál ha sido la solución adoptada. Es la certeza del Derecho.

De otro lado, tampoco entendemos a qué alude el autor cuando expresa que en los tiempos dedicados al descanso del trabajador no se produce "la desconexión del contrato". Desconocemos a qué tipo

⁴⁵⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 57.

⁴⁵⁶ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 138.

⁴⁵⁷ Algún pronunciamiento estima que no es de aplicación la previsión contractual acerca de que solo se incluyan los días hábiles, al ser esta mención contraria a lo establecido en convenio: STSJ Madrid de 29 de junio de 1998 (AS 1998/5554); STSJ Madrid de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/167506): el que se fijó en contrato era superior: 180 días laborables y vulnera los límites de derecho necesario, por lo que se aplica el convencional (de 6 meses).

⁴⁵⁸ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "El período de prueba en el contrato de trabajo", op.cit., TOL4.143.430.

de situaciones se refiere cuando emplea esta expresión (¿son solo los supuestos de interrupción?, ¿abarca también la suspensión?, en definitiva, ¿qué se ha de entender por desconexión del contrato?) y, por supuesto, no sabemos cómo se pueden verificar empíricamente las aptitudes de los trabajadores durante el tiempo en que estos no prestan efectivamente sus servicios.

A nuestro juicio, las razones esgrimidas por la doctrina científica tendentes a la aplicación supletoria de las previsiones contenidas en el Código Civil (cómputo de días naturales ex art.5.2 del Código Civil⁴⁵⁹) a falta de un expreso deseo del legislador laboral en otro sentido, nos conducen a afirmar que necesariamente han de computarse todos los días con independencia de que fueran o no trabajados efectivamente y, a salvo de la posible previsión expresa de las partes indicando justamente lo contrario.

Entendemos que con esta visión no somos ajenos al espíritu de la norma. El Estatuto de los Trabajadores (artículo 26.1 Estatuto de los Trabajadores) equipara –aun cuando sea a efectos de devengo del salario- el “trabajo efectivo” con los “períodos de descanso computables como de trabajo”. Las interrupciones breves y connaturales a la prestación de servicio por cuenta ajena tienen el mismo tratamiento que las jornadas laborales, así pues no encontramos óbice alguno para que esta unidad en el tratamiento también se extienda a la prueba sin pervertir la esencia de su regulación.

En lo que se refiere a la doctrina judicial, ni ha existido tradicionalmente⁴⁶⁰ ni existe en la actualidad unanimidad de criterio. Aparecen sentencias que se decantan por afirmar que, salvo pacto en contrario⁴⁶¹, computarán todos los días con independencia de si son o no hábiles para trabajar⁴⁶², mientras que otras entienden que –con

⁴⁵⁹ Art.5.2 CC: “ En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles”.

⁴⁶⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit. pág.256 y pág.257, reseña diferentes pronunciamientos judiciales, destacando que “la mayoría de las sentencias se inclinan por el cómputo por días naturales”.

⁴⁶¹ En ocasiones, el propio contrato de trabajo expresa si han de computarse solo los días hábiles, tal y como ocurrió con el supuesto dilucidado ante el TSJ Islas Canarias de 26 de julio de 2002 (AS 2003/2385) o es el convenio de aplicación el que sirve de referente para la interpretación, así STSJ C. Valenciana de 12 de julio de 2001 (AS 2001/2055) que habla de “trabajo efectivo”, habiendo de entender por esta expresión exclusivamente los días efectivamente trabajados, de conformidad con una interpretación literal y teleológica del precepto.

⁴⁶² STSJ Andalucía de 7 de noviembre de 1989 (AS 1989/181 O); STSJ Cataluña de 17 de enero de 1992 (AS 1992/296); STSJ Islas Canarias de 31 de octubre de 1997 (AS 1997/5027); STSJ Castilla y León de 11 de enero de 1999 (AS 1999/5578); STSJ Islas Canarias de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000/300306): se propugnó una interpretación no civilista de la norma sino una más adecuada al sentir de la norma (esto es, computar solo los días hábiles). El Tribunal entiende que cabe el pacto en este sentido y a falta del mismo, lo que procede es que computen todos los días en atención a los apartados 1 y 3 del art.14 ET y al propio contrato; TSJ Castilla La Mancha de 26 de octubre de 2004, (AS 2004/2925); STSJ Cataluña de 5 de mayo de 2006, (JUR 2006/272042): apoyándose en otros asertos, entiende que las partes pueden pactar que los días convenidos en el período de prueba lo sean naturales o efectivamente

base a la interpretación finalista a la que hemos hecho referencia- se despreciarán del cómputo los días no laborales⁴⁶³.

De cualquier forma, para aquellos contratos en los que se pactara que se incluirán solo los días hábiles, hemos de tener en cuenta que exclusivamente deben computarse los días en los que efectivamente se prestaran los servicios, con independencia de que el centro de trabajo tuviera otro horario⁴⁶⁴. Esta afirmación supone que se habrán de excluir del cómputo los días de formación, los propios al descanso semanal y aquellos en los que el trabajador goce de un permiso⁴⁶⁵.

Todo cuanto se ha expresado es válido para el plazo de prueba cuando este se señale en días, pero habitual también es que se recurra al módulo temporal mensual para establecer el período. Acaso cuando se emplea el módulo mensual se está concediendo más importancia a la "valoración global" del trabajo que a la "observación

trabajados; STSJ Madrid de 19 de marzo de 2007, (JUR 2007/214543): en el contrato se previó que computaran tan solo los días efectivamente trabajados; STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2007 (AS 2007/3562): "... salvo voluntad expresa de las partes, cuando no suponga abuso de derecho incluye los días naturales (SJS Tarragona núm. 1, 15 de enero de 2003 (AS 2003/1415), entendiéndose que la expresión días naturales de trabajo efectivo se refiere a días en que se prestan servicios (STSJ I. Canarias de 26 de julio de 2002 (AS 2003/2385))".

En sentido contrario, entendiéndose que solo computan los laborables: STSJ C. Valenciana de 14 de febrero de 2003 (AS 2003/2915).

⁴⁶³STSJ C. Valenciana de 12 de diciembre de 2001 (JUR 2002/267596): no se especificó en el contrato si eran días naturales o laborables. Se entendió que lo eran laborables, pues solo en estos se puede llevar a cabo las experiencias que constituyen el objeto de la prueba; STSJ C. Valenciana de 14 de febrero de 2003 (AS 2003/2915): "... resulta coherente que tal prueba se circunscriba a los días efectivamente trabajados pues es en ellos donde las partes pueden realizar las experiencias que les servirán de base para mantener o, en su caso, desistir de la relación laboral recientemente iniciada»; STSJ de País Vasco de 27 de abril de 2010 (JUR 2010/405694): "se debe atender a una duración de días en las que se produzca una prestación efectiva laboral o de servicios (sentencia del TSJ de Las Palmas 26 de julio de 2002 AR 2385/03)." ; STSJ Cataluña de 10 de noviembre de 2009 (JUR 2010/51101).

Algunas sentencias –las menos- afinan aún más, entendiéndose que la referencia contractual a "días laborables" no puede equivaler a trabajo efectivo. STSJ I. Baleares de 15 de noviembre de 1999 (AS 1999/6837): en el contrato se pactó expresamente que se tuvieran en cuenta los días laborables, mas no deben entenderse excluidos aquellos días en los que el trabajador se ausentó de su puesto de trabajo, puesto que días laborables no es sinónimo de días de prestación de trabajo efectivo, sino que tan solo excluye los días que reglamentariamente se han reputado como inhábiles. En la STSJ Andalucía de 17 de mayo de 2000 (AS 2000/2688) habrá que entenderse que a pesar de que no debía trabajar los sábados, no se excluyen estos del cómputo, por no haberse previsto específicamente en el contrato y habiéndose incluido los sábados en el calendario de días laborables.

⁴⁶⁴ STSJ Galicia de 25 de septiembre de 1998 (AS 1998/6328).

⁴⁶⁵STSJ C. Valenciana de 18 de enero de 2001 (JUR 2001/165029): solo se consideraban –pues así se señaló en contrato- los días laborables, debiendo excluirse los festivos y también los sábados por no tener aquel carácter con base, todo ello, a una interpretación literal y teleológica.

Teniendo en cuenta el marco legal dispensado por el Estatuto de los Trabajadores de 1980: STSJ Madrid de 13 de febrero de 1995 (AS 1995/812): de la referencia a los días laborables ha de entenderse que se excluirán los días en los que no se trabajó, incluyendo aquellos en los que el empleado se ausente, ya sea por su voluntad, por permisos, licencias o inasistencia de cualquier tipo.

diaria del trabajo⁴⁶⁶ a la que atiende la fijación del plazo en atención a un criterio diario.

En estos supuestos, la forma de calcular el plazo no coincide con la que antes hemos señalado. Concretamente, BARREIRO GONZÁLEZ⁴⁶⁷ entendía que habíamos de aplicar directamente la prescripción señalada en el art.5 del Código Civil, computando de fecha a fecha.

Esta tesis es acogida por la doctrina judicial⁴⁶⁸, con la prevención de que si no hubiera día equivalente en el mes de finalización, se entenderá que la finalización se produce el último día de la mensualidad. Otra precisión a tener en cuenta es que en los supuestos en los que la prueba finalice un día festivo no podrá entenderse prorrogada su terminación al inmediatamente siguiente día laborable⁴⁶⁹.

Al ser el cómputo de fecha a fecha no hay exclusión posible de días, ni tan siquiera de aquellos en los que no se presta la actividad laboral⁴⁷⁰.

No obstante, y a pesar de la casi avenencia antes referida, podemos encontrarnos con otros problemas relativos a la data del día de finalización exacta de la prueba. La duda surge por cuanto podríamos entender que los meses finalizan –y por ende la prueba- el número de día anterior al que comenzó la prestación de servicios o bien creer que es necesario hacer coincidir el número de día en el inicio y su vencimiento. Dicho de otro modo si se fijó un período de un mes a comenzar el trabajo el día 1 de mayo, ¿finaliza la prueba el 31 de mayo o el 1 de junio?.

TOROLLO⁴⁷¹ coincide con la interpretación que más adelante en el tiempo efectuará la Sala de lo Civil (Sentencia del Tribunal

⁴⁶⁶STSJ Madrid de 13 de febrero de 1995 (AS 1995/812). La Sentencia señala que la escisión entre el período de prueba establecida por días y por meses estriba en que en el primer caso adquiere más relevancia la diaria observación del trabajo desempeñado que lo que constituye su valoración global.

⁴⁶⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”, op.cit., pág.51.

⁴⁶⁸ STSJ Cataluña de 7 de noviembre de 2000 (AS 2000/3679); STSJ Castilla y León de 10 de enero de 2005 (AS 2005/68); STSJ Madrid de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/167506); STSJ Cantabria de 26 de junio de 2006 (JUR 2006/200222) apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 (EDJ 2000/1636) y las del TSJ de Madrid de 26 de noviembre de 1998 y 30 de diciembre de 2000; STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50482).

⁴⁶⁹ STSJ Madrid de 26 de noviembre de 1999 (AS 1999/4147). Lo que no ocurriría de entender que es un plazo administrativo.

⁴⁷⁰ STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 2002 (JUR 2002/255538): la empresa descuenta del periodo de prueba los días de formación, los del fin de semana y los del permiso del trabajador. Se fijó un período de prueba de un mes. El Tribunal entiende que al ser un cómputo de “fecha a fecha” no hay exclusiones posibles.

⁴⁷¹TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: “Extinción del contrato en período de prueba”, op.cit., pág.332.

Supremo de 25 de septiembre de 2001⁴⁷²) sobre la materia –y, por ende, del art.5.1 del Código Civil- en el sentido de hacer coincidir el día de inicio con el de finalización, sin proceder a descuento de ningún tipo⁴⁷³. En el mismo sentido se manifiesta GARCÍA RUBIO⁴⁷⁴.

Apuntado dejamos que nuestra doctrina judicial social no es unánime y, en ocasiones, sobre la base del mismo precepto (art.5.1 del Código Civil) llegan a conclusiones dispares⁴⁷⁵.

Sin contestar dejamos, no obstante, el interrogante relativo a qué ocurre –en materia de plazo- en los supuestos de interrupción de la prueba por los motivos legales y los acordados en contrato. Pretendemos reiterar la pregunta en el capítulo destinado a abordar los supuestos que pueden generar la interrupción del período de prueba.

7.10.3.- El contrato a tiempo parcial.-

El contrato a tiempo parcial se caracteriza por la singular jornada que se concierta y se define por contraposición a la concepción del contrato a tiempo completo. El art.12.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone:

“El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.”

⁴⁷² RJ 2001/8150.

⁴⁷³ STS 25 de septiembre de 2001, RJ 2001/8150: “*Por otra parte, aunque el sistema de computación (de fecha a fecha) que para los plazos fijados por meses o años establece el artículo 5 del Código Civil sea distinto del que para los plazos señalados por días previene el mismo precepto, ello no quiere decir que no sea de aplicación a aquéllos la regla de exclusión del día inicial –pues tal cosa en modo alguno se afirma– ni que, en consecuencia, el plazo objeto de consideración haya de expirar no en el día equivalente del mes del vencimiento, sino en el anterior. En efecto, la última frase del apartado primero del precepto se limita a prever una alternativa para los supuestos en que en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial, lo que evidentemente indica que cuando tal día exista, en él precisamente ha de expirar el plazo.*”

⁴⁷⁴ GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el periodo de prueba”, op.cit., pág.22.

⁴⁷⁵ Entendiendo que existe correspondencia numérica entre el inicio y la finalización de la prueba: STSJ Madrid de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/167506); STSJ Castilla y León de 10 de enero de 2005 (AS 2005/68); STSJ Comunidad Valenciana de 10 de enero de 2002 (JUR 2002/249663); Descartando el primer día: STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2000 (AS 2000/3679) o la del TSJ Madrid de 30 de diciembre de 2000 (JUR 2001/96616) y la del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 26 de junio de 2006 (JUR 2006/200222).

Por su parte, la Sentencia del TSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2000 (JUR 2001/96616) no cree aplicable al supuesto de autos el reiterado art.5.1 del Código Civil por cuanto este precepto ha sido concebido para el ejercicio de acciones y derechos y no para “*el cómputo de períodos de trabajo*”, siendo un sinsentido excluir un día que ha sido efectivamente trabajado con base a la STS de 28 de enero de 1998.

Si continuamos con la lectura del precepto podremos ver que en ningún apartado de este denso artículo aparece referencia alguna al período de prueba, lo que acaso nos podría hacer dudar incluso acerca de la posibilidad de concertar la prueba cuando nos hallemos ante esta especial modalidad de prestar la jornada.

Nada más lejos de la realidad, no existe razón alguna para entender que no se puede aplicar la institución estudiada⁴⁷⁶ cuando se concierta una jornada a tiempo parcial. La ubicación del precepto destinado a la regulación del período de prueba se inserta genéricamente dentro del Título II que lleva por título "Contenido del contrato de trabajo" –sea cual fuere este-; el artículo 14 no establece excepción alguna para entender aplicable solo a las relaciones celebradas a tiempo completo y tampoco el precepto dedicado a la regulación del contrato a tiempo parcial incluye una mención específica en este sentido.

No obstante, sí que podrán surgir en la práctica conflictos dada la singularidad que presentan los contratos a tiempo parcial.

En este sentido, y dado que el compromiso laboral asumido por el trabajador no es igual al que tiene un trabajador a tiempo completo comparable, se plantean dudas acerca de si el tratamiento jurídico que se ha de dispensar al trabajador a tiempo parcial en materia probatoria es el mismo que el que ya hemos estudiado o avanzaremos más adelante.

Concretamente las posibles fricciones pueden venir originadas en materia de duración del período de prueba.

La cuestión que se plantea es si la duración del período de prueba en los contratos a tiempo parcial es igual a la establecida con carácter general o, por el contrario, experimenta algún tipo de modificación en atención a la concreta jornada desempeñada.

De esta forma, al llevarse a cabo –en los contratos a tiempo parcial- un compromiso de prestación de servicios inferior, en lo que se refiere a la jornada anual, a la del resto de trabajadores a tiempo completo, quizás pudiera opinarse que el período de prueba se

⁴⁷⁶ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.139 menciona en su nota a pie 336: "Como ha destacado LÓPEZ MORA, F.V., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*. Ed. Deusto, Bilbao,1990, págs. 48-49, el silencio normativo "no debe interpretarse en el sentido de que dicha institución laboral resulte inaplicable a esta relación" puesto que la finalidad y fundamento del período de prueba afecta por igual al contrato a tiempo parcial y porque la legislación laboral general, ante las múltiples lagunas del bloque normativo específico, complementa y cierra el régimen jurídico aplicable a esta modalidad". Además, opinamos que el silencio del legislador en el art.14 o en el art.12 no puede entenderse como un olvido, por la considerable trayectoria histórica del instituto probatorio y las reformas de considerable enjundia del art.12 del Estatuto de los Trabajadores.

tendría que dilatar en el futuro, extendiendo este en el tiempo a fin de acomodarlo a la específica realidad laboral y poder conocer efectivamente si los contratantes desean seguir unidos contractualmente.

La forma de conseguir en la práctica ese eventual incremento del período de prueba sería considerar computables solamente los días en los que efectivamente se presta el trabajo, invirtiéndose por tanto lo que hasta el momento hemos defendido como norma general de cómputo de la prueba.

A veces, el propio convenio de aplicación podrá dispensarnos la respuesta, pero tal y como apunta DE VAL "en muy pocas ocasiones se contempla la situación en la que queda el cómputo del período de prueba para las contrataciones realizadas a tiempo parcial."⁴⁷⁷

DEL REY GUANTER, coherente con las manifestaciones en torno a que en el período de prueba con carácter general solo han de computarse los días hábiles, resuelve la cuestión en el mismo sentido para los contratos a tiempo parcial⁴⁷⁸. No hay diferencia de tratamiento por cuanto, con independencia de la jornada prestada, a efectos del cómputo de la prueba solo tomaremos en consideración los días de prestación de servicio efectivo.

BALLESTER PASTOR⁴⁷⁹ reseña que "resulta lícito alargar el tiempo del período de prueba por contrato en proporción al tiempo no trabajado efectivamente cuando se trata de contrato de trabajo a tiempo parcial" -y de esta manera coincide con lo ya expresado por DURÁN LÓPEZ⁴⁸⁰- matizando, no obstante que "... sin que este alargamiento tenga en cuenta los descansos semanales y los festivos, al igual que sucede con los contratos de trabajo no realizados a tiempo parcial".

DE VAL manifiesta que "Desde una perspectiva finalista, cabe rechazar de plano la regla de la proporcionalidad para determinar la

⁴⁷⁷ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 139. En algún convenio se establece que se tendrá en cuenta solo la prestación efectiva de servicios. Señala más adelante de su discurso, pág.141, que sería altamente recomendable que o bien el convenio o el contrato resolvieran esta cuestión. Así ocurrió en la STSJ Cataluña de 12 de noviembre de 2012 (JUR 2013/19651) que a la luz del convenio vigente se entendió que el período de prueba venía fijado con relación a la duración total del contrato, con independencia de la jornada que se había pactado.

A título de ejemplo en los años 2013 a 2014, el Convenio Colectivo para el sector de las colectividades de Cataluña para el año 2013 previó en su art.26 que los períodos de prueba de los contratos a tiempo parcial se regirían de conformidad con las reglas establecidas con carácter general en el art.18, computándose por tanto los días naturales.

⁴⁷⁸ DEL REY GUANTER, S.: *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, op.cit., pág. 304.

⁴⁷⁹ BALLESTER PASTOR, A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 59.

⁴⁸⁰ DURAN LÓPEZ, F.: "El período de prueba", *Relaciones Laborales* núm.12, 1988, pág.104.

extensión de la fase de prueba, puesto que condicionaría su efectividad, sin que por ello, de contrario, resulte aceptable ampliar la duración de la prueba en los contratos a tiempo parcial computando sólo las horas de trabajo efectivo, sin descontar los festivos y descansos semanales, bajo el pretexto de cumplir la finalidad de la misma⁴⁸¹. En consecuencia, cuando nos encontremos sin previsión convencional, lo razonable será aplicar los límites máximos de referencia y también las reglas sobre el cómputo previstos para los contratos a tiempo completo⁴⁸²... otra solución distinta perjudicaría la posición del trabajador caso de contabilizar únicamente las horas de trabajo efectivo hasta alcanzar el total previsto, en hipótesis para un trabajador a tiempo completo que desempeñe funciones de igual categoría o de categoría equivalente”.

No nos convence el argumento empleado de DE VAL acerca del perjuicio que se ocasionaría a la persona del trabajador si solo se tuvieran en cuenta las horas realmente trabajadas.

El perjuicio o no del trabajador –al menos hoy en día- es relativo. Opinamos, en este sentido, que se debe aplicar el principio de proporcionalidad tal y como se hace en las cuestiones salariales para este colectivo.

Creemos que si sostenemos otra interpretación y no damos entrada a este régimen especial, el eventual perjuicio se le estaría ocasionando al trabajador a tiempo completo –en el sentido señalado por DE VAL- quien, en la práctica, estaría sometido a un período de prueba superior al de su compañero a tiempo parcial.

Pero es que, desde el punto de vista del trabajador a tiempo parcial no acertamos a ver con rotundidad el perjuicio que se le ocasionaría. Tal vez si se admitiera que el contrato a tiempo parcial posibilita la entrada de un período de prueba en el que se computaran tan solo los días en que efectivamente se presta servicios, se estaría “privilegiando” a ese trabajador, por cuanto el empresario preferiría contar con trabajadores a tiempo parcial sobre los trabajadores a tiempo completo y se conseguiría el ansiado fomento de la contratación a tiempo parcial.

De lo contrario, la ventaja empresarial que supone el período de prueba y que indudablemente supone un acicate para tomar la

⁴⁸¹ DE VAL TENA, A.L: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit. pág.139. Nota al pie. “De esta opinión es DURAN LOPEZ, F., “El período de prueba”, con el fin de que el período de prueba cumpla su finalidad adecuadamente”.

⁴⁸² *Ibíd.* “En este sentido (nota 341) LÓPEZ MORA, F.V., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, cit.pág. 50; MERINO SENOVILLA, H., *El trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág.274; y GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, cit., pág.123. (nota 52)”.

decisión empresarial de contratar (y de ello es consciente el legislador al dar entrada al especial período de prueba para los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores) podría quedar vacía de contenido, sobre todo en aquellos contratos en los que la jornada experimenta una disminución claramente significativa con respecto a los trabajadores contratados a tiempo completo.

Partamos de la situación deseable: el convenio de aplicación recoge la duración del período de prueba en estrecha relación con la complejidad de las funciones a desempeñar, estimándose –ajustadamente– que para probar la valía del trabajador se va a requerir ese específico período de tiempo, ni más ni menos. La situación es la deseada, pero no es perfecta pues al señalar el lapso no se hace referencia a qué ocurre con los trabajadores a tiempo parcial (pues, en caso contrario, se zanjaría la discusión). Si sostuviéramos que estos tienen el mismo régimen temporal de prueba que los contratados a tiempo completo, nos topáramos de lleno con una de estas dos situaciones: o el período de prueba convencional en realidad es excesivo por cuanto con menos tiempo de prestación de servicios efectivo puede lograr la finalidad a la que viene llamado o ante un empresario que le ha faltado tiempo para “probar” al trabajador a tiempo parcial, por lo que decide no arriesgarse y pone fin a la relación durante la prueba ante la incertidumbre acerca de las actitudes y aptitudes de ese trabajador a tiempo parcial.

Por supuesto, en los supuestos en los que se haya formalizado un contrato temporal a tiempo parcial, la extensión de la prueba no podría abarcar más que la propia duración de la relación laboral concertada.

La posición de DE VAL –sumándose a la expresada por CRUZ VILLALÓN y por GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ– es diferente cuando nos encontramos ante un contrato fijo discontinuo⁴⁸³ y sostiene que “es más justo, desde una perspectiva teleológica, limitar el cómputo solamente a las temporadas de actividad⁴⁸⁴, adicionando temporadas sucesivas si fuera preciso hasta completar la extensión pactada, en tanto las partes quedan relegadas durante los períodos de inactividad de sus respectivas obligaciones mientras no se reanude la actividad en la campaña siguiente”⁴⁸⁵.

⁴⁸³ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.141.

⁴⁸⁴ Ibídem. Nota 343: “De esta opinión, CRUZ VILLALÓN, J.: *El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984*, Relaciones Laborales, T.I, 1985, pág.455, al afirmar que “el cómputo de los plazos de duración de la prueba se debe efectuar respecto al tiempo de actividad cíclica, excluyendo los momentos de interrupción entre la finalización y el comienzo de la temporada”. Comparte la misma opinión, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, pág.124”-

⁴⁸⁵ A pesar de que no exista una previsión explícita acerca de este colectivo de fijos-discontinuos, en el Convenio colectivo de trabajo del sector agropecuario de Cataluña –Resolución EMO/1705/2013 de 26 de

No acertamos a ver la necesidad de diferenciar entre fijos-discontinuos y los trabajadores contratados a tiempo parcial. Confluye la misma necesidad de justicia “desde una perspectiva teleológica”. Ambos realizan una jornada que no es completa, por cuanto que el número de horas que prestan sus servicios (ya sean semanales, mensuales o anuales) es inferior a la que se compromete un trabajador a tiempo completo; tanto se pueden parecer los trabajadores entre sí que hasta el legislador ha querido dispensar el mismo tratamiento que a los contratados a tiempo parcial, cuando se haya celebrado un contrato fijo-discontinuo que se repite en fechas ciertas⁴⁸⁶.

Con relación al debate suscitado y descendiendo a la respuesta de nuestros tribunales, querríamos extraer el argumento contenido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 26 de octubre de 2004 (AS 2004/2925).

El pilar sobre el que se asienta es la idea de que en los contratos a tiempo completo se tendrán en consideración los días naturales. Tras plasmar esta consideración preliminar, se descarta para los celebrados a tiempo parcial una solución única en torno a la duración de la prueba.

El legislador ha concebido –a diferencia de lo que ocurría en el pasado- el contrato a tiempo parcial de forma muy flexible, a fin de atender realmente las necesidades empresariales. Así, pueden existir contratos a tiempo parcial en las que las diferencias en torno a la jornada de un contratado a tiempo completo sean mínimas y aparecer otros compromisos contractuales en los que se aprecia de forma ostensible la disminución de la jornada. Pues bien, el tratamiento que a efectos de prueba haya de otorgarse a uno y a otro supuesto no puede ser el mismo. Será necesario descender a la casuística para examinar en qué consiste la variación de la jornada, y así aplicar o no el principio de proporcionalidad, a fin de respetar el verdadero sentido y finalidad del instituto probatorio⁴⁸⁷.

Estamos conformes con el planteamiento, la necesidad de examinar caso por caso, pero en todos y cada uno de ellos sí se ha de aplicar la máxima de la proporcionalidad. Lo que ocurre es que el resultado de aplicar este principio variará en atención efectivamente

julio- se prevé en el art.13 que la condición de fijo-discontinuo presupone la previa superación del período de prueba.

⁴⁸⁶ Art.15.5 ET: “A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine”

⁴⁸⁷ Invoca STS de 11 de mayo de 1998 (RJ 1998/4644) y la inaplicación automática del principio de proporcionalidad.

a la disminución de jornada experimentada y el incremento del período de prueba se fijará en función del tiempo de prestación de servicios (y períodos computables como de trabajo efectivo).

Entendemos que la reserva del principio de proporcionalidad solo para las hipótesis en las que la variación de la jornada haya resultado significativa, choca con el insalvable inconveniente de su imprecisión. ¿Desde qué momento la disminución de la jornada adquiere el grado de relevante?. ¿A partir de que número de horas se aplica el principio de proporcionalidad para así atender al espíritu que preside el período probatorio?. De admitir esta tesis judicial se generaría inseguridad jurídica, sin que de otro lado hubiera un valor o principio jurídico superior al que dotar de primacía. Estas consideraciones nos llevan a entender que, sea cual sea la reducción de la jornada que se experimente con relación a los trabajadores a tiempo completo comparables, se debe ajustar la duración del período probatorio conforme al principio de proporcionalidad.

7.11.-Consecuencias de la falta de acomodación normativa del período de prueba con relación a la duración.-

La cuestión a dirimir son los efectos jurídicos que despliega sobre el contrato de trabajo la declaración de ilicitud de la cláusula probatoria, en aquellos supuestos en los que la duración fijada no respeta los máximos convencionales o legales.

Con relación a la posible declaración de nulidad total del negocio (contrato de trabajo) entablado, no resultaría admisible⁴⁸⁸, no solo en atención a los legítimos intereses del trabajador, sino también por no corresponderse con el expreso deseo del legislativo de que esta consecuencia tan rotunda sea empleada restrictivamente.

El perjuicio al empleado resultaría, de un lado porque se le ha obligado a prolongar injustificadamente el período de prueba, y de otro, porque con su actuación de impugnación judicial conseguiría una declaración de inexistencia de relación laboral, quebrándose por vez segunda el principio de estabilidad en el empleo. Las afirmaciones precedentes nos llevan a la conclusión de que la nulidad total queda reservada a los supuestos de ausencia total de alguno o todos los elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa) de trabajo.

⁴⁸⁸ GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba”, op.cit.

Esta aseveración encuentra su acomodo legal en el art.9.1 en su primer párrafo del Estatuto de los Trabajadores⁴⁸⁹ que enuncia el principio de conservación de los negocios jurídicos y la clara opción hacia la nulidad parcial del contrato. La ilicitud del período de prueba no se escapa de la excepcionalidad con la que se ha concebido la nulidad total en nuestro Derecho laboral: la prueba es inválida pero el resto del contrato permanece incólume.

Sentada la anterior premisa, surge a continuación una nueva duda. Si el período de prueba no fuera válido en cuanto a su duración por contravenir lo dispuesto en la norma ya sea esta legal o convencional, ¿qué ocurre con el resto de la estipulación que fijó el citado período?, ¿se ha de tener por no puesta en su integridad (esto es que no existe tal período de prueba) o por el contrario y afirmando la validez de la vinculación al período probatorio se puede subsanar el error o defecto del que adolece?.

Nuestros Tribunales optan por considerar que la nulidad afecta exclusivamente al exceso⁴⁹⁰, por lo que el período de prueba es perfectamente válido en lo que se refiere a su existencia, pero habrá de corregirse la duración a la que hace referencia el instrumento contractual hasta llegar a su ajuste con la realidad convencional o legalmente permitida.

De esta manera, al igual que ocurre con el resto de supuestos en los que se declara la nulidad parcial, el órgano judicial procederá a la sustitución de las cláusulas ilegales por las que el ordenamiento prevé.

Se respeta, por tanto, la voluntad de las partes contratantes que al inicio de la relación quisieron someterse a un plazo de prueba, aun cuando se limita este al normativamente aplicable. De nuevo, aplicación escrupulosa del art.9.1 del Estatuto de los Trabajadores.

7.12.- Los sucesivos períodos de prueba.-

Bien pudiera pensarse, a la lectura del epígrafe, que lo que vamos a tratar ahora es tan solo una reiteración de contenidos

⁴⁸⁹ Art.9.1.1 ET:“ Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley.”

⁴⁹⁰ STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 1993 (AS 1993/5290); STSJ Murcia de 23 de enero de 1998 (JUR 1998/97500): considera nulo el pacto de período de prueba suscrito contractualmente al sobrepasar el máximo convencionalmente establecido. No obstante, habiéndose producido el cese del trabajador durante el tiempo que se podría haber fijado la prueba legalmente, considera que la extinción obedece a la circunstancia de no haber superado el período de prueba; STSJ Madrid de 1 de febrero de 2010 (AS 2010/1329); STSJ de Aragón de 26 de septiembre de 2012 (JUR 2013/114078).

anteriores. Pues, ¿qué sentido tiene hablar acerca de la reiteración de la prueba cuando hemos estado afirmando categóricamente que no es lícito concertar períodos probatorios tras la realización de los mismos servicios para el mismo empleador?. Es claro que no es posible reproducir el período de prueba en un momento posterior cuando con antelación se había sometido a las mismas partes a uno. Durante el primitivo período de prueba las partes ya tuvieron la oportunidad de conocerse y decidir, a la luz del resultado, si les era conveniente o no continuar con la relación laboral, por lo que no tiene sentido alguno volver a someterse a este experimento de nuevo.

La premisa general es indiscutible pero la riqueza de las relaciones humanas, y más particularmente las laborales, es la que nos lleva a matizar esta aseveración.

Es fácilmente imaginable que dos personas que en el pasado tuvieron un vínculo laboral puedan, en el presente, suscribir uno nuevo que incluso puede tener como objeto la misma actividad que ya en su día se realizara. Si el tiempo transcurrido entre ambas relaciones fue relativamente breve o incluso se llevaron a cabo sin solución de continuidad, opinamos que puede verse claramente que el período de prueba que con posterioridad pudiera suscribirse está viciado, pero ¿qué ocurriría cuando entre una y otra relación laboral ha transcurrido un tiempo más que considerable?, las circunstancias tanto técnicas como personales que afectan a las dos partes contractuales pueden haber cambiado y en esta nueva situación acaso sería recomendable probar si el desempeño de la función es acorde a los intereses de los sujetos contratantes.

Más aún, la ilicitud de la prueba en los supuestos de reiteración en la encomienda de funciones entre las mismas partes es sobre todo visible en aquellos supuestos en los que las partes sometidas a prueba agotaron el plazo máximo de duración. No obstante, ¿qué sucedería si la terminación del primigenio vínculo se produjo cuando había transcurrido apenas unos días de prueba?. Esta circunstancia ¿faculta a las mismas partes contratantes a suscribir en el futuro un nuevo período de prueba para la realización del mismo cometido laboral?.

Continuemos planteando interrogantes. Si en la primera relación laboral no se concertó período de prueba alguno y la duración del vínculo fue escasa, ¿se podría más adelante recurrir a la prueba para que ese mismo trabajador realizara idénticas funciones a las convenidas en el pasado?.

El artículo 14 no establece excepción alguna ni condiciona “ a ningún requisito cuantitativo, con lo que, en principio, habría de defenderse que esta consecuencia juega de forma absoluta, siempre

que el trabajador ya haya realizado las mismas funciones en la empresa, con independencia del tiempo que haya dedicado a su prestación”⁴⁹¹.

No obstante, DE VAL⁴⁹² es de la opinión que “...si la duración del contrato anterior ha sido muy breve, o ha tenido lugar durante cortos períodos de tiempo, se ha de considerar válido el pacto de prueba en la nueva contratación, al no poder la empresa conocer con exactitud, las condiciones del trabajador. Y es que no permitirlo en todos los supuestos planteados perjudica, a la larga, los intereses del trabajador, al quedar privado de una nueva oportunidad para consolidar un empleo”.

En este punto –y con relación a la separación temporal entre las relaciones-, BALLESTER PASTOR⁴⁹³, a nuestro juicio certeramente, manifiesta “la prohibición de un nuevo pacto de prueba es absoluta”, y esto supone que “no resulta posible aplicar el descuento de días del primer pacto hasta llegar al término máximo de prueba”; por su parte, como ya se intuía, DE VAL afirma⁴⁹⁴ que este argumento adicional no es admisible. La misma conclusión se infiere al leer a CRUZ VILLALÓN: “se prohíbe expresamente un segundo pacto de prueba cuando el trabajador ya ha estado vinculado con carácter previo a la empresa y, con solución de continuidad o sin ella, vuelve a ser contratado para el desempeño de las mismas funciones”⁴⁹⁵.

La doctrina judicial está dividida con base fundamentalmente al tipo de canon hermenéutico empleado (interpretación teleológica o literal de la norma). De esta forma –y desde luego no uniformemente- se entendía que el sometimiento a prueba no era factible en estos supuestos, pues de alcanzar la conclusión contraria se estaría sometiendo de forma aplazada al trabajador a una sucesiva probanza⁴⁹⁶ no siendo este el resultado deseado por el legislador. Así

⁴⁹¹ GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el periodo de prueba”, op.cit..

⁴⁹² DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 128.

⁴⁹³ BALLESTER PASTOR, M. A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.41.

⁴⁹⁴ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 127, nota 301.

⁴⁹⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 138.

⁴⁹⁶ STSJ Castilla y León de 4 de enero de 1994 (AS 1994/256): El tribunal considera que la razón de la segunda contratación fue que la relación primitiva de servicios fue satisfactoria para el empleador, por lo que la plasmación de la cláusula de prueba era abusiva; STSJ Cataluña de 23 de abril de 2002 (AS 2002/1989); STSJ C. Valenciana de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/155664): “con independencia del tiempo durante el cual se hubieran prestado los servicios”; STSJ Cataluña de 5 de octubre de 2004 (JUR 2004/308458): se desdice de su primitivo criterio, apoyándose en sus propias sentencias más recientes y con base a una interpretación literal manifiesta que no cabe “aceptar un período de prueba fijado de modo aplazado y sometiendo cada vez el vínculo a esta experimentación que carece de finalidad una vez superada la misma”; STSJ Islas Canarias de 4 de septiembre de 2006 (JUR 2007/2539): es nulo el nuevo período de prueba “no sólo por la aplicación de una hermenéutica gramatical del precepto (que no distingue, en ese segundo contrato, si el período de prueba pactado en el primero se agotó o no) sino por aplicación del criterio exegético teleológico (más que lógico, como lo denomina el Juzgador) o finalista del precepto”; STSJ Cataluña de 14 de octubre de 2009 (JUR 2009/489642): partiendo de la circunstancia de que el período de prueba comparte su sentido con la propia finalidad a la que van

pues, aplicando el criterio hermeneútico literal y el finalista, declaraban la nulidad del período de prueba formalmente acordado. Se entiende que la contratación sucesiva del trabajador obedece a una satisfacción previa empresarial de los servicios que este prestó, por lo que carece de sentido fijar la prueba en esta segunda contratación

No obstante existen fallos que siguen el planteamiento del autor citado y optan por considerar la licitud del período de prueba en los supuestos que ahora comentamos⁴⁹⁷. Para alcanzar tal decisión, toman partido por la que denominan una interpretación teleológica de la norma. La validez del pacto se fundamenta en la circunstancia de que las características personales y aptitudinales han podido modificarse⁴⁹⁸, toda vez que transcurrió un período de tiempo dilatado entre las distintas vinculaciones laborales.

llamados los contratos temporales, se aprecia fraude de ley en la concertación sucesiva de períodos de prueba (aun cuando no alcancen el máximo legal o convencionalmente estipulado) por cuanto la aptitud del trabajador pudo ser convenientemente comprobada con el primero de los contratos celebrados (el segundo lo era indefinido) cuya duración era de dos meses; STSJ de Andalucía de 26 de septiembre de 2012 (JUR 2013/99143).

⁴⁹⁷ STSJ La Rioja de 31 de diciembre de 1992 (AS 1992/6009): cita STCT de 22 de octubre de 1985, (RTCT 1985/5670) y afirma la posibilidad de fijar el período de prueba si entre la anterior y la nueva contratación han transcurrido dos años; STSJ Madrid de 14 de mayo de 1998 (AS 1998/1719): habían transcurrido tres años y diez meses entre las diferentes contrataciones laborales. En función de la finalidad de la norma y desechando una interpretación literal del precepto afirma la licitud de la prueba. Destaca que el precepto acogió la doctrina jurisprudencial sobre abuso de derecho, pero no se puede olvidar que el dilatado período de tiempo transcurrido entre una y otra vinculación ha de ser ponderado, pues la empresa tiene derecho a conocer si las anteriores aptitudes del trabajador persisten. Trae a colación STCT de 22 de octubre de 1985 (RTCT 1985/5670) y la del propio TSJ de Madrid de 24 de septiembre de 1997. Concluye por tanto en que no es abusivo; STSJ Islas Canarias de 21 de diciembre de 1998 (AS 1998/7484): el dilatado período que transcurrió entre una y otra relación laboral (cuatro años) hace concluir en la legalidad del pacto de prueba, superior por tanto al de dos años que se apreciaba en sede de TCT (STCT de 22 de octubre de 1985, RTCT 1985/5670). Afirma que aunque no se establezca legalmente, se puede inferir tal conclusión gracias al sentido final de la norma (art.3.1 CC). No es abusivo. Nos interesa destacar que las funciones a las que se adscribe al trabajador eran las propias de Oficial de 1ª de mantenimiento.

STSJ Cataluña de 19 de octubre de 2007 (JUR 2008/33404): posibilidad de concertar un período de prueba aunque previamente le haya sucedido una relación laboral, toda vez que entre el primer contrato de trabajo y el segundo medió más de un año y medio, así como que las funciones desempeñadas no eran coincidentes (primero fue camarera y luego planchista). Entendemos que hubiera bastado con analizar los cambios en las funciones para concluir, sin duda alguna, que el supuesto analizado no entraba dentro de la prohibición legal, por la diferencia de las actividades contratadas.

STSJ C. Valenciana de 8 de junio de 2011 (AS 2011/2304): en este caso, la primera prestación de servicios se formalizó en 2006 (duró hasta septiembre de ese año) y la segunda lo fue en 2010.

Rechaza la nulidad del período de prueba con base a la siguiente argumentación: por un lado, no se daba la identidad de funciones, por el dilatado transcurso de tiempo y por la propia literalidad del Convenio que proscibía la suscripción de nuevo período de prueba en los supuestos en los que la empresa concertara nuevo contrato de trabajo en el lapso temporal de dos años.

Expresa que durante el tiempo que no estuvo contratado en la empresa, las capacidades laborales del trabajador podían haber variado, e incluso las referidas al rendimiento “*máxime en unos tiempos como los actuales en los que la implantación de nuevas tecnologías está al orden del día*”. Invoca su propia Sentencia al resolver el recurso de suplicación nº 2733/2007.

⁴⁹⁸ STSJ Islas Baleares de 30 de marzo de 1993 (AS 1993/1485) considerando que en el transcurso de los dos años que había separado las dos contrataciones “*ya había transcurrido tiempo bastante como para haber hecho posible la mejora en la formación laboral*”; STSJ Galicia de 19 de enero de 2001 (JUR

Otro de los elementos a analizar, en los supuestos en los que con la anterior relación laboral ya se hubiera concertado un período de prueba, es la duración del primitivo pacto al objeto de determinar si es o no acorde al Ordenamiento la suscripción del segundo. Pero, como ya anunciamos, esta afirmación no es compartida por todos nuestros tribunales, descendiendo a las particularidades de cada supuesto a dirimir a fin de determinar la validez o no del período de prueba que se discute.

El primer dato de relevancia es observar la duración de las diferentes relaciones contractuales, a fin de admitir la “reprueba” solo cuando la relación de trabajo no hubiera agotado el hipotético plazo de prueba que se hubiere podido señalar desde el inicio. En estos supuestos, sería posible fijar el período de prueba, mas solo por el tiempo que reste para agotar el lapso máximo de su duración⁴⁹⁹, esto es, sin que sea posible otra vez iniciar la prueba desde el principio, sino tan solo reanudarla teniendo en consideración los días previamente consumidos en esta situación de probanza o vinculación laboral anterior.

Descendamos a la razón que impulsa al tribunal a fallar de esta manera. Las partes a la hora de señalar la duración convencional (o, en su defecto, el legislador) de la prueba lo hicieron porque estimaron que era preciso ese período concreto para que las partes pudieran probar la idoneidad, por lo que si las relaciones laborales anteriores – incluyendo los períodos de prueba que antes se hubieran podido

2001/82364): transcurrieron cinco años entre una y otra vinculación. Las circunstancias personales y aptitudinales del trabajador han podido variar. No resulta, por ende, abusivo. Reseña STSJ I. Canarias de 21 de diciembre de 1998, AS 1998/7484 y STSJ Madrid de 24 de septiembre de 1997, AS 1997/3248; STSJ Madrid de 10 de julio de 2001 (JUR 2001/281517): el “*largo período de tiempo transcurrido*” (dieciocho meses) “*en el que las condiciones de prestación del trabajo de la actora han podido experimentar algún cambio*”; STSJ País Vasco de 29 de abril de 2003 (JUR 2003/151155): la interrupción de la prestación de servicios en dos años y medio justifica la imposición de un período de prueba, por cuanto ha podido variar la capacidad del trabajador.

En todos los supuestos referidos, a nuestro modo de ver, lo que sirve para fundamentar el fallo son meras suposiciones judiciales.

⁴⁹⁹ STSJ Galicia de 23 de abril de 1999 (AS 1999/860); STSJ I. Baleares de 18 de julio de 2002 (JUR 2002/270972): entendiendo que solo sería inválido si la suma de los dos contratos excediera del máximo permitido para el período de prueba; STSJ de Extremadura de 26 de julio de 2006 (AS 2006/2804): el primer contrato duró un total de 62 días. Se suscribió nueva relación laboral pactándose un período de prueba de 303 días. La suma de los dos períodos coincidía con el período de prueba previsto para la contratación de un trabajador con las características del presente empleado. El Tribunal descarta el fraude porque con la segunda contratación no se concierta un “*nuevo y completo período de prueba*”. En definitiva, si convencionalmente se estima que para comprobar la “*idoneidad del trabajador*” se requiere un año, en la primera relación no concurrían las circunstancias temporales requeridas para demostrar esa aptitud/actitud; STSJ Murcia de 14 de mayo de 2007 (JUR 2007/278760); STSJ Castilla y León de 31 de octubre de 2007 (JUR 2008/45998): se sumaron todos los períodos de prueba anteriores de vinculaciones laborales procedentes de cinco contratos. Al no exceder del máximo permitido, se entiende válidamente concertado el último período de prueba; STSJ Madrid de 10 de marzo de 2009 (JUR 2009/261326); STSJ Asturias de 20 de marzo de 2009 (JUR 2009/234212); STSJ Murcia de 13 de octubre de 2009 (JUR 2009/468868).

pactar- no agotaron ese plazo máximo, no se tuvo la ocasión de probar realmente si los servicios resultaron o no satisfactorios a los fines legítimamente previstos. Ante esta realidad, se les dota a las contratantes de la facultad de fijar la prueba para que conozcan si verdaderamente están interesadas en consolidar la relación laboral.

En estrecha conexión con el fundamento anterior, se ha de valorar si fue o no “escasa” la duración contractual previa. De esta forma, nuestros tribunales se han inclinado por conceder validez al segundo período de prueba cuando el primero no solamente no había agotado el plazo máximo (convencional o contractualmente) previsto, sino cuando al apreciar el escaso tiempo que duró la anterior relación –días- con o sin período de prueba se haya de entender que el período de prueba controvertido es necesario para obtener el conocimiento que pretende extraer el empresario de su concertación⁵⁰⁰.

En virtud de lo antedicho, no faltan las sentencias que declaran que si no se ha excedido del plazo máximo de duración de la prueba se ha de estimar la licitud del ulterior período de prueba por el tiempo que reste⁵⁰¹ hasta llegar a su tope máximo. Este argumento se emplea aisladamente⁵⁰² o yuxtaponiéndolo al que anteriormente hemos expuesto a fin de determinar la licitud del pacto de prueba concertado.

⁵⁰⁰ STSJ Madrid de 23 de febrero de 2001 (AS 2001/1332): la primera relación duró nueve días; STSJ Castilla La Mancha de 3 de junio de 2002 (JUR 2003/60367): se plantea la nulidad de la extinción durante el período de prueba al haberse suscrito con anterioridad dos contratos que incluían período de prueba. Las prestaciones de servicios anteriores duraron tres días. El tribunal concluye que es escasísimo el tiempo para poder apreciar la capacidad del trabajador y por lo tanto la última cláusula no es nula; STSJ Madrid de 7 de marzo de 2005 (JUR 2006/209668): en la primera relación se estableció un período de prueba de 30 días, habiendo finalizado la relación por fin de obra a los 18 días y en la segunda se señaló un período de prueba de 12 días, concluyendo la relación por no superación del mismo a los 3 días. Validez. Con estos datos no se aprecia que se lesione la finalidad normativa del precepto; STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2006 (AS 2006/1476): la primera relación duró tres días; STSJ Madrid de 25 de septiembre de 2006 (JUR 2007/324109): el primer contrato bajo prueba se extinguió a los cuatro días; STSJ Cataluña de 2 de abril de 2009 (AS 2009/2071): en este supuesto sí se estimó posible, dado que el primer contrato celebrado con el trabajador apenas duró dos días (se extinguió durante el período de prueba. A este, sin solución de continuidad, le sucede otro nuevo para la misma categoría profesional, fijándose en esta ocasión un período de prueba.

⁵⁰¹ STSJ País Vasco de 12 de septiembre de 1994 (AS 1994/3560): habían transcurrido 3 años entre las dos contrataciones. En la primera se había superado el plazo máximo del período de prueba. No cabe un segundo período de prueba.

⁵⁰² STSJ Cataluña de 7 de junio de 1995 (AS 1995/2381): el primer período de prueba no fue superado. A los 4 días de comenzar la relación se extinguió esta. Con posterioridad, (13 días después de que finalizara el primer contrato) se suscribe nueva relación laboral incluyendo un período de prueba. Se plantea la licitud del segundo período de prueba. Tras exponer el tribunal la teoría general acerca de la imposibilidad de suscripción de período de prueba tras la realización previa de las mismas funciones, entendiéndose que este es un supuesto distinto. “No podemos entender que la concesión de una segunda oportunidad al actor integre por sí misma un acto fraudulento que implique su nulidad” (tomando en consideración también la duración del primer período de prueba) resalta que se le estaba ofreciendo al trabajador una segunda oportunidad. Señala también que no se había alcanzado “el plazo máximo pactado” (el segundo contrato finalizó a los diez días desde que se iniciara).

Ya expresamos que la opinión judicial en este aspecto no es unánime. Hemos visto los primeros pronunciamientos que abogan por la licitud de la prueba si concurren las condiciones anteriormente descritas, sin perjuicio de analizar otros datos concretos que concurren solo en las situaciones sometidas a debate y que pudieran por si solos ser reveladores de la nulidad del período. Así, se entiende fraudulenta la previsión de probanza⁵⁰³ a la vista de las circunstancias específicas (nueve contrataciones precedentes).

Sin embargo, otros asertos nos conducen a una afirmación diametralmente opuesta y sin ambages, basándose en una interpretación literal de un precepto que no distingue de tiempos declaran la nulidad de la cláusula de prueba⁵⁰⁴.

A nuestro juicio los argumentos que deberían imperar serían los contenidos en la primera parte de la Sentencia del TSJ del País Vasco de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007/349849) para llegar a la

⁵⁰³ STSJ Castilla La Mancha de 24 de diciembre de 1993 (AS 1993/5434): En virtud de los datos precedentes se puede concluir que aunque haya transcurrido más de dos años, el empresario era sobradamente conocedor de las capacidades y personalidad del trabajador, por lo que el período de prueba es nulo.

⁵⁰⁴ STSJ Islas Canarias de 18 de noviembre de 1993 (AS 1993/4987): No alude a la incidencia que puede tener el tiempo que transcurre entre la anterior contratación y la que se ventila en el supuesto (dos años) sosteniendo la imposibilidad de concertar nuevo período de prueba cuando ha existido previa vinculación laboral. “*Eran sobradamente conocidas las condiciones del trabajador*”; STSJ Asturias de 3 de mayo de 1996 (AS 1996/2263): transcurrieron cuatro años desde la anterior colocación. No es posible suscribir el período de prueba porque la prohibición legal no aparece condicionada temporalmente; STSJ Andalucía de 30 de septiembre de 1998, (AS 1998/3990): seis años habían transcurrido entre las anteriores contrataciones y la actual. No entra en esta cuestión. Tan solo entiende que no es relevante la edad que en la actualidad tiene el trabajador para concluir en que el período de prueba es nulo por el desempeño anterior de las mismas funciones; STSJ Madrid de 17 de enero de 2003 (JUR 2003/111404): no considera dilatado el tiempo transcurrido entre la primera y la segunda contratación (un año y un mes) sobre todo si tenemos en cuenta que la dilación en el segundo vínculo no fue imputable al trabajador sino a la entidad contratante. Ilicitud del período de prueba, y por ende de la extinción que, además, fue instada cuando finalizaba el plazo que las partes reflejaron en el contrato; STSJ de Castilla y León de 22 de marzo de 2004 (AS 2004/2036):apoyándose en Sentencia del TS sentencia de fecha 29 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7146) que a su vez cita; Sentencia de esta Sala de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 4973) Invoca también Sentencia de fecha 25 de enero de 1987 (RJ 1987/122) estima que no es factible suscribir período de prueba cuando hubo una vinculación anterior con la misma empresa, con independencia de cuándo se produjo esta, “*ya que la Ley no hace delimitación alguna al respecto*” (la primera relación fue 1997 y la segunda en 2003); STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2005 (AS 2006/1257):entre los dos contratos suscritos transcurren nueve meses (desde la finalización del primero hasta la concertación de la segunda relación laboral). Ambas contrataciones suponían que el trabajador debiera realizar idénticos cometidos, siendo además igual la categoría profesional bajo la que quedaba adscrito. La singularidad del pronunciamiento estriba, a nuestro juicio, en la propia actividad empresarial: piscinas municipales, por lo que el lapso de tiempo en que el trabajador no estuvo vinculado corresponde exactamente al período de inactividad de la propia empresa. De ahí que el argumento empresarial acerca del tiempo transcurrido entre ambas contrataciones sea de todo punto irrelevante. El período de prueba es nulo.

STSJ Andalucía de 5 de mayo de 2008 (JUR 2009/49257): “*es indiferente el lapso de tiempo transcurrido entre la finalización del último contrato -20/06/2004- y el inicio del que se examina- 15/12/2006, ya que la ley no hace delimitación alguna al respecto cuando se trata de servicios similares prestados para la misma empleadora*” (había sido contratado cinco veces para el desempeño de las mismas funciones).

conclusión que nos ofrece la Sentencia del TSJ de Cataluña de 2 de abril de 2007 (JUR 2007/248064).

Señala, la primera Sentencia mencionada, que el art.14 del Estatuto de los Trabajadores "no establece ningún límite temporal", lo que atendiendo a su sentido literal nos conduce a prohibir el pacto de prueba con independencia del lapso temporal que media entre la anterior y la actual relación laboral. No obstante, conforme al "espíritu y finalidad" de la norma y aplicando "las reglas de la lógica", debemos entender que la prohibición no tiene cabida cuando esté justificada la necesidad empresarial de constatar si el trabajador tiene la "aptitud psico-física y la preparación y capacidad de adaptación exigibles". Esta afirmación supone, en la práctica, la necesidad de examinar casuísticamente las situaciones para poder o no concluir en la nulidad o no del pacto. Dicho de otra forma, partiendo de la ilicitud de la prueba con independencia del tiempo transcurrido entre las relaciones laborales, se podría acreditar la necesidad real y objetiva de la concertación de la prueba y, en este supuesto, la cláusula probatoria sería lícita.

Entendemos que de ser este el razonamiento la interpretación literal del precepto no está reñida con la teleológica, sino que ambas se conjugan perfectamente.

Así, no existe una única solución a priori que respete no solo la literalidad del precepto sino su finalidad pero, a la postre, se reconduciría en admitir el período de prueba en los supuestos en los que se acredite que las funciones "han experimentado cambios que justifiquen el supuesto que en principio el precepto reprime"⁵⁰⁵. La modificación a la que aludimos no puede inferirse de la circunstancia temporal, sino que habrá de adverarse a través de otros datos que indiquen claramente que efectivamente se han producido alteraciones en el modo de producción o que atañen a la persona del trabajador.

A nuestro juicio, en estos supuestos la presunción es de nulidad del pacto, mas si el empresario lograra acreditar las circunstancias que indica la primera Sentencia comentada, esto es: la dilatación en la separación temporal de los períodos laborales, " la modificación de las circunstancias personales del trabajador; o los cambios técnicos, organizativos y productivos del puesto de trabajo en el período intermedio" podría pactarse un nuevo período de prueba. Por supuesto -y continuamos con esta Sentencia- el dato de la considerable separación entre la anterior y la actual relación, jugará a favor de la pretensión empresarial de fijación del período de prueba. Hasta aquí nuestra coincidencia con el parecer de la Sala.

⁵⁰⁵ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Notas sobre el nuevo régimen jurídico del período de prueba*, op.cit.

Para nosotros, el dato temporal en ningún caso puede contemplarse aisladamente. El TSJ del País Vasco entiende que este es suficiente cuando las relaciones se han visto separadas por un período muy prolongado –y cita fallos en los que la inactividad laboral ha sido de cuatro o cinco años-. No compartimos este criterio por cuanto ocasiona inseguridad jurídica (¿a partir de cuándo se estima relevante la paralización de actividad?, ¿cuándo se ha de considerar “dilatado” el tiempo de separación entre las relaciones laborales?) y porque los requerimientos del mercado laboral no inciden de forma homogénea para todas las actividades profesionales.

En definitiva, asentimos al dictado judicial contenido en la segunda Sentencia aludida (STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2007 - JUR 2007/248064-) por cuanto no considera justificado un nuevo período de prueba con independencia del lapso que media ambas relaciones (en este caso habían transcurrido prácticamente dos años) *“a no ser, ..., que se acreditaran debidamente circunstancias sobrevenidas tras el fin del primer contrato, que pudieran tener incidencia en la aptitud del trabajador para la prestación de los servicios contratados y que llevaran razonablemente a la empleadora a poner a prueba a éste”*⁵⁰⁶.

Estos supuestos de admisión del período probatorio, a nuestro juicio, son fieles a la motivación que impulsa al legislador a la concepción del instituto probatorio y también son escrupulosos con el sentido más puro literal de la norma. Cuando se introducen cambios de entidad en la forma de organización del trabajador también se operan variaciones que afectan al cómo se desarrolla la función laboral, provocándose de esta manera que las funciones que desarrollara el trabajador con la anterior contratación no sean iguales a las que se verá obligado a realizar con la actual contratación a prueba. Así, si sostenemos que las funciones son diversas por cuanto el trabajador viene llamado a realizar de forma diferente la prestación y por lo tanto tendrá que poner en práctica diferentes habilidades y recursos para la ejecución laboral, no estaríamos ante el supuesto

⁵⁰⁶ Similar es el pronunciamiento contenido en STSJ Castilla y León de 15 de enero de 2001 (JUR 2001/121194): transcurrieron ocho años. Entiende que el trabajo (auxiliar administrativo) ha experimentado variaciones. De cualquier manera, entendemos que se le pasa por alto el dato de que el empresario es diferente: Consejería en primer lugar y luego un organismo autónomo (Gerencia de Servicios Sociales).

STSJ C. Valenciana de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008/13822): relaciones laborales anteriores que duraron cortos intervalos de tiempo. La última vinculación laboral lo fue más de tres años atrás. El tribunal estima lógico el establecimiento de un periodo de prueba y no solo por esta circunstancia de distancia temporal entre las contrataciones, sino por la necesidad de convenir la prueba como consecuencia de las nuevas tecnologías implantadas (el trabajador era operativo de reparto). A nuestro juicio, no obstante, el pronunciamiento debería haber descendido a examinar si le afectaban a ese empleado concreto el nuevo sistema de trabajo; STSJ Cataluña de 7 de mayo de 2014 (AS 2014/1546) habían transcurrido cinco años entre los dos contratos, declarándose probado –por testifical- los cambios operados en el sistema de trabajo.

que analiza el art.14.1 del Estatuto ("mismas funciones"). Por el contrario, si las novedades introducidas en la forma de organización empresarial no revisten entidad suficiente, las funciones –la manera en que se ejercen estas- no sufrirán modificación alguna.

Vamos a seguir complicando la situación. Acaso nuestra visión hasta este momento ha partido del pensamiento subyacente de la "malicia" empresarial. El empresario movido por el único deseo de poder extinguir sin causa el vínculo laboral emplea el mecanismo de prueba a fin de salvaguardar sus intereses. Pero partamos de otra realidad: imaginemos que la primera relación laboral fue finalizada por voluntad del trabajador, es más que la terminación se produjo mediando el período de prueba. Dado que el empleador no impidió la conservación del negocio, ¿podría considerarse lícita la suscripción de un nuevo período de prueba si las partes en el futuro decidieran nuevamente unirse laboralmente?.

En estos supuestos, en los que el empresario no dedujo una voluntad extintiva, podríamos entender que sigue intacta su posibilidad de resolución en el futuro, si las partes nuevamente convinieran una relación laboral⁵⁰⁷.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008, JUR 2008/6970, apoyándose en el fundamento y sentido del período de prueba, afirma que es posible pactar un segundo período de prueba cuando el primero finalizó como consecuencia de la voluntad del trabajador sin haber transcurrido el término fijado para él. Descendiendo al terreno concreto, en el supuesto analizado se trataba de un trabajador al que inicialmente se había establecido un período de prueba de tres meses y cuando habían transcurrido siete días –antes de que la empresa diera por finalizada la relación laboral por no superación de la prueba- el empleado extingue el contrato.

El argumento es que a través del primer período de prueba, el empresario no tuvo la oportunidad de saber a ciencia cierta si el trabajador era apto o no para el trabajo⁵⁰⁸. En efecto, entendemos que este extremo no pudo ser conocido por el empleador, sin que tal ignorancia fuera imputable a la conducta empresarial. Acaso en estos supuestos prohibir la concertación de un nuevo período de prueba – que es continuación del anterior- suponga claramente una segunda

⁵⁰⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 139: "Como contrapunto, se admite la celebración de un pacto de prueba en un segundo contrato cuando en el primer contrato el período de prueba no transcurrió por completo por causa imputable al trabajador que desistió del contrato antes de tiempo, ya que el anterior no sirvió para acreditar la idoneidad del empleado".

⁵⁰⁸ Este pronunciamiento señala que el fundamento de la institución comentada estriba en la comprobación de las cualidades profesionales.

oportunidad laboral para el trabajador, sin que se observe ánimo defraudatorio alguno por el empresario.

El espíritu que inspira la norma comentada establece la prohibición de concertar un segundo período de prueba, pero esta norma que constriñe la libertad de las partes contratantes (que, como toda norma prohibitiva o limitativa de derechos ha de ser interpretada restrictivamente) no impide que “se dé una segunda oportunidad al trabajador, cuando no ha acreditado su idoneidad para una determinada labor, sea porque el período de prueba de un contrato anterior no se agotó, sea porque, incluso, la empresa no lo consideró apto en aquel momento”⁵⁰⁹.

En definitiva, entiende que es factible – a pesar de la literalidad de la norma que lo declara nulo- este segundo período de prueba, por cuanto el trabajador puede haber mejorado su formación e incluso tener más interés en el puesto de trabajo que cuando se llevó a cabo la inicial contratación, salvando siempre los supuestos de fraude de ley que efectivamente están proscritos por nuestro ordenamiento.

No obstante, persiste la duda –no resuelta por el Tribunal en el supuesto debatido- de por cuánto tiempo podría suscribirse el segundo período de prueba si por la totalidad o habría que descontar el tiempo que había transcurrido en el primero⁵¹⁰.

Este pronunciamiento no constituye un caso aislado, pues en ocasiones, la licitud del período de prueba se condiciona a cuál de las dos partes ha extinguido la primera relación. Podríamos tener sospechas de la utilización fraudulenta de la segunda prueba, si en la anterior ocasión laboral la finalización contractual se produjo a instancias del empresario, pero si fue el trabajador el que terminó el primitivo vínculo laboral, no hay razón alguna para pensar que el segundo período de prueba sea contrario a Derecho⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Este último inciso “*incluso la empresa no lo consideró apto en aquel momento*” se nos antoja peligroso porque aun cuando no sea objeto de debate, parece abrir la posibilidad a la reiteración de la prueba también en los supuestos de extinción del primer vínculo a instancias del empresario, creando una presunción de licitud en las hipótesis de nuevo pacto probatorio que, a nuestro juicio, no es conforme con el espíritu de la institución.

⁵¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Avance de Jurisprudencia Social Unificada (septiembre a diciembre de 2008)* Revista Aranzadi Doctrinal Social núm.21/2008. Disponible en Aranzadi Digital [en línea]. BIB 2009/3093.

⁵¹¹ STSJ Galicia de 28 de febrero de 2001 (AS 2001/215); STSJ Cataluña de 14 de enero de 2011 (JUR 2011/136301): en este supuesto nos encontramos ante un primer contrato suscrito el 16 de noviembre de 2009 que finalizó el 30 de diciembre de ese año por voluntad del trabajador. La duración de ese contrato era de dos meses e idéntica duración tenía el período de prueba.

El 2 de enero de 2010 se suscribió nueva relación laboral (las funciones eran idénticas a las anteriores – deducimos- porque aun cuando la Sentencia no descienda a ese detalle, sí indica que era la misma categoría profesional) pactándose nuevo período de prueba de idéntica duración que el primero. El segundo vínculo terminó el 13 de enero de 2010 a instancias del empresario, por no haber superado el período de prueba. Se considera una extinción válida, pues, “*yendo más allá de las simples palabras*

La licitud del período de prueba en los supuestos descritos en el párrafo anterior se fundamentan en la circunstancia de que el empresario no tuvo la oportunidad en la primera ocasión de constatar si su trabajador cumplía con las expectativas requeridas, lo que nos conduce a afirmar que no se ha alcanzado el objetivo al que va destinada la norma⁵¹².

Una vez asentada la validez –para los tribunales que así lo entienden- lo habitual es que se proceda al descuento (para entender finalizada la prueba por el transcurso del tiempo) del lapso durante el cual se había prestado los servicios por vez primera.

Siendo esta la realidad de nuestros tribunales, ¿qué más nos aporta el Alto Tribunal? Veamos la Sentencia de 20 de enero de 2014 (RJ 2014/981) que, aparentemente, parece cerrar el debate⁵¹³. Los hechos probados son los siguientes:

Suscripción de contrato de interinidad por sustitución el día 13 de junio de 2011, señalándose “*un período de prueba de duración definida según convenio colectivo*”. El vínculo finaliza el día 27 de junio y aunque caben varias posibilidades de extinción, entendemos (por reflejarse así en el Fundamento de Derecho Tercero punto cuarto) que finalizó por la reincorporación del trabajador.

Firma de un contrato eventual por circunstancias de la producción el 1 de julio de 2011, acordándose un período de prueba de tres meses.

La categoría profesional en ambos contratos es coincidente: “*vendedor*”.

(artículos 1281 y ss, del Código Civil), no se debe generalizar, pues lo que las partes en realidad quisieron limitar fue que la empresa pudiese burlar, una vez acreditada la idoneidad del trabajador, los derechos y obligaciones que le impone las normas que regulan la contratación temporal, pero, en aquellos casos, en los que la empresa no ha podido acreditarla, porque el trabajador/a afectado ha decidido rescindir su contrato antes de ser evaluado, o por cualquier otra causa, no es absurdo ni ilógico interpretar, conjugando lo regulado en la norma convencional, lo dispuesto en la norma legal, y la doctrina jurisprudencial citada, que no pudiéndose superarse el límite temporal pactado convencionalmente, si es posible, cuando el primero de los contratos finaliza por voluntad del trabajador y la empresa no ha podido determinar si el trabajador es o no idóneo para el puesto de trabajo para el que fue contratado, la suscripción de un segundo contrato, a través del cual podrá la empresa, fijar un nuevo período de prueba, que en ningún caso, teniendo en cuenta la duración del primer contrato, podrá superar el máximo que para realizar las experiencias profesionales fue establecido en la norma citada.”

⁵¹² STSJ País Vasco de 5 de abril de 2005 (AS 2005/2291): “... la nulidad total del período de prueba estipulado deviene, únicamente, cuando el ejercicio previo de funciones tiene capacidad suficiente para cumplir la función probatoria; de no ser así, habrá de tenerse en cuenta únicamente para que, sumado al plazo convenido, no se exceda del máximo permitido”.

⁵¹³ STSJ Extremadura de 10 de junio de 2.014 (AS 2014/1785) que estima la licitud de la segunda prueba cuando a través de la primera vinculación laboral no se había agotado el plazo máximo de la prueba.

El cese de la segunda relación se produce el 9 de agosto, por no haber superado la prueba.

Entremos en el debate. Se trata de analizar –novedosamente, como lo califica el propio Tribunal Supremo- si en los supuestos en los que no se ha agotado el plazo máximo de duración de la prueba, es factible suscribir nuevo/s períodos de prueba, siempre que estos no alcancen el máximo legal o convencionalmente pactado.

El Tribunal recrea la interpretación sostenida insistentemente acerca de la naturaleza jurídica, concepto y efectos de la institución y después de manifestar que el criterio hermeneútico literal nos llevaría a afirmar que es ilícito el nuevo período de prueba, establece que la interpretación correcta es la contraria, con base a la propia finalidad del instituto.

Su razonamiento parte de considerar que si mantenemos una conclusión diferente, estaríamos dotando de mayor "importancia al dato formal del tipo o modalidad del vínculo frente al elemento material de la realización de las "experiencias que constituyen el objeto de la prueba"...". Lo crucial es ese "período" para comprobar la aptitud del trabajador y no la finalización de una "breve relación anterior en absoluto cuestionada". De esta manera, el Tribunal Supremo resalta el "elemento material" (realización de las experiencias) frente al "formal" (al que nos conduciría la interpretación literal) y afirma que la interpretación correcta del precepto nos conduce a estimar que lo que está vedado es que se "llegue a superar, singular o acumulativamente, el periodo total convencionalmente establecido para la prueba".

Mas, y esto ya es nuestra apreciación, la postura del Tribunal no deja de ser una respuesta específica ante un problema concreto, es decir, que no vemos en sus manifestaciones el asentamiento de una doctrina que sea aplicable a la generalidad de los supuestos y que nos permita zanjar el problema que se ha planteado en torno a la posible suscripción ulterior del período de prueba.

Creemos que no debemos olvidar la especialidad del contrato suscrito y la razón por la cual finaliza este. Así, la primera relación fenece no porque el empresario (o trabajador) pusiera fin a la misma con base a las facultades que le dispensa el concierto de la prueba, sino por un hecho ajeno a las dos partes implicadas: la reincorporación del trabajador sustituido. Aquí claramente la finalidad de la prueba no pudo ser cumplida al ser otra la causa de extinción del contrato.

Pero esta situación no es asimilable a la que se produce cuando las partes en el pasado quisieron vincular su relación al período de

prueba y antes de la finalización del mismo el empresario da por terminada la relación. Posteriormente, entendemos no puede aprovecharse otra vez del período de prueba por cuanto el acto que realizó en el pasado (el querer deshacerse del trabajador por no ser idóneo según su punto de vista) le vincula, le ata, y si cuenta nuevamente con ese mismo trabajador no podrá recurrir a una prueba por cuanto ya ha valorado previamente a su empleado. Invocamos para ello la doctrina de actos propios.

Tampoco se asemeja al supuesto en el que habiendo habido relación laboral anterior de corta duración sin referencia al período de prueba, se pretende en el momento actual acudir a una nueva contratación en la que sí se contemple la prueba. El empresario no estimó necesaria la celebración de la prueba en la primitiva vinculación por lo que no se acierta a ver por qué ahora –en la sucesiva contratación– la prueba sí se torna imprescindible a fin de valorar al trabajador. No es descabellado pensar que si los servicios laborales han sido retomados por el empresario ha sido porque en la anterior vinculación estos habían sido satisfactorios a sus ojos. De nuevo doctrina de actos propios que implica la vinculación del empresario a su conducta anterior.

No obstante, el supuesto que plantea el Tribunal Supremo es totalmente diferente. En el contrato de interinidad sí se previó la prueba (lo que supone que se estimó necesario que el contrato de trabajo atravesara por tal coyuntura) pero debido a la especial naturaleza de esta modalidad contractual la causa de extinción fue la propia y característica de todo contrato de interinidad por sustitución: la reincorporación del trabajador con derecho a la reserva del puesto de trabajo, antes de que hubiera finalizado la prueba. Esta circunstancia, a nuestro juicio, sí puede abrir la puerta a otra posible cláusula de establecimiento de prueba, ya que esta no pudo lograr el objetivo al que va llamada y no se puede deducir del comportamiento empresarial ninguna aquiescencia con el resultado de la actividad laboral.

Otra conclusión, por tanto, mantendríamos si la relación primera –aquella que se concertó a través del contrato de interinidad– hubiera acabado como consecuencia del alegato empresarial de no superación de la prueba. En estos supuestos, en atención a lo que creemos es la interpretación literal y teleológica del precepto, no sería posible suscribir nuevo período de tiempo, fuere el tiempo que fuere el que se hubiere consumido con la primera relación.

Así, entendemos que la norma general ha de ser la de no posibilitar el período de prueba en sucesivas contrataciones y solo

ante supuestos excepcionales se podría admitir lícitamente su concierto⁵¹⁴.

Creemos que estos supuestos específicos deben ser aquellos en los que la relación laboral haya fenecido como consecuencia de la facultad de extinción proferida por el trabajador o cuando se puso fin como consecuencia de un hecho externo a las partes (regreso del trabajador con derecho a la reserva del puesto de trabajo, realización de la obra o prestación del servicio que se concertó, jubilación del trabajador por el que se firmara el contrato de relevo) siempre que entonces también se hubiese contemplado contractualmente el período de prueba, no se hubiera hecho uso por el empresario de la facultad de extinción que se prevé específicamente durante el lapso probatorio y, por último, que la finalización de la relación acaezca antes del plazo que se ha señalado para la prueba.

Pues, de lo contrario, la prohibición es “absoluta” y reforzamos nuestra opinión con la argumentación de BALLESTER PASTOR⁵¹⁵. Esta posibilidad se contenía en el extinto art.14.3RD 1992/84, de 31 de octubre, cuando la relación anterior era de prácticas o de formación. “Bajo la actual regulación la prohibición de un nuevo pacto de prueba es absoluta”, sea cual fuere (nos atrevemos a indicar) la modalidad contractual previamente empleada.

Continuemos con la Sentencia. Esta afirma que “Así lo entendimos también en la tan repetida sentencia del 12-12-2008 cuando, entre otras cosas, afirmábamos que “el hecho de que el transcurso del período de prueba pueda suspenderse durante determinadas situaciones de suspensión del contrato revela también que la norma quiere que el período de prueba sea eficaz a sus fines, lo que normalmente requerirá que transcurra por completo”.

De nuevo tenemos que manifestar nuestra discrepancia. La circunstancia de que el período de prueba se pueda interrumpir en determinados supuestos -que en el momento oportuno analizaremos- y siempre que las partes así lo hubieran convenido no guarda identidad de razón con el supuesto que ahora dirimimos. Primero porque la interrupción va ligada a la suspensión del contrato. El contrato se suspende y también se “suspende” el plazo de la prueba; en el supuesto debatido por el Tribunal no hay suspensión contractual, sino finalización del vínculo (y, por ende, extinción de todas sus estipulaciones) por lo que no se pueden equiparar sus

⁵¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit. pág. 164. “ La única hipótesis en que una renovación del período de prueba puede tener sentido en la segunda relación laboral es que se haya producido un paréntesis largo entre los dos contratos que pueda hacer presumir una variación notable, o bien en la aptitud profesional del trabajador, o bien la propia organización productiva” .

⁵¹⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit, pág.41.

efectos, por cuanto la institución de la suspensión no guarda concomitancia alguna con el instituto de la extinción.

En segundo lugar, la interrupción del período de prueba ante determinadas situaciones suspensivas contractuales no opera ope legis, sino que forzosamente para que provoquen el efecto de paralización momentánea de la prueba habrán de preverse específicamente en el contrato, tal y como ha previsto el legislador. Sin embargo, la situación analizada de validez de un período de prueba cuando ha sido precedido de un contrato de trabajo no ha sido contemplada específicamente por el legislador (a pesar de que podría haber aprovechado para hacerlo alguna de las modificaciones operadas sobre el precepto) y tampoco se ha previsto de esta manera por las partes en ninguno de los contratos de trabajo antes suscritos.

Por último, admitir la validez de un período de prueba cuando previamente se había suscrito otro que no obstante no había agotado su período máximo de duración con base al entendimiento de que el primero no había cumplido con la finalidad pretendida por este instituto, no nos parece del todo veraz y exacto. La primera prueba sí cumplió su destino y objetivo, lo que ocurre es que estos se alcanzaron antes del plazo máximo previsto, por lo que entendemos que –salvo los supuestos que ya hemos indicado de terminación del contrato ajena a las partes o finalización por voluntad del trabajador– no existe ninguna razón para volver a suscribir una prueba que ya no puede volver a calificarse como tal.

Concretando, consideramos que cualquier ulterior pacto de prueba es nulo salvo que el empresario lograra acreditar la diferencia de prestación de servicios concertada -circunstancia esta a deducir cuando los cambios introducidos en la organización del trabajo sean ostensibles- o en los supuestos en los que el primitivo pacto de prueba hubiera finalizado a instancias del trabajador, sin haber agotado el plazo máximo de duración de aquella y siempre por el resto de tiempo que falte hasta agotar su tope infranqueable de tiempo. Cualquier otra circunstancia no tiene efecto alguno a la hora de sostener la imposibilidad de concertar el período de prueba cuando este ha venido precedido de uno anterior o de una relación laboral previa.

7.13.- La duración del período de prueba en los contratos temporales.-

7.13.1.-Su admisión.-

El art.14 del Estatuto de los Trabajadores expresamente no condiciona la aparición del período de prueba a la suscripción de una modalidad contractual determinada y tampoco a la necesidad de que

la relación a entablar sea indefinida, a diferencia de lo que ocurría en el pasado en el que las extintas Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales⁵¹⁶ sí optaban por prohibir recurrir a la prueba en los supuestos en los que se formalizara una relación temporal.

El silencio legal en torno a la cuestión sobre si es o no factible insertar un compromiso de prueba en las relaciones eventuales fue suplido por nuestra doctrina científica que en un principio expuso que -MARTÍNEZ EMPERADOR⁵¹⁷, CRUZ VILLALÓN⁵¹⁸, BARREIRO GONZÁLEZ⁵¹⁹- la cláusula de prueba "está fundamentalmente pensada para los contratos de trabajo por tiempo indefinido; las alusiones que contiene tal precepto a "plantilla" y a "antigüedad" parece que son buenas razones para mantener lo expuesto"⁵²⁰.

No obstante, de forma paulatina se fue admitiendo como válida la previsión de la cláusula de prueba por nuestros tribunales en los contratos de trabajo de duración determinada siempre que el lapso de vinculación laboral no fuera escaso. Este matiz temporal debía ser interpretado - SEMPERE NAVARRO⁵²¹- en el sentido de que no cabían soluciones unívocas admitiendo o descartando su validez, sino que se hacía preciso un examen, caso a caso, de cada uno de los contratos de trabajo, sin que en definitiva fuera posible establecer "plazos concretos"⁵²² a fin de propugnar genéricamente su validez.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ⁵²³ condiciona la validez del período de prueba a la concurrencia de determinados presupuestos de carácter legal, cuales son: "Que sea necesario para revelar vicios o virtudes ocultas del trabajador, es decir cualidades o condiciones que no pueden apreciarse a simple vista y cuya comprobación requiere cierto período de observación" y "que sirva para garantizar el equilibrio de las prestaciones, evitando que el empresario asuma un compromiso desproporcionado de modo definitivo e irreversible".

⁵¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit. pág. 187; DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 91 recuerda a RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Naturaleza jurídica del período de prueba" op.cit., pág. 107 "...destacó, mientras estuvieron en vigor las Reglamentaciones de Trabajo y las Ordenanzas Laborales, que sólo respecto del trabajador fijo se justificaba la necesidad de eliminación del riesgo electivo del empresario, de ahí que los trabajadores auténticamente eventuales u ocasionales se excluyeran del sometimiento a prueba, y por ello las actividades en que el trabajo eventual tuviera una cierta permanencia incluyen también el período de prueba.

⁵¹⁷ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "La duración del contrato de trabajo y la contratación temporal", op.cit., pág.48 (Estatuto de los Trabajadores 1980).

⁵¹⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit. pág. 195.

⁵¹⁹ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "El período de prueba", op.cit. pág.46.

⁵²⁰ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "La duración del contrato de trabajo y la contratación temporal", op.cit., pág. 48.

⁵²¹ SEMPERE NAVARRO, A.: *Resolución del vínculo laboral y período de prueba (Síntesis de la doctrina del T.C.T al hilo de la Sentencia de 10 de mayo de 1980)*, R.E.D.T., núm.6, 1981, pág.251.

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit.

Lo cierto es que no hemos sabido ver de dónde extrae tales afirmaciones que, de otro lado, podrían poner en peligro determinados derechos personales del trabajador. Ante tales afirmaciones no dejamos de preguntarnos a qué tipo de "cualidades ocultas" se refiere y hasta dónde podría llegar el empresario para tratar de aflorarlas.

Tras este planteamiento el autor reconoce la posibilidad de que la prueba coincida con la duración total del contrato, salvo "por supuesto que el contrato tuviera un duración desmesuradamente larga (o corta) por tratarse de un contrato de obra o servicio o un contrato eventual fugacísimo, respectivamente". Por ello, solo admite el período de prueba cuando el empresario "asuma un compromiso de cierto peso, y no cuando se obligue con prestaciones menores o fácilmente remediables"; circunstancias estas que no nos parecen de fácil representación al no aludir a situaciones de hecho concretas, pues partimos de la base –acaso errónea– de que toda contratación supone "un compromiso de cierto peso" por parte de las dos partes contractuales, en el que el grado de asunción de las prestaciones asumidas no depende de la modalidad del contrato finalmente escogida.

De otro lado, tampoco estamos de acuerdo con que al empresario en los contratos temporales le es "relativamente simple" prescindir de su trabajador, pues tan solo tendrá que "esperar la llegada del término del contrato pactado". No se puede argumentar acerca de la licitud o no de la prueba en los contratos temporales con base a tal fundamento, pues con independencia de la clase de contrato laboral ante la que estemos, si la decisión de extinción (caso de no existir el período de prueba) es alcanzada sin que haya transcurrido un período dilatado de tiempo en la prestación de servicios, tampoco los daños irrogados a la persona del empresario son cuantiosos.

Por último, admitir que la prueba solo cabe en los contratos de larga duración genera una gran inseguridad jurídica, no solo por cuánto a priori se desconoce cuándo un contrato temporal reúne en su ser el de ser de larga duración (circunstancia esta que, además, suponemos se haría depender del momento concreto de la situación laboral por la que se atraviesa) sino por cuanto existe una modalidad contractual –el contrato para obra o servicio determinado– en la que se desconoce la fecha en la que ineludiblemente tendrá lugar su expiración.

Pero sí que estamos seguros que, tal y como destaca DE VAL, la fijación del período de prueba adquiere su máxima expresión en los contratos indefinidos. Este autor señala al hilo de esta reflexión cómo

en el derecho francés se distingue entre el régimen jurídico de los contratos “dotados de término cierto y los dotados de término incierto”⁵²⁴.

De cualquier manera, desaparecidos los iniciales vaivenes, doctrina y jurisprudencia mayoritaria avalarán la licitud del período de prueba en los contratos eventuales con base fundamentalmente a los principios de “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”⁵²⁵ y al de igualdad⁵²⁶, lo que en la práctica llevaba a admitir que la prueba se podía incluir en contratos temporales tales como el de interinidad⁵²⁷ o el de obra o servicio⁵²⁸ y, en general, en cualquier clase de contrato temporal⁵²⁹.

La última modificación legal operada en el artículo 14 acoge implícitamente el sentir de los distintos operadores jurídicos⁵³⁰ al prever de forma totalmente innovadora limitaciones a la duración de la prueba en los supuestos de contratos temporales, lo que a la postre supone la admisión del período probatorio también cuando se emplean fórmulas contractuales no indefinidas.

Una vez asentada la validez para todo tipo de modalidades contractuales los problemas no cesaron, sino que surgieron otros. Concretamente, la cuestión que empezó a plantearse era la relativa a si era o no posible la coincidencia entre la duración total del período de prueba y la fijada en el propio contrato de trabajo.

7.13.2.- La coincidencia temporal entre el período de prueba y el contrato temporal.-

Sentado el presupuesto de que es posible fijar la prueba con independencia de si la modalidad contractual fuera un contrato indefinido o temporal, es el momento acaso de introducir matizaciones.

⁵²⁴ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.90, nota 191.

⁵²⁵ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”, op.cit., pág.46.

⁵²⁶ DE VAL TENA A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 92.

⁵²⁷ STS de 5 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9558); STSJ Madrid de 25 de septiembre de 2006 (JUR 2007/324109): analiza la validez de un período de prueba en un contrato de interinidad. La especialidad consiste en que el contrato fue suscrito para cubrir la incapacidad temporal del trabajador con derecho a la reserva del puesto de trabajo (incertus tempus, por tanto) mientras que el período de prueba tenía una duración concreta. Se estima su licitud.

⁵²⁸ STS de 16 de abril de 1985 (RJ 1985/1874).

⁵²⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit. pág.196, básicamente arguyendo que el art.14 ET no establecía un régimen diferente para estos ni tampoco lo hace la normativa que regula las distintas clases de contratos temporales; STSJ Andalucía de 9 de septiembre de 2003 (AS 2004/1369); STSJ Castilla La Mancha de 21 de abril de 2004 (JUR 2004/151482); STSJ Cataluña de 19 de julio de 2005 (JUR 2007/43649); STSJ Castilla y León de 31 de octubre de 2007, (JUR 2008/45998).

⁵³⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit. pág.196.

Así, la doctrina científica –con apoyo judicial- ha precisado que si bien esta consideración general es cierta, no se debe amparar los posibles supuestos de abuso de derecho en los que se incurriría cuando la duración del período de prueba coincide exactamente con la señalada en el contrato eventual⁵³¹.

Este abuso de derecho –e incluso fraude de ley- se produciría cuando se emplea la extinción a la que da cobertura formal el período de prueba suscrito a fin de exonerarse de la extinción casualizada que supone el despido y las consecuencias que este último supone⁵³².

De esta forma, CRUZ VILLALÓN, ante una situación normativa anterior a la que hoy vivimos ya veía la necesidad de que ante la ausencia de una norma que constriñera el uso de la prueba en el supuesto de contrataciones eventuales, le correspondía al Tribunal velar porque en cada situación concreta que se le planteara no concurriera fraude de ley. La existencia de fraude se concretaría en las hipótesis en las que es patente la “precarización de la relación laboral más allá de los límites queridos por el legislador”⁵³³.

Como ya anunciábamos la solución judicial adoptada finalmente fue la de afirmar la validez de la prueba en los contratos temporales y

⁵³¹Ibidem. Invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1985 que permitía la prueba cuando se extendía durante tres meses, siendo el contrato de duración de cuatro meses; DEL REY GUANTER, S. cita en *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, op.cit., pág.303, citando Sentencia TS 17 de enero, STSJ Andalucía de 14 de octubre de 2003, STSJ Asturias de 1 de febrero de 2003 y STSJ Madrid de 26 de septiembre de 2005. Según manifiesta este último autor, algunas sentencias han señalado que son abusivos los períodos de prueba cuando su duración es coincidente o similar a la del contrato temporal (STSJ Galicia de 12 de febrero de 1997, C. Valenciana de 3 de marzo de 1999) por “considerar que desvirtúan completamente la finalidad del período de prueba e incluso la necesaria causalidad de los contratos temporales”.

STSJ de Islas Canarias de 31 de julio de 2006 (AS 2006/3072); STSJ Murcia de 16 de abril de 2007 (JUR 2007/233074): “*el establecimiento de períodos de prueba que alcanzan a toda la vigencia temporal del contrato es asimismo abusivo*”; STSJ Andalucía de 7 de marzo de 2013 (AS 2013/1675): se pactó una duración del período de prueba coincidente con la total del contrato. El Tribunal entiende que esta circunstancia desvirtúa la finalidad de la institución probatoria al permitir al empresario incurrir en abuso, puesto que podría recurrir a la extinción libre en cualquier momento de la vida contractual. No obstante, refiere que en el supuesto concreto debatido no puede sostenerse el abuso al haberse extinguido la relación laboral en los cinco primeros días de empezar a transcurrir esta.

⁵³² LÓPEZ TERRADA, E.: “Acerca de los períodos de prueba coincidentes con la duración de los contratos de duración determinada” en *Jurisprudencia social a debate*, SALAS FRANCO, T. (coordinador). 2015. Tirant on line [en línea]. Disponible en TOL 4.659.299.

“Por todo ello, entendemos que, aunque el ejercicio del desistimiento empresarial durante el período de prueba sea una de las causas válidas de extinción del contrato de trabajo, será necesario cuestionarse si con estos pactos no se está incurriendo, en realidad, en un fraude de ley con el que se tratan de eludir las normas que dictaminan el carácter causal -y, en ocasiones, indemnizado- de la extinción de los contratos temporales para lograr, bajo el paraguas del libre desistimiento, que la extinción del contrato temporal sea libre y gratuita.”

⁵³³ CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit., pág.196; en el mismo sentido, salvando la posibilidad de su suscripción en los contratos temporales con las precauciones derivadas del fraude de ley; RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M.: “El período de prueba (en torno al artículo 14)”, op.cit., pág.471.

la única limitación impuesta fue la de que no se superara la duración total del contrato⁵³⁴.

Así, la situación ante la que nos encontramos es que (salvo concretas excepciones⁵³⁵), la coincidencia temporal entre la prueba y la duración total del contrato no supone automáticamente que se incurra en abuso de derecho o fraude de ley, lo que a nuestro juicio también supone implícitamente la asunción de la idea de que el período de prueba favorece a las dos contratantes.

Descendamos a la doctrina del Alto Tribunal. Cabe destacar en este sentido, la Sentencia dictada en unificación de doctrina de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008/3482) que para dirimir el asunto, descarta la existencia de "*abuso de derecho manifiesto*" por el mero dato de la coincidencia antes señalada. Indica que la existencia de abuso de derecho supone la necesidad de acreditar las "*circunstancias*" que hagan concluir que estamos efectivamente pervirtiendo el sentido del instituto legal.

A diferencia con la cuestión litigiosa a la que se pone fin por este mismo Tribunal en un aserto anterior contenido en la Sentencia de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008/701), aquí no concurrían condiciones que hicieran pensar que era abusivo el plazo de seis meses para la prueba, teniendo en cuenta que el trabajador desempeñaba las funciones propias a comercial.

Para descartar totalmente la existencia de abuso, señala que la expiración del vínculo se produjo cuando no habían transcurrido ni tan siquiera el lapso de dos meses desde el inicio de la relación laboral y "por tanto, dentro del plazo de dos meses establecido como máximo de duración para los trabajadores que no son técnicos titulados".

⁵³⁴STS de 6 de abril de 1985 (RJ 1985/67): Contrato de obra ajustado a derecho aunque coincidiera con la duración total del contrato. A nuestro juicio, la naturaleza propia del contrato de obra era el dato determinante a la hora de apreciar la licitud del período de prueba, al no saberse con certidumbre el momento concreto en que iba a finalizar la obra (y por ende el contrato). Precisamente este es el argumento que despliega la STS de 16 de abril de 1985 (RJ 1985/1874) para señalar que no es fraudulento fijar el período de prueba en tres meses a un contrato de obra cuya duración previsible es de cuatro meses; STS de 12 de julio de 1988 (RJ 1988/5805) invocando STS de 17 de enero de 1985 (RJ 1985/67); STSJ Galicia de 3 de marzo de 1999 (AS 1999/213); STSJ Extremadura de 2 de noviembre de 2000 (JUR 2001/46661); STSJ Asturias de 1 de febrero de 2002 (AS 2002/203); STSJ Castilla La Mancha de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003/90476); STSJ Navarra de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/119508); STSJ Andalucía de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2007/189816); STSJ de C. Valenciana de 19 de julio de 2005 (AS 2005/3080); STSJ C. Valenciana de 31 de mayo de 2006 (JUR 2007/42356); STSJ Murcia de 16 de abril de 2007 (JUR 2007/233074); STSJ C. Valenciana de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008/13822).

⁵³⁵ STSJ Andalucía de 7 de marzo de 2013 (AS 203/1675): se pactó una duración del período de prueba coincidente con la total del contrato. El Tribunal entiende que esta circunstancia desvirtúa la finalidad de la institución probatoria al permitir al empresario incurrir en abuso, pues puede recurrir a la extinción en cualquier momento de la vida contractual.

Las afirmaciones del Tribunal suponen, a nuestro juicio, las siguientes consideraciones:

a. Si la duración del período de prueba coincidiera con la del contrato sin existir una previsión convencional expresa al respecto, podría entenderse que existe abuso de derecho (o al menos esta es una cuestión no resuelta jurisprudencialmente).

b. El abuso de derecho se apreciaría si observadas las funciones comprometidas se constatará que no es preciso contar con una prueba tan dilatada.

De una lectura conjunta de las anteriores conclusiones, se observa cómo la apreciación de abuso de derecho está directamente condicionada a que el período de prueba cumpla con la labor para la que ha sido concebida. El abuso no depende de que el convenio contemple la hipótesis de coincidencia temporal, sino que en todo caso habrá que preguntarse si el lapso finalmente impuesto es o no excesivo en función de las concretas tareas a desarrollar. El conocimiento profesional y personal de las partes no se puede hacer depender de la clase –indefinida o temporal- de vínculo laboral que se sostiene.

De cualquier forma, y siempre desde nuestro punto de vista, el Tribunal no debería haber empleado la segunda de las argumentaciones. Si el Estatuto es supletorio a las previsiones convencionales y aquí existía una norma paccionada que fijaba claramente cuál era la duración del período de prueba, lo que nos pueda indicar la ley es del todo punto intrascendente una vez se ha asentado que la duración prevista en convenio no es abusiva.

La solución parece que ya la había manifestado la doctrina científica aludida, a la que habría que aunar la voz proferida por SEMPERE NAVARRO⁵³⁶, que con base a la doctrina judicial anterior al Estatuto actual reseñaba que “la posición jurisprudencial descrita ha llevado a señalar con razón sobre la misma que “ni equivale a negar la procedencia de la prueba en toda relación que no sea indefinida, ni a admitir su procedencia, cualesquiera que sean los términos temporales del contrato de trabajo.., por tanto, se subordina la admisibilidad o no del periodo de prueba a la menor duración prevista para el contrato de trabajo, sin que puedan darse plazos concretos: la solución ante cada caso sólo puede ser confiada a la medida del arbitrio judicial”.

⁵³⁶ SEMPERE NAVARRO, A.: “Resolución del vínculo laboral y período de prueba (Síntesis de la doctrina del T.C.T al hilo de la Sentencia de 10 de mayo de 1980)”, op.cit., pág.251 y recordado por BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”, op.cit., pag.47.

A pesar de ser este el sentir judicial⁵³⁷, el legislador –en a nuestro modo de ver, un intento de ejercicio de coherencia con los operadores jurídicos- que lleva a cabo la reforma en el año 2.013 ha entendido tímidamente las relaciones laborales de un modo distinto y convencido acaso por voces de nuestra doctrina más autorizada se alza partidario de limitar el espacio temporal en el que se puede desenvolver el período de prueba en algunos contratos temporales, como ya había hecho antes con respecto al contrato en prácticas.

Lamentablemente este legislador no se ha hecho eco de las tesis sostenidas por MARTÍNEZ EMPERADOR⁵³⁸ y por de DE VAL⁵³⁹; Precisamente este último autor exponía que la admisión de la prueba en estos supuestos convierte al período “en un instrumento al servicio de la política de contratación de las empresas, sustitutivo de la contratación temporal” siendo “...una prerrogativa potencialmente abusiva, por lo que bien podría presumirse la ilicitud de tales cláusulas”.

Por el contrario, tan solo ha incluido una limitación relativa al señalar la imposibilidad de fijar una duración de prueba superior a un mes en los supuestos de contrataciones inferiores a seis meses. Además, aclara que esta previsión legal se aplica siempre y cuando el convenio no contenga otro tipo de precisión. Así, dejando a salvo lo que establezcan las normas colectivas (que, como ya se ha afirmado tienen la potestad de regular los máximos de la prueba), se opta por constreñir legalmente la prueba en los contratos de escasa duración, pero lamentablemente, a nuestro juicio, no se parte de la existencia de abuso de derecho en la sincronía entre la prueba y la duración total del contrato.

Lo deseable, desde nuestro punto de vista, hubiera sido la aplicación de la regla de la proporcionalidad a fin de ajustar la prueba a la totalidad del contrato, sin perjuicio de que una vez asentada legalmente la presunción iuris tantum o conclusión de imposibilidad

⁵³⁷ En la misma línea, admitiendo la validez de la coincidencia entre el tiempo de prueba y el del contrato: STSJ Murcia de 23 de enero de 2008 (JUR 2008/124926); STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 2008 (AS 2009/472); STSJ Cataluña de 1 de septiembre de 2009 (JUR 2009/463509): “*Por ello puede suceder que en contratos de tan corta duración como en este supuesto, el período de prueba tenga una extensión equivalente a la del contrato. No hay en ello abuso de derecho*”; STSJ de Castilla y León de 29 de abril de 2010 (JUR 2010/202613).

⁵³⁸ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “*Estabilidad en el empleo y contratación laboral*”, op.cit., pág.34, citado por BARREIRO GONZALEZ, G.: “El período de prueba”, op.cit., pág.47, nota 103: “Otra cosa, sin embargo, parece ocurrir con la admisibilidad de la prueba cuando su duración coincide con la del término del contrato. En tales circunstancias se ha señalado que la celebración del período de prueba se reputa “manifiestamente ineficaz por abusiva y desleal”, apartándose de su finalidad de servir como instrumento de experimentación y lesionando “los más elementales principios de estabilidad en la relación de trabajo” . Cita STCT de 20 de mayo de 1980.

⁵³⁹ DE VAL TENA, A.L. : *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.94.

absoluta de concurrencia temporal entre prueba y contrato se hubiera esta podido desvirtuar a través de una regulación convencional distinta de la legal que, descendiendo al concreto detalle fijara un tratamiento dispar a las relaciones eventuales de corta duración.

No querríamos terminar el análisis de esta cuestión sin aludir a un problema práctico que la coincidencia entre la duración total del contrato y la de la prueba puede plantear expuesto por LÓPEZ TERRADA: "Cabría preguntarse por la subsistencia del derecho a indemnización reconocido en el Art. 49.1 c) del ET en el caso de los contratos eventuales y de obra o servicio cuando el período de prueba coincide con la duración de estos contratos y el libre desistimiento empresarial se utiliza al final del período de prestación de servicios"⁵⁴⁰. Efectivamente, tal y como nos hace ver este autor, la coincidencia temporal entre el fin natural del contrato y el ejercicio del derecho de extinción unilateral que procura la concertación de la prueba, es un claro indicio de que la finalización contractual incurre en abuso de derecho, debiendo calificarse ese cese como despido improcedente.

Finalmente, y retomando cuestiones antiguas, la inclusión de estos topes legales suponen implícitamente que el período de prueba satisface prioritariamente a una de las dos contratantes: el empresario; de ahí la necesidad de establecer limitaciones que tratarán de limar algunas situaciones laborales en las que el trabajador asume una posición de especial precariedad.

⁵⁴⁰ LÓPEZ TERRADA, E.: "Acerca de los períodos de prueba coincidentes con la duración de los contratos de duración determinada", op.cit.

Capítulo VI.-
El contenido del período de prueba

VIII.- EL OBJETO DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

8.1.-La causa del período de prueba.-

Una vez hemos analizado los requisitos legales configuradores del período de prueba, es momento de descender al terreno práctico a fin de conocer cuál es el compromiso concreto al que quedan vinculadas las partes, o dicho de otro modo, cuál es la actuación que ha de ser observada por empleador y trabajador en este especial lapso temporal.

BARREIRO es sucinto y se muestra tajante: “el objeto del contrato de trabajo con período de prueba es el mismo que el del contrato de trabajo definitivo”⁵⁴¹, lo que en definitiva significa reconducir a la prueba a los elementos definitorios de la prestación laboral: trabajo y salario.

El experimento al que se alude en la ley como obligación a la que quedan vinculadas las partes –BARREIRO⁵⁴²- viene a erigirse, ya no en el contenido de la relación de trabajo instaurado con el pacto de prueba, sino más exactamente en la valoración de lo que constituye el objeto típico de todo contrato de trabajo.

Mas este autor⁵⁴³ después de recoger categóricamente cuanto se ha expuesto introduce un matiz siguiendo en este punto a lo expresado por RODRÍGUEZ PIÑERO⁵⁴⁴, la especialidad surge por: “La comprobación de si las prestaciones objeto del contrato satisfacen, en sus resultados, la medida de los deseos de las partes a los efectos de la convalidación de una relación amenazada, mientras tanto, de provisionalidad”.

En un sistema de relaciones laborales como es el nuestro en la que la mayor parte de los vínculos son eventuales, no podemos dejar

⁵⁴¹ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”, op.cit., pág. 38.

⁵⁴² *Ibíd*em, pág.41.

⁵⁴³ *Ibíd*em, pág.39

⁵⁴⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO M.: “ Naturaleza jurídica del período de prueba”, op.cit., pág.71.

de manifestar nuestra disconformidad con el planteamiento de RODRÍGUEZ PIÑERO. La suscripción del período de prueba más que suponer una amenaza de provisionalidad implica una amenaza de inseguridad extintiva, al no ser precisa la alegación de causa alguna para prescindir del contrato de trabajo. La provisionalidad no es un dato connatural a la suscripción del período de prueba sino compartido con el resto de las relaciones temporales que se pueden suscribir.

De cualquier forma, esta visión parte de entender el elemento causal desde el prisma únicamente objetivo (el destino querido por el legislador) pero si adoptamos un punto de vista más amplio, comprendiendo en el concepto de "causa" no solo la dimensión objetiva sino también la subjetiva (esto es, "como fin real y práctico que las partes se proponen al contratar"⁵⁴⁵) quizá la conclusión que anteriormente hemos manifestado, tenga que variar.

Así pues, a la causa en sentido objetivo (intercambio de la prestación de servicios por salario) habríamos de añadir la que supone su significado subjetivo y que a decir en palabras de ALONSO GARCÍA⁵⁴⁶ vendría constituido por "el valor instrumental de experiencia", objetivo este que podría ser entendido como exclusivo del período de prueba y, por ende, no compartido con el contrato de trabajo que se formaliza sin referencia a la prueba.

La experiencia dotaría de entidad autónoma a la prueba y no se podría identificar totalmente a un contrato de trabajo sin período probatorio de aquel en que se ha previsto este.

Toda esta disquisición descansa en la referencia legal explícita al deber de experimento. Esta es la razón por la que necesariamente hemos de detenernos en su comprensión y así analizar si se trata de una obligación autónoma e independiente al compromiso asumido con la suscripción de la relación laboral o si consiste, tan solo, en una concreción del deber de buena fe impuesta por el art.7.1 y 1.258 del Código Civil y art.20.2 del Estatuto de los Trabajadores.

8.2.- El deber de experimento.-

Continuando con la tradición legal, la actual norma recoge un mandato dirigido a las dos partes contractuales: el referente a la necesidad de que ambas realicen las "experiencias que constituyan el objeto de la prueba".

⁵⁴⁵ ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a E.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.37.

⁵⁴⁶ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.324.

Cuando aparece en la dicción legal un término novedoso con relación a los conceptos que se emplean en el resto del articulado, inevitablemente el lector se pregunta acerca de su significado. El artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores hace referencia expresa –desde luego como hemos tratado de reflejar, no de forma novedosa– al “deber de experimento” pero, ¿a qué se refiere con el empleo de este término?.

MARTÍN VALVERDE, respondió en su momento a esta cuestión. Este autor nos enuncia que “El deber de experimento puede ser definido como aquél que vincula a ambas partes del contrato durante la fase probatoria a realizar (por parte del trabajador) y a facilitar y consentir (por parte del empleador) la prestación de servicios de forma que pueda verificarse la aptitud y la adaptación del trabajador al trabajo contratado”⁵⁴⁷.

De esta definición extraemos las siguientes consecuencias: las dos partes contractuales están obligadas a esa realidad que se ha denominado “experimento”, difiriendo el compromiso que cada una de ellas adquiere en función también de la distinta posición jurídica que adopta. El trabajador tendrá que prestar su trabajo y el empresario tendrá que dotar a su empleado de los medios y útiles precisos para que se pueda realizar la actividad laboral, pues solo garantizando estos deberes se podrá probar con garantía la prestación de servicios que se conviene y, por ende, dar sentido a la prueba.

Vemos por lo tanto que, aunque el concepto formalmente sea distinto del que se emplea cuando se concierta una relación sin sometimiento a prueba, en la práctica los compromisos son los mismos⁵⁴⁸, por lo que bien podríamos decir con este autor que “ En principio, el deber de experimento no se traduce en prestaciones distintas de las que constituyen el objeto del contrato de trabajo”. Y como excepción únicamente se encontrarían aquellas situaciones “ debidamente justificad(a)s –por ejemplo, en el período de prueba con finalidad formativa- el deber de experimento podría manifestarse como deber de sometimiento a exámenes o pruebas especiales de aptitud (por parte del trabajador) y en un deber correlativo a estar y pasar por el resultado objetivo de las mismas (por parte del empleador)”.

La singularidad del período de prueba no viene constituida por su objeto, a nuestro modo de ver. Esto es, las partes se comprometen a los mismos cometidos con independencia de si se suscribió o no el pacto de prueba. Lo único diferente es –aparte del

⁵⁴⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.217.

⁵⁴⁸ En idéntico sentido, DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba. Voz para una enciclopedia”, op.cit.

reiterado excepcional y provisional régimen de extinción- la finalidad a la que viene destinado. Ciertamente es que, en la práctica, los comienzos de la vida laboral –con o sin prueba- presentan elementos que lo diferencian de la situación que presenta un trabajador con un grado mayor de experiencia en un puesto de trabajo concreto, pero estas diferencias no revisten entidad suficiente como para que entendamos que nos encontramos ante una realidad diferente a la que supone el intercambio de servicios por salario⁵⁴⁹.

De esta manera, “el experimento más que constituir en puridad el contenido de la relación de trabajo instaurado con el pacto de prueba, es más exactamente la valoración de aquel contenido que ha constituido siempre típicamente el intercambio de trabajo por remuneración”⁵⁵⁰.

No obstante, MONTOYA MELGAR⁵⁵¹ es de la opinión de dotar de un papel tan relevante al experimento que entiende que en el que denomina “contrato de trabajo a prueba” lo esencial es este experimento, “mientras que el cambio trabajo-salario tiene un mero carácter instrumental”. Parece que, tanto por la ubicación de la materia en el manual que redactó como por la propia calificación que le da al contrato de trabajo que contiene una cláusula de previsión de la prueba, está sugiriendo que nos encontramos ante una modalidad contractual con identidad propia y acaso con causa diferente al resto de los contratos. Afirmación esta que queda refrendada también por su propia manifestación de que “la causa del contrato de prueba es la comprobación práctica de las condiciones de una futura relación laboral”⁵⁵².

Este autor entiende que ya desde la propia dicción legal se está privando de plenos efectos a los supuestos en los que se haya convenido la prueba, confirmándose a su juicio la peculiaridad que ostenta este “contrato de trabajo a prueba” frente al resto y cuya pretensión principal es la de que las partes puedan valorar la conveniencia de suscribir posteriormente lo que denomina “un contrato de trabajo stricto sensu”. Continúa su discurso afirmando

⁵⁴⁹ Existen voces doctrinales que defienden en este punto que “la diligencia en el cumplimiento de la prestación laboral exigible al trabajador durante el período de prueba debe ser menor, o al menos distinta, a la que se exigiría a un trabajador no sometido a ella, y debe ser medida con criterios objetivos atendiendo, por ejemplo, al promedio obtenido por los compañeros de trabajo al realizar funciones iguales o semejantes durante el mismo período” (PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido* op.cit., pág.42); en el mismo sentido que esta autora ya se habían manifestado BARREIRO GONZÁLEZ, G. (“El período de prueba”, op.cit., págs. 60-61) y MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., págs.283-285.

No obstante, a nuestro juicio, estas consideraciones en nada difieren de las que se podrían aplicar a un trabajador que, sin período de prueba, comienza a prestar sus servicios.

⁵⁵⁰ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”, op.cit., pág.40.

⁵⁵¹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág.521 y pág. 522.

⁵⁵² Últ. cit.

que esta es la interpretación acorde al significado legal y específicamente que casa con la previsión del art.14.1 del Estatuto de los Trabajadores, al referirse que “el empresario y el trabajador... están obligados a realizar las experiencias”. Solo en el supuesto de que las citadas experiencias hayan sido satisfactorias para las partes, es cuando estas proceden –a través de la prestación de su consentimiento tácitamente prestado- a formalizar el contrato de trabajo propiamente dicho.

En similar sentido, a lo largo de toda su obra se expresa FERNANDEZ MARQUEZ. No obstante, y siendo consciente de que es más sencillo proceder a la crítica que a la sugerencia, entendemos que se incurren en ciertas contradicciones. Así, no vemos claro como después de considerar que existe un verdadero deber legal de experimento y que solo se puede conceder validez a la extinción cuando del resultado de aquel se infiera la inhabilidad del trabajador, no se haya también optado por entender que a los efectos del cómputo de la prueba solo por los días hábiles, pues solo en estos se puede llevar a cabo la experimentación a que, reiteramos según el autor, nos obliga el legislador.

Dejemos por un momento esta cuestión y pasemos a examinar el ámbito subjetivo de la obligación al experimento; Hemos comentado que este mandato pesa legalmente sobre las dos partes contractuales, no obstante, en la práctica, y apoyándonos en la definición dispensada por la doctrina científica, el encargo –en cuanto materialización de una actividad- va dirigido a la persona del trabajador, limitándose el empresario a observar y comprobar el acierto de la selección laboral⁵⁵³.

Y desde esta descripción se hace necesario volver al contenido del experimento y qué debemos entender por este. Si partimos de la situación idónea probablemente la descripción se ajustaría a lo que ya comentara MARTÍN VALVERDE al respecto: durante la prueba, el experimento consistiría: “... De un lado, el empleador habrá de proveer las informaciones necesarias sobre cómo ejecutar satisfactoriamente el trabajo y relacionarse con el grupo; y de otro, el trabajador habrá de ser receptivo a dichas informaciones. De un lado, el empleador habrá de permitir la ocupación del puesto, sin lo cual no es posible la verificación de la aptitud y la adaptación para el trabajo contratado; y, de otro, el trabajador no podrá alegar la superación del período de prueba si no es mediante la prestación efectiva de sus servicios...Por último, el empleador no podrá interrumpir la

⁵⁵³ CRUZ VILLALÓN, J.: “Problemas prácticos del período de prueba”, op.cit. pág.200. Este autor comenta, de una manera muy gráfica, que no sería imaginable que el trabajador pueda exigir al empresario que realice determinadas acciones para poder comprobar si le resulta o no rentable continuar prestando sus servicios.

experimentación de la relación de trabajo antes de adquirir elementos de juicio suficientes sobre la idoneidad del trabajador, mientras que éste, conservando por supuesto íntegra su libertad de desistimiento, no deberá ejercerla de forma abusiva o emulativa –sin notificación, e incluso, cabría pensar, en ciertas ocasiones, sin preaviso.”⁵⁵⁴

A esta descripción acaso debería añadirse que –también siempre situados desde el plano estático-ideal- el período de prueba necesariamente habría de tener un plazo mínimo que debería ser, en todo caso, respetado⁵⁵⁵.

Pero, prescindiendo de situaciones ideales, lo que sí nos parece diáfano es que con la previsión legal no se está dotando al “experimento” de un valor y contenido diferente al compromiso adquirido por la mera asunción del vínculo laboral. Entendemos que a lo que atiende este concepto es a asegurar que la prueba sea coherente para la finalidad con la que fue concebida, que logre en última instancia ser el mecanismo idóneo para que el empresario conozca realmente si en la persona del trabajador concurren las cualidades y circunstancias óptimas para prolongar la duración de la relación laboral. El período de prueba se torna así en tiempo para “experimentar” las obligaciones que se han asumido con el contrato de trabajo.

El contenido, por tanto, del contrato de trabajo a prueba es idéntico al que se celebra sin esta cláusula, aun cuando se pueda observar –DURÁN LÓPEZ⁵⁵⁶- una especial llamada al derecho a la ocupación efectiva. Esta circunstancia no significa que en la práctica no se observen diferencias que acaso pueden tener relación con la necesidad imperiosa del trabajador de conservar el vínculo y que le suponen que el despliegue de sus capacidades se realice en el máximo grado, sin que se permita relajaciones de su conducta laboral.

Una vez expuestas las consideraciones anteriores acerca de qué engloba la obligación de experimento es interesante observar cómo la jurisprudencia ha englobado bajo el concepto de “experiencias” todas las circunstancias que le van a ser de utilidad al empresario para conocer “su motivación para el trabajo, aptitud para el mismo, capacidad de concentración y aislamiento del trabajo, relación con superiores y compañeros de trabajo, etc.”⁵⁵⁷, confiriendo de esta forma sentido a que la prueba no se agote en un instante concreto sino que se extienda durante el lapso señalado por las partes.

⁵⁵⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.218.

⁵⁵⁵ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.153.

⁵⁵⁶ DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba. Voz para una enciclopedia”, op.cit.

⁵⁵⁷ STS de 3 de mayo de 1983 (RJ 1983/2332).

Las partes, durante la prueba, no son observadores de lo que después podría consistir una relación laboral, ni tampoco vienen obligados a realizar cometidos ajenos a esta, sino que están llamados a experimentar en la práctica el objeto del contrato de trabajo.

8.3.-La obligación ¿legal? de experimento.-

Ya hemos comprobado cómo el legislador realiza una invocación a las partes contractuales para que durante el transcurso de la prueba se sometan a la realización del "experimento". Entendamos este como un deber autónomo o como la obligación connatural a la relación laboral, es forzoso analizar qué consecuencias entraña para la calificación del acto extintivo la circunstancia de que las partes hayan hecho caso omiso a esta prescripción legal.

Es decir, la situación que analizamos es qué ocurriría cuando el empresario da por finalizada la relación laboral y o bien la razón de fondo no ha sido la deficiente ejecución de servicios o la inadaptación empresarial del trabajador o ni tan siquiera pudo materialmente realizarse el experimento en que consiste la prueba, deducible esta consecuencia del escaso margen temporal que se concediera al empleado para revelar sus aptitudes y habilidades.

Partimos del entendimiento de que solo en el supuesto de que se hayan previsto consecuencias legales al hipotético incumplimiento del experimento, podemos hablar en puridad de la instauración de una verdadera obligación legal que llama a la realización de aquel.

Leído el precepto no se descubre ningún efecto que entrañe su omisión, lo que empleando la expresión de CRUZ VILLALÓN⁵⁵⁸ acaso pudiera servir para entender que estamos ante un precepto incompleto. Lo cierto, lo calificaremos de esta forma o no⁵⁵⁹, la realidad legal con la que nos enfrentamos es que el legislador no ha previsto qué consecuencias entraña el incumplimiento del experimento⁵⁶⁰, sino que se limita a expresar únicamente la genérica obligación que pesa sobre las partes de sometimiento al citado experimento.

⁵⁵⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: "Problemas prácticos del período de prueba", op.cit.,pág. 200; BALLESTER PASTOR, M.A: *El período de prueba*, op.cit., pág.47.

⁵⁵⁹ Nosotros no inferimos de la lectura del precepto, indefectiblemente, que se trate de una imperfección. Nos asalta la duda –dada la alta tradición del instituto y los incesantes problemas que en torno a esta cuestión ha planteado y plantea- si la omisión de los efectos en caso de incumplimiento no ha sido querida por el legislador. Deducimos de su silencio que la falta de referencia expresa a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de experimento ha sido un efecto deliberado y consciente que, de otro lado, guarda coherencia con la naturaleza del acto extintivo a promover unilateralmente por la parte empresarial.

⁵⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit., pág.200; BALLESTER PASTOR, M.A: *El período de prueba*, op.cit.pág.47

BARREIRO GONZÁLEZ⁵⁶¹ señala que al trabajador el deber de experimentar le vincula en el sentido de que su no observancia facultaría al empresario a resolver el contrato y quizá a exigir una posible indemnización; pero no le supondría ningún obstáculo a su libertad de desistir, pues el trabajador, de todas maneras, podría hacerlo acogiéndose al número 4 del artículo 49 del Estatuto. En cuanto al empresario la inobservancia del deber de experimento suprimiría por una parte la justificación legal de su desistimiento y, de otro lado, le daría opción al trabajador a extinguir el contrato al amparo del art.50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Ante este panorama legal de posible incertidumbre, resultará de suma utilidad acudir a las aportaciones de nuestros tribunales a fin de dirimir si estamos ante una verdadera obligación legal (que entraña derechos concretos para la parte que sufre el incumplimiento) o, por el contrario, la supuesta obligación deja de ser tal para trocarse en una mera "pretensión ornamental"⁵⁶² que en la realidad no vincularía a las contratantes.

Pero la doctrina judicial ha sido vacilante en este sentido. Así, nos podemos encontrar con asertos que defendían la trascendencia jurídica del experimento, lo que suponía la conversión del acto de extinción en una acción encuadrable en despido improcedente⁵⁶³, y otros fallos que abogaban por la licitud de la extinción aun cuando no se hubieran realizado las experiencias convenidas⁵⁶⁴. La circunstancia ya señalada de que durante la prueba no solo se valoren aspectos profesionales sino también aquellos que entran en la esfera personal –aun cuando en cuanto conectada con el ámbito laboral- ha sido uno de los argumentos judiciales para establecer que no existe obligación de acometer el experimento⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "El período de prueba", op.cit., pág. 57 y pág.58.

⁵⁶² TOROLLO GONZÁLEZ, F. J "Extinción del contrato en período de prueba"; op.cit., pág. 347.

⁵⁶³ STS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9088) ex Estatuto de los Trabajadores de 1.980; STSJ Castilla y León de 2 de mayo de 1995 (AS 1995/2035) señala, al amparo del Estatuto de los Trabajadores de 1980, la obligación de trabajador y empresario de realizar las experiencias objeto de la prueba, por lo que si la extinción no tuvo que ver con el desarrollo de estas, la extinción no es lícita; STSJ Islas Canarias de 1 de diciembre de 2004 (AS 2004/3988): con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9088); STSJ de Castilla La Mancha de 28 de octubre de 2011 (JUR 2011/406397); STSJ Castilla y León de 30 de mayo de 2012 (AS 2012/1858).

⁵⁶⁴ STC de 13 de enero de 1984 (RTC 1984/220); STSJ La Rioja de 31 de diciembre de 1992, (AS 1992/6009)-Estatuto de los Trabajadores de 1980-; STSJ Castilla La Mancha de 24 de diciembre de 1993 (AS 1993/5434); STSJ Cataluña de 7 de junio de 1994 (AS 1994/2547); STSJ Cantabria de 14 de diciembre de 1999 (AS 1999/4695): "*incluso resulta irrelevante la realización por parte del trabajador de pruebas que demuestren su aptitud para el desempeño de las funciones inherentes a su puesto de trabajo*"; STSJ de Navarra de 28 de junio de 2010 (JUR 2010/417852): "*sin que tal potestad resolutoria esté legalmente condicionada a la obligación de realizar las experiencias propias de la prueba*".

En contra: STSJ Islas Canarias de 1 de diciembre de 2004 (AS 2004/3988).

⁵⁶⁵ STSJ Navarra de 25 de febrero de 2005 (JUR 2005/105415); STSJ de Navarra de 28 de junio de 2010 (JUR 2010/417852).

A pesar de estos pronunciamientos vacilantes, compartimos absolutamente la reflexión de CRUZ VILLALÓN "La jurisprudencia ha sentado el criterio de que el ejercicio de la facultad resolutoria no se encuentra condicionado al hecho de que se lleven a cabo las pruebas oportunas; el empleador puede dar por terminada la relación jurídica desde el primer día, sin realizar prueba alguna, si decide simplemente que ya no le interesa mantener el contrato. La única consecuencia que admite es la de que, una vez concluido el período de prueba, no se podrá despedir en base a una ineptitud originaria"⁵⁶⁶.

Entendemos que si la respuesta judicial es la declaración de ilicitud del acto de extinción en aquellos casos en los que no ha sido viable la realización del experimento, podríamos encontrar argumentos para reforzar esta obligación e incluso para modular la facultad extintiva de las partes y, específicamente, la que ostenta la parte empresarial. Mas esta cuestión, a nuestro modo de ver, se observa con mayor claridad cuando contemplamos las situaciones litigiosas que se plantean cuando claramente el trabajador no ha podido cumplir con la prueba prevista, circunstancia esta que se produce claramente cuando el cese de la relación laboral acontece encontrándose el trabajador en situación de suspensión contractual. Diferimos el estudio de la situación expuesta al apartado en el que trataremos específicamente de la suspensión de la prueba.

Centrados, en este concreto momento tan solo en el terreno legal, somos de la opinión de que no existe una verdadera obligación normativa al experimento, pues si se pretende dotar de contenido a estas experiencias a fin de que efectivamente sea la superación o no de las mismas la que determine la viabilidad de la extinción empresarial, entendemos que habría que determinar un plazo mínimo (y no solo un período máximo) de obligado cumplimiento para las partes a partir del cual se podrían lícitamente desplegar estas facultades de extinción.

Así, si la parte (empresario) finalizara antes del agotamiento del plazo mínimo la relación laboral, se entenderá que el experimento es incompleto y podría declararse la ilicitud de la extinción.

Lo que proponemos no es algo fruto de nuestra imaginación, el Código Civil alemán⁵⁶⁷, exige que las relaciones de trabajo con período de prueba no puedan finalizarse hasta que no haya transcurrido dos semanas de prestación de servicios. Ahí vemos una clara intención del legislador de garantizar que el período de prueba cumpla el servicio de experimento en que consiste.

⁵⁶⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: *Problemas prácticos del período de prueba*, op.cit., pág.202.

⁵⁶⁷ §622, párrafo 3, del BGB.

Pero, y ya desde el terreno de la valoración, entendemos que nuestra opción legal de no afrontar un claro deber de experimento es coherente con el fin que trata de asegurar y los intereses empresariales que tiende a satisfacer. El período de prueba constituye la otra cara de la moneda de la dimisión del trabajador. A este lógicamente no se le exige un lapso previo de permanencia en su puesto de trabajo para emitir su voluntad extintiva. Si bien es cierto que las posibilidades que en orden a la extinción unilateral ostenta el empresario no deben contemplarse en pie de igualdad con las que tiene el trabajador (porque indudablemente el empleado asume la posición más débil contractualmente hablando y por la fuerza que impregna el reiterado principio de estabilidad en el empleo) no olvidemos que lo que el legislador ha tratado de concebir a través del art.14 del Estatuto es una excepción a la norma general de prohibición de desistimiento unilateral empresarial, dejando amplia libertad a los contratantes –y específicamente al empresario- para que, en aras al principio de libertad de empresa consagrado específicamente en el artículo 38 de la Constitución⁵⁶⁸, pueda decidir con qué trabajador cuenta y con cuál no.

Sería acaso deseable que efectivamente la experimentación fuera obligatoria, y que toda extinción durante el período de prueba tuviera que basarse en la insatisfacción de las cualidades y aptitudes mostradas, pero por mucho que este sea nuestro deseo personal no debemos mezclar nuestro sentir con lo que realmente se ha previsto por el legislador. Estamos –prestemos o no nuestro acuerdo- ante una figura que se caracteriza sobre todo por la extinción libre, y esta no se ve limitada de forma alguna por ningún otro requisito ajeno a la proscripción genérica de lesión de derechos fundamentales (toda vez que estos han de ser atendidos, en todo caso, al situarse en la cúspide normativa). A la memoria se nos viene la reflexión vertida por PASCUAL ALLEN seguida por DE VAL⁵⁶⁹ destacando la pérdida de la oportunidad de incluir “un factor de equilibrio, exigiendo que el desistimiento del empresario estuviera en estrecha relación con la aptitud, comportamiento y rendimiento demostrado”.

Podríamos defender una postura contraria si el legislador en el precepto comentado o a lo largo del texto laboral hubiera incluido alguna previsión en torno a qué ocurre si el fin de la relación en prueba obedece a un motivo ajeno al círculo laboral o empresarial,

⁵⁶⁸ Muestras ha dado el legislador –sobre todo actual- de ensalzar el papel de la libertad de empresa. Aun cuando el artículo 14 comentado sea ejemplo expositivo de este principio, no debemos olvidar la última reforma laboral de envergadura hasta el momento procurada por el Real Decreto Ley 3/2012 y la posterior en Ley 3/2012.

⁵⁶⁹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit. nota 428 recogiendo la idea de ser PASCUAL ALLEN C., “Forma, período de prueba y duración del contrato”, op.cit. pág. 76. Del mismo sentir, BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, op.cit., pág.7.

pero lo cierto –por mucho que podamos criticarlo- es que tal previsión no existe deliberadamente, pues hubiera sido sencillo incluirla.

De fácil inclusión decimos, no solo porque existe una amplia tradición histórica en la forma de concepción de la figura probatoria, sino porque existen ejemplos en nuestro entorno que sí han hecho uso de mecanismos a fin de asegurar que la prueba se halle directamente conectada con las “experiencias” que constituyen su objeto. Se podría haber previsto una duración mínima de la prueba⁵⁷⁰, de tal forma que en cualquier caso se hiciera necesario agotar el plazo antes de proceder a la extinción; con esta locución se vería claramente el deseo del legislador de garantizar ese experimento⁵⁷¹.

En la expresión legal “el empresario y el trabajador...” no podemos ver más que una definición de lo que ocurre durante la prueba y al contemplar la dicción observamos que lo que se conviene en nada difiere del objeto de cualquier otro tipo de relación laboral. Tan solo se está aludiendo a la naturaleza, sustancia, definición y requisitos de un vínculo sometido al Estatuto de los Trabajadores, caracterización esta que se reconduce a la asunción por parte del empresario y del trabajador de las obligaciones inherentes a toda relación de trabajo, porque las partes –y este es el núcleo- no se obligan a otra realidad diferente a la que entraña la suscripción de un contrato de trabajo. No contemplan la relación pasivamente, no realizan otros cometidos que tengan autonomía propia, sino que experimentan el objeto del contrato de trabajo.

La circunstancia de que se haya previsto también legalmente que para determinadas actividades laborales (las que desde el plano objetivo requieren mayor cualificación⁵⁷²) se pueda acordar un período de prueba más dilatado en el tiempo o la posibilidad de que las partes asuman la interrupción de la prueba ante determinadas hipótesis suspensivas, no añade ni quita nada en torno a la

⁵⁷⁰ STSJ Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993/349) considera que el período de prueba no tiene límites en cuanto al dies a quo, sino solo en lo que se refiere al dies ad quem o fecha final, pudiendo extinguir la relación el mismo día en que debía iniciarse la relación.

⁵⁷¹ En contra, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., TOL 4.143.428: “la necesidad de experimentación es hoy innegable de lege data, pues el art. 14.1 ET dice con toda claridad -a través de una norma imperativa, fuera por tanto del alcance de la autonomía colectiva- que “el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba “.

⁵⁷² En contra, STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 2004 (AS 2004/1709). Resalta que “*el período de prueba tiene un componente causal*” por cuanto el precepto legal regula una distinta duración del mismo en función de la titulación que ostenta el trabajador) “*aunque éste aparezca difuminado en ocasiones como consecuencia de la posibilidad de extinción sin causa que caracteriza la institución probatoria*” así como por la posibilidad tan amplia que tienen los convenios a la hora de regular la duración máxima.

disquisición sobre si se ha concebido con carácter obligatorio o no la realización de las experiencias⁵⁷³.

Si asumimos que el empresario podrá poner fin a la relación laboral sin necesidad ya no de acreditar sino de ni tan siquiera alegar "su insatisfacción con el resultado de la prueba, ni con las carencias de capacidad profesional o ausencia de idoneidad para el trabajo encomendado"⁵⁷⁴ y si tampoco le es exigible "explicitar en ningún instante cuáles han sido las razones que le ha conducido a su decisión extintiva"⁵⁷⁵, no se puede concluir contundentemente que exista un auténtico mandato legal a la realización del experimento⁵⁷⁶.

Esta realidad nos conduce inexorablemente a afirmar con DURÁN LÓPEZ⁵⁷⁷ "Pero, hasta ahora, apreciándose con gran amplitud la libre facultad de extinguir la relación de trabajo durante el período de prueba, la virtualidad práctica de la exigencia de efectiva experimentación es reducida", sin que sea óbice para extraer tal conclusión (a nuestro juicio) la consideración vertida por ALONSO GARCÍA⁵⁷⁸ acerca de que el incumplimiento del experimento "dará lugar a la exigibilidad de los daños y perjuicios que por el mismo se hubieran podido causar", pues esta asunción de responsabilidades pecuniarias no es connatural al período de prueba, sino que se impone en cualquier situación en la que concurren los requisitos previstos en el art.1.902 y 1.903 del Código Civil y que, trasladados al ámbito laboral y específicamente al período de prueba, nos remiten otra vez a la doctrina del abuso de derecho, fraude de ley y lesiones a los derechos fundamentales.

Pero con estas palabras no queremos indicar que la expresa referencia al experimento es superflua, por el contrario, efectivamente servirá para determinar el objeto de la prueba, incluso para alegar la posible existencia de abuso de derecho o fraude de ley y para no caer en la confusión de identificar el período de prueba con una modalidad contractual diferente a las contempladas por el art.15 del Estatuto de los Trabajadores.

Aún más, quisiéramos señalar que, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, actualmente ni tan siquiera pesa sobre el empresario una genérica obligación de conocer "las facultades y

⁵⁷³ Estos dos apuntes son considerados por FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El período de prueba*, op.cit.

⁵⁷⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.137

⁵⁷⁵ *Ult. Cit.*

⁵⁷⁶ En contra, BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: "Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo", op.cit., pág.7: "A pesar de la previsión de estos factores limitadores, es importante tener en cuenta que el art. 14 TRET no condiciona la posibilidad de desistir a la no superación del trabajador del período de prueba (a pesar de la existencia de un deber legal de experimentación)".

⁵⁷⁷ DURÁN LÓPEZ, F.: "El período de prueba. Voz para una enciclopedia", op.cit.

⁵⁷⁸ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.395.

peculiaridades del trabajador⁵⁷⁹, por lo que la omisión del deber del experimento tampoco le harían incurrir en una trasgresión de su diligencia in contrahendo que se pudiera alegar en el futuro.

Siendo estos los términos del debate doctrinal, dejamos para más adelante el estado de la cuestión ante los tribunales, a los que no les ha parecido la solución tan evidente como determinados autores proclaman⁵⁸⁰.

IX.- LOS EFECTOS DE LA SUSCRIPCIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

9.1.- Los derechos y deberes del trabajador.-

La regulación autónoma que entraña el período de prueba bien podrían hacernos suponer que tiene incidencia en la esfera de los derechos del trabajador; mas, tal y como se ha venido señalando desde el principio del presente, el legislador ha tratado de evitar cualquier tipo de discriminación entre la situación laboral del trabajador a prueba y otro empleado que no está vinculado a esta cláusula y, desde los orígenes de la concepción de la figura, se ha consagrado el principio de igualdad de derechos en ambas situaciones.

Esta aseveración es contundente y se obtiene de la propia literalidad con la que se expresa el art.14 del Estatuto. La consecuencia práctica más palpable se encuentra en la igualdad retributiva (a salvo, por supuesto, de aquellos complementos vinculados a la permanencia en el puesto de trabajo) siendo esta, de otro lado, la razón histórica que justifica la preocupación del legislador y la referencia expresa a los "derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo como si fuera de plantilla"⁵⁸¹.

Con relación a las obligaciones, como se observa también del tenor literal de la ley, serán las propias a las que corresponda a la actividad a realizar, sin verse excepcionado ninguno de los deberes que con carácter general acoge nuestro artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores. Precisamente estas alusiones a los deberes y

⁵⁷⁹ Art.60 in fine de la Ley de Contrato de Trabajo de 1.944.

⁵⁸⁰ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit.,” Sea como fuere, la proclamación legal de la necesidad de experimentación durante el periodo de prueba es tan evidente que ha sido asumida por la jurisprudencia. Prueba de ello es, por ejemplo, la STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 701)” .

⁵⁸¹ DE VAL TENA, A.L: *El pacto de prueba y el contrato de trabajo*, op.cit., pág.145 –a nuestro juicio muy certeramente- destaca lo poco afortunado de la expresión legal y precisa que “No se le asimila a los restantes miembros de la plantilla, sino que se integra en ella, sólo que durante un tiempo –el pactado para la prueba- ceden o no son de aplicación las reglas sobre extinción de la relación contractual”.

obligaciones nos hacen redundar en la idea de que el objeto del período de prueba es idéntico al del contrato de trabajo.

Así pues, la única diferencia –en absoluto desdeñable– con respecto a otro contrato que no incluya la prueba (o ya ha fenecido) es que durante su transcurso no se aplicarán todas las garantías previstas para la extinción del contrato del trabajo⁵⁸².

9.2.- La declaración de fraude de la relación laboral.-

Hemos comprobado cómo la declaración de nulidad de alguno de los extremos relativos al período de prueba no incide sobre la existencia general del contrato de trabajo. En este apartado el planteamiento que quisiéramos realizar es justamente el inverso: qué ocurre con la cláusula probatoria cuando el contrato de trabajo está viciado de algún defecto o más concretamente, cuando el contrato de trabajo formalmente lo es temporal cuando en realidad se debería haber suscrito una relación indefinida.

La preocupación del legislador –traducción de la necesidad real laboral– acerca del posible carácter fraudulento de la contratación se encuentra latente a lo largo del texto de la norma laboral (véase el art.15 o el art.8 del Estatuto de los Trabajadores) y también a través de las diferentes reformas acometidas sobre la disposición legal.

Claro es que un contrato que aparentemente lo es temporal si se acreditara (y aquí el papel que desempeñan las presunciones legales cobra especial relevancia) que en realidad responde a una necesidad permanente de la empresa o que carece de la causa habilitante para su válida concertación, se transforma ineludiblemente en indefinido. Ante estas situaciones, los tribunales decretarían la nulidad de la temporalidad y concluirían en la afirmación que hemos señalado, pero ¿qué ocurrirá con la prueba? ¿corre igual suerte y se ha de adoptar el criterio de que también es nula?.

La doctrina judicial, salvo contadas excepciones⁵⁸³, opta por aplicar el artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores –principio de conservación del negocio– y declara válida la cláusula de prueba con independencia de la natural conversión de la modalidad temporal en indefinida⁵⁸⁴. La nulidad se circunscribe al concreto aspecto viciado y

⁵⁸² STSJ Cantabria de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012/389973).

⁵⁸³ STSJ C. Valenciana de 30 de enero de 2003 (JUR 2003/215903). Estima que el período de prueba es nulo no solo porque se formalizó posteriormente al inicio de la relación laboral, sino por cuanto formaba parte de un contrato fraudulento (contrato temporal que no expresa la causa).

⁵⁸⁴ STSJ Cataluña de 22 de mayo de 2001 (AS 2001/1139); STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 2001 (JUR 2001/314807); STSJ Cataluña de 28 de marzo de 2003 (JUR 2003/130571); STSJ de Islas Canarias

no extiende sus efectos más allá (visión esta también coherente con la propia concepción legal restrictiva del trágico efecto de declaración de nulidad).

No obstante, no deja de ser al menos llamativo que empleando el principio de conservación del negocio, al final se pueda dar al traste con la relación falsamente temporal. Esto es, el contrato temporal es fraudulento, por lo que se declarará su carácter indefinido, pero si el período de prueba es intangible (no se extienden los efectos de nulidad a él) y se hubiera tomado la decisión en tiempo de cese del vínculo, nos encontramos con el efecto perverso de que la relación (indefinida) se ha extinguido válidamente.

9.3.- Otros pactos contractuales.-

La libertad contractual de las partes puede suponer el nacimiento en el negocio jurídico que consolidó su relación de otras cláusulas, diferentes a las del período de prueba, que suponen la asunción de las contratantes de una serie de obligaciones accesorias a las que también vienen vinculadas.

Nuestra atención se fijará en el pacto de permanencia así como en el pacto de no competencia por ser estas las que han suscitado un debate judicial principalmente en torno a su posible compatibilidad o no con la también cláusula del período de prueba.

9.3.1.- Pacto de permanencia.-

Nuestro ordenamiento laboral (art.21.4 del Estatuto de los Trabajadores) posibilita la proposición empresarial de un pacto por medio del cual el trabajador se compromete a prestar sus servicios durante un lapso temporal previamente determinado. La contraprestación para el empleado es que recibirá una cualificación profesional cuyo coste será asumido por el empresario.

de 9 de septiembre de 2004 (AS 2004/2829); STSJ Islas Canarias de 1 de diciembre de 2004 (AS 2004/3988); STSJ de Islas Canarias de 23 de diciembre de 2005 (AS 2006/586); STSJ Madrid de 6 de febrero de 2006 (JUR 2006/128554); STSJ Extremadura de 26 de marzo de 2007 (JUR 2007/213711); STSSJ Islas Canarias de 22 de junio de 2007 (JUR 2007/348890); STSJ C. Valenciana de 24 de septiembre de 2009 (JUR 2010/11714); STSJ Islas Canarias de 22 de diciembre de 2009 (JUR 2010/159819); STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2010 (JUR 2011/107085).

La Ley condiciona la validez de este acuerdo a que concurren los presupuestos que a continuación reseñamos:

a. Se trata de un pacto de naturaleza contractual que necesariamente ha de establecerse por escrito en el propio contrato o en un documento ad hoc. No se exige, en este sentido, la previsión inicial de este compromiso pero sí que se concierte expresamente.

b. La causa que genera la licitud de esta cláusula es que se le dote al trabajador de la especialización profesional a cargo de la empresa.

c. Tiene una duración máxima de dos años.

d. La finalidad es poner en marcha un proyecto concreto o realizar una específica actividad laboral.

Si el trabajador incumpliera con la obligación que asume estaría obligado a indemnizar por los daños y perjuicios que ocasiona al empresario. Esta consecuencia pecuniaria supone que, a la postre, el derecho a la dimisión que todo trabajador posee por el mero hecho de ostentar esta cualidad se vea de alguna forma condicionado, por cuanto su decisión durante el período de permanencia le supondrá la asunción de la correspondiente obligación de pago al que fuera su empleador (todo ello sin perjuicio de que el acto de extinción ad nutum es plenamente eficaz desde que mostrara –con hechos o palabras- su voluntad de finalización contractual).

Lo que nos interesa comprobar en este momento es la posible coexistencia entre el pacto de prueba y el de permanencia y analizar, si finalmente se concluye en la incompatibilidad, qué ocurriría con el período de prueba.

La solución no ha sido clara, por cuanto la posición que hoy se mantiene no es la que se defendió en nuestro reciente pasado.

Así, en un principio se pensó que la suscripción del pacto de permanencia anulaba el período de prueba. Esto es, durante la permanencia ninguna de las partes podía ejercitar válidamente su facultad de extinción acausal que define a la prueba. Esta conclusión fue a la que llegó la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1991 (RJ 1991/837).

El pronunciamiento enunciado suscitó una serie de inquietudes doctrinales, por cuanto no despejaba –BARREIRO GONZÁLEZ⁵⁸⁵- si lo

⁵⁸⁵ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Cursos de formación profesional con cargo a la empresa y resolución del contrato. Indemnización, preaviso, pacto de permanencia y período de prueba. Comentario a la STS

que se estaba asentando era una doctrina general o por el contrario tan solo se respondía concretamente al problema específico que allí se estaba planteando, atendidas las circunstancias concurrentes. Lo que sí es cierto es que a este discurso judicial le siguieron otros en la misma línea⁵⁸⁶ que consideraban que era inútil la suscripción de ambas estipulaciones (prueba y permanencia) por cuanto nada aportaría al trabajador ni “de forma mucho más discutible”⁵⁸⁷ al empresario.

De cualquier manera, la doctrina parecía ver claro que el período de prueba se tenía que tener por no puesto en el supuesto de convivencia con el de permanencia (“...que necesariamente deviene ineficaz por el pacto de permanencia”⁵⁸⁸).

En la actualidad, la tendencia es la contraria. Se parte de considerar que el establecimiento del pacto de permanencia no es abusivo ni contrario a derecho o a la moral⁵⁸⁹ al no verse en el mismo un beneficio exclusivo a la persona del empresario, aun cuando limite las posibilidades de dimisión que ostenta el trabajador.

Esta afirmación abunda en la idea ya vertida por DE VAL⁵⁹⁰ acerca de que “Lógicamente, si abandonara el puesto de trabajo pese al pacto de permanencia, el empresario tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiera causado tal decisión. No aceptar en este orden al responsabilidad del trabajador conduciría al absurdo”. Este efecto sirve a BALLESTER PASTOR⁵⁹¹ para negar el carácter bilateral del período de prueba.

La naturaleza potestativa, voluntaria, tanto del pacto de permanencia como el de prueba avala la conclusión de la necesidad de la vinculación de las partes a estos compromisos libremente asumidos, provocando los efectos a los que naturalmente se destinan.

Desde nuestro punto de vista, no vemos objeción alguna – fundada en posible abuso de derecho- que nos incline a pensar que el pacto de permanencia en combinación con el período de prueba pueda resultar incompatible. Ciertamente es que el trabajador, antes de

(Sala 4ª) de 14 febrero 1991”. Diario La Ley, 1992, pág. 404, tomo 1, Editorial LA LEY. [en línea]. Disponible en La Ley 20121/2001.

⁵⁸⁶ STSJ Islas Canarias de 25 de octubre de 2002 (AS 2003/2390).

⁵⁸⁷ GARCIA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba”; op.cit..

⁵⁸⁸ DEL REY GUANTER, S.: *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, op.cit., pág.303.

⁵⁸⁹ STSJ Andalucía de 26 de octubre de 1999 (AS 1999/4416); STSJ Castilla y León de 12 de junio de 2001 (AS 2001/2772); STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 2008 (JUR 2009/41110); STSJ Madrid de 21 de septiembre de 2009 (AS 2009/2839); STSJ Madrid de 25 de septiembre de 2009 (AS 2009/2855).

⁵⁹⁰ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 159.

⁵⁹¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 13.

expresar su voluntad dimisoria, elucubrará acerca de las obligaciones pecuniarias que ha de asumir, pero –aun cuando la cantidad a desembolsar pudiera ser distinta- es la misma preocupación que podría tener si decidiera dimitir y no ajustarse al plazo de preaviso convencional o consuetudinariamente asumido una vez superada la prueba (o en los supuestos en que no se haya convenido esta). Además, si se atiende a la verdadera naturaleza del pacto de permanencia (y, en este sentido, pensamos que el mismo procura una verdadera contraprestación profesional al trabajador al posibilitarle su especialización) no se observa –a nuestro juicio- ninguna ventaja inicial del empresario. Con la concertación del pacto de permanencia hay una correspondencia entre los deberes-derechos asumidos. El empresario percibe un resultado laboral y el trabajador obtiene unos conocimientos que puede incorporar en su haber. Lógicamente si el empleado decide deshacerse del vínculo pendiente el período de permanencia habrá de afrontar una serie de consecuencias conocidas desde el momento en que suscribió el pacto.

Si el empresario se deshiciere de la relación laboral durante el período de prueba podría válidamente hacerlo, sin perjuicio de la ulterior acreditación por parte del trabajador de abuso de derecho o fraude de ley (que acaso podría entenderse en aquellos supuestos en los que se produce la coincidencia entre la duración total del pacto de permanencia y el de la prueba). Los dos pactos se destinan a finalidades completamente distintas pero complementarias, no se superponen.

9.3.2.- El pacto de no competencia.-

La concertación de la relación laboral supone la asunción para las partes firmantes de una serie de derechos y obligaciones. De entre las últimas, ponemos nuestra atención en el deber de buena fe (art.5.a) del Estatuto de los Trabajadores) que preside el comportamiento laboral y que se traduce, a su vez, en la necesidad de observar un recto comportamiento.

A partir de ahí, y situados desde el lado del empleado, se asienta la idea de la imposibilidad de que el trabajador realice una actividad que pueda concurrir en el mercado con la que lleva a cabo su empresario. Pero, además, es que esta proscripción se asume por la mera circunstancia de aceptar el vínculo laboral, esto es, no es preciso que conste reflejada en documento alguno para que obligue al trabajador durante todo el tiempo que permanece vivo el contrato. Pero estas afirmaciones no pueden llevarnos a la conclusión de que el trabajador, una vez que asume esa cualidad, no puede realizar ninguna otra actividad por cuenta propia o ajena, pues se parte de la permisión de la pluriactividad y el pluriempleo.

La máxima de la buena fe es la que inspira el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores. Precisamente, la circunstancia de que el prestador de servicios pueda desempeñar otra actividad por cuenta propia o ajena, dificulta –al menos en principio- el entendimiento de la imposibilidad de la concurrencia desleal. De ahí, la importancia de la doctrina judicial que ha tratado de perfilar esta última prohibición.

Una vez asentada la norma general que traduce la obligación de buena fe del trabajador en la imposibilidad de competir deslealmente con su empresario, en ocasiones, resulta interesante para el empresario asegurar especialmente este genérico deber de su empleado, a fin de prohibirle expresamente que concurra en otra prestación laboral o empresarial que, a la postre, pueda suponer un daño a su actividad económica, aun cuando ya se haya puesto fin a la unión laboral.

El art.21.2 del Estatuto de los Trabajadores recoge la posibilidad de que las partes que forman parte del contrato de trabajo asuman un compromiso cuya vigencia comienza en el momento en que se pone fin a la relación laboral. A través de este pacto, el trabajador se comprometerá a no competir con el que fuera su empleador y a cambio le será entregada una cantidad económica a modo de compensación.

El acuerdo en el que se plasma la no competencia postcontractual no tiene un momento idóneo para su formalización, lo que supone que bien podría convenirse no solo al inicio de la relación laboral sino con posterioridad a su comienzo o incluso a la finalización de la misma. Se exige, como *conditio sine qua non*, que exista realmente un interés industrial o comercial empresarial que proteger (pues de lo contrario el acuerdo sería nulo) y, por supuesto, el trabajador como compensación a su renuncia tiene derecho a obtener una indemnización que sea además adecuada.

Los rasgos básicos de este pacto quedan completados con esta precisión. La duración máxima que se puede convenir difiere en función de la cualificación laboral del prestador de servicios. En todo caso, no podrá ser superior a dos años (para los técnicos) o seis meses para el resto de los empleados; el pacto aludido entra en vigor, como norma general, una vez se ha producido la extinción del contrato de trabajo.

Todos estos aspectos han sido puestos de manifiesto para examinar a continuación la posible compatibilidad entre esta cláusula y la del período de prueba.

La cuestión ha sido resuelta finalmente por la Sentencia del Alto Tribunal de 6 de febrero de 2009 (RJ 2009/621)⁵⁹². Se analiza la sustancia y objetivo del pacto de no competencia, así como del que fija el período de prueba. Tras descartarse que el pacto de no competencia beneficia solo al empresario (pues la renuncia a la concurrencia lo es a título oneroso) no se encuentra razón alguna para argüir en favor de la incompatibilidad entre este acuerdo y el que posibilita promover la extinción acausal de la relación laboral, pues "Durante el periodo de prueba el contrato surte sus plenos efectos como si se hubiese celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno, y, si se activa esta condición resolutoria, cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, del mismo modo que si la extinción hubiese tenido lugar después del transcurso de dicho período de prueba, tanto más cuanto que en este supuesto se pactó la indemnización para el caso de terminación del contrato "cualquiera que sea su causa".

Esta conclusión ha de mantenerse salvo en aquellos supuestos en los que se acredite mala fe o abuso de derecho, pero lo que es claro es que la aparición de los dos pactos referidos no denota por sí sola la apreciación de ausencia de buena fe o que la conducta empresarial sea abusiva. Lo que expresado de otra forma supone que no se descarte la nulidad de la cláusula de permanencia en los supuestos en los que el trabajador acredite un ejercicio antisocial del Derecho por parte del empresario.

El aserto antes reflejado ha sido empleado por algún Tribunal a fin de apoyar la declaración de licitud entre el pacto de permanencia (que examinábamos en el apartado anterior) y el de prueba, con base a la argumentación empleada por el Alto Tribunal⁵⁹³.

9.4.- Derechos en el ámbito de Seguridad Social.-

Ya anunciábamos cómo el trabajador a prueba tiene los mismos derechos que cualquier otro trabajador "de plantilla". Así pues, y de cara al sistema de Seguridad Social, hemos de afirmar que los efectos de equiparación también se irradian a este ámbito concreto.

⁵⁹²Se trata de un trabajador que al ser contratado firma una cláusula para evitar la competencia tras la expiración de la relación laboral durante doce meses, no pudiendo ser contratado por las entidades que directa o indirectamente pudieran ser competencia de la empleadora. De igual modo suscribió un pacto de período de prueba. En el mismo sentido, STS de 23 de noviembre de 2009 (RJ 2009/7761); STSJ de Madrid de 21 de enero de 2008 (AS 2008/946); STSJ Madrid de 23 de junio de 2008 (JUR 2008/28344); STSJ Madrid de 16 de septiembre de 2013 (AS 2013/3223).

⁵⁹³ STSJ Madrid de 21 de septiembre de 2009 (AS 2009/2839); STSJ Madrid de 25 de septiembre de 2009 (AS 2009/2855): "*Cosa distinta es que tal pacto no pueda hacerse valer por la empresa hasta tanto no haya transcurrido el periodo de prueba.*"; STSJ de Andalucía de 26 de octubre de 2010 (JUR 2011/22644).

Así, el trabajador desde el inicio de la relación laboral –con o sin prueba- ha de estar incluido en el Sistema de la Seguridad Social (en el Régimen General por reunir en su persona las cualidades y características reseñadas por el art.97.2.a) de la Ley General de Seguridad Social) teniendo que asumir –empresario y trabajador- todas las obligaciones propias de aquella inmersión relativas, fundamentalmente a su afiliación, alta y cotización.

De igual modo, la protección que se le dispensa por la Seguridad Social en nada difiere del resto de los trabajadores, computándose la prueba a los efectos de determinación del período de cotización que tendrá incidencia en la hipotética generación de las prestaciones recogidas por el orden social.

Concretamente, en lo que hace a la prestación por desempleo el art.208.1.g) de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio) señala a partir de la modificación operada a través de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad que se considerará en situación legal de desempleo:

“g) Por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.”

En virtud de la citada previsión, por tanto, la situación legal de desempleo concurriría en los supuestos en los que la facultad de desistimiento hubiera sido ejercida por el empresario (guardando, de esta manera, coherencia con el fundamento de la institución y la necesidad de que el trabajador no haya sido el que voluntariamente y sin causa haya promovido el cese) o bien que hayan transcurrido tres meses cuando la extinción ha sido instada por el trabajador.

A fin de acreditar la realidad de la situación legal de desempleo se hará necesario –art.1.1k) del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril presentar ante el Servicio Público de Empleo Estatal la comunicación escrita “resolviendo” la relación durante el período probatorio. Esta última exigencia es criticada por DE VAL ⁵⁹⁴ por cuanto “se opone al tenor del art.14 de la LET, que como hemos destacado no demanda

⁵⁹⁴ DE VAL TENA, A.L: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit. pág.182 y pág.183. Continúa expresando que la necesidad de que el cese conste por escrito también es predicable –y criticable por las razones antedichas- ante los supuestos en los que es necesario acreditar el transcurso de los tres meses desde la finalización.

requisito formal alguno para la validez del desistimiento, admitiendo la jurisprudencia el realizado verbalmente...A nuestro entender, la comunicación no debe expresar la causa o el motivo de la decisión del empresario”.

El legislador no es ajeno a la importancia de cursar el alta del trabajador, al menos desde el comienzo de la relación laboral. Esta es la razón que explica el art.15.2 del Estatuto; en él se prevé que si no se ha cursado la correspondiente alta en el Régimen General de la Seguridad Social, se entenderá que los servicios contratados lo son a tiempo indefinido (presunción iuris tantum) una vez transcurra un período equivalente al que se hubiera podido señalar para el período de prueba (sin perjuicio, de las responsabilidades en las que el empresario incurre como consecuencia de la omisión de sus deberes).

9.5.-Derechos sindicales.-

El derecho básico de “información, consulta y participación en la empresa” (art.4.1.g) del Estatuto de los Trabajadores que se deriva del mandato constitucional contenido en el art.129.2 CE) tampoco reviste ninguna especialidad en torno a los trabajadores con estipulación de prueba.

En lo que se refiere a la participación en la empresa, observamos cómo no aparecen diferencias de tratamiento en cuanto a los aspectos que rodean la celebración de elecciones sindicales. De esta manera, en la posible convocatoria directa⁵⁹⁵, teniéndose en cuenta a los efectos de determinación del censo electoral⁵⁹⁶, su cualidad como electores⁵⁹⁷ e incluso como elegibles⁵⁹⁸, pues cada una de estas circunstancias se hacen tan solo depender de la antigüedad del trabajador, con independencia de que se haya o no suscrito la cláusula probatoria pues lo verdaderamente relevante es el nexo contractual laboral que vincula a las partes.

No obstante, lo más frecuente en la práctica es que en ausencia de convenio colectivo o cuando la norma paccionada se remita a las

⁵⁹⁵ Art.67.1 ET: “Podrán promover elecciones a delegados de personal y miembros del comité de empresa...los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario”.

⁵⁹⁶ La Ley distingue, a efectos del cómputo, entre los trabajadores indefinidos, fijos-discontinuos o cuyo contrato tiene una duración superior a un año y aquellos otros que no cumplen tales condiciones (art.69.2 ET).

⁵⁹⁷ La antigüedad exigible es de un mes como mínimo. Art.69.2 ET: “Serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes.”

⁵⁹⁸ Se requiere de una antigüedad mínima de seis meses, salvo la previsión convencional que podrá disminuir esta exigencia temporal: Art.69.2 ET “y elegibles los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad”.

previsiones legales, la condición de elegibles de los trabajadores que en el momento de la elección se hallan a prueba estaría restringida para los titulados superiores (por cuanto el plazo probatorio sí podrá alcanzar el mínimo legal requerido de seis meses) y, en cualquier caso, para los trabajadores con contrato indefinido de apoyo a emprendedores (cuyo imperativo período de prueba es de un año).

9.6.-Efectos tras la superación de la prueba sobre la relación laboral.-

Una vez haya transcurrido la prueba sin que las partes hayan hecho uso de la facultad de extinción libre que le confiere la circunstancia de haber concertado válidamente el pacto, la relación laboral perdurará hasta la fecha o acontecimiento que se haya señalado como idóneos para su terminación (en el supuesto de que nos hallemos ante un contrato eventual) o bien permanecerá indefinidamente (si fuera un contrato indefinido). Lógicamente, una vez cesado el período de prueba también finalizan las posibilidades de libre cese y todo el régimen de extinción contractual se habrá de aquietar a las fórmulas que se recogen en el art.49 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante tal afirmación, la doctrina se ha interrogado acerca de qué es lo que ocurre a la finalización de la prueba y, más concretamente, si estamos ante un nuevo contrato de trabajo o por el contrario es el mismo.

RODRÍGUEZ PIÑERO nos aporta su reflexión. “El tema es bien importante, porque de afirmarse que en el pacto inicial la voluntad constitutiva se limita a pactar un período de prueba, entonces será necesario buscar una fuente propia de la relación posterior a la prueba, ya sea un acuerdo posterior de las partes, ya un efecto legal; al contrario, si se afirma la unidad de negocios será el acuerdo inicial el que constituya las enteras relaciones que tengan lugar entre las partes”.⁵⁹⁹

Este autor es partidario de entender que nos encontramos ante un solo contrato y de igual opinión es BARREIRO o RIVERO LAMAS⁶⁰⁰.

La circunstancia de que no sea necesario que las partes manifiesten su voluntad de continuidad en la relación tras la prueba se muestra como otra de las evidencias de que no estamos ante dos contratos diferentes, sino frente a la misma realidad contractual.

⁵⁹⁹ RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M.: “Naturaleza jurídica del período de prueba”, op.cit., pág. 78 y pág. 79.

⁶⁰⁰ RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato. de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 221.

Frente a esta opinión se alzan voces proclives a comprender que en realidad se trata de dos contratos de trabajo diferentes, al poseer dos objetos también dispares, a saber: el relativo a la prueba –cuyo objetivo es el experimento- y el que sucede a esta cuyo objeto, en este caso, vendría constituido por el intercambio de salario por trabajo.

A pesar de sostener que existe un único lazo contractual de unión entre las partes, DE VAL⁶⁰¹ y RODRÍGUEZ-PIÑERO⁶⁰² admiten como posible que durante la prueba –o a la finalización de esta- pueda acordarse por las partes un cambio de condiciones contractuales, sin que se resienta la unidad aludida.

Afirmar que estamos en presencia de una única realidad contractual no supone que la superación del período de prueba no tenga efectos sobre el contrato. Así, si se hubiere formalizado un contrato indefinido y pesara sobre él un período de prueba, la condición de fijeza de la relación laboral solo se ostentaría una vez se supera con éxito aquél⁶⁰³.

De igual manera, tiene secuelas que se irradian a la determinación de la antigüedad del trabajador. El período en que este se ha encontrado en prueba se computará a los efectos de determinación del tiempo de vinculación con la empresa.

9.7.- Acción de nulidad por la apreciación de error en las cualidades personales.-

En el comienzo del presente estudio hacíamos un análisis de la utilidad del período de prueba para concretar que una de sus funcionalidades era la de servir, con acierto, como remedio a un posible error en que las partes hubieran podido incurrir acerca de las cualidades de la otra parte contratante.

Presentábamos, de esta manera, al período de prueba como instrumento alternativo a la posible acción de nulidad que hubiera tenido que instar la parte afectada por el error en las cualidades de la otra parte. El recurso al procedimiento de nulidad ralentizaría el claro dinamismo con que se presentan las relaciones de trabajo. Siendo ello cierto, el planteamiento que surge es si el empleo de la prueba cercena la posibilidad de las partes de incoar la acción de anulación del contrato de trabajo.

⁶⁰¹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit.,pág. 185.

⁶⁰² RODRÍGUEZ –PIÑERO ROYO, M.: “Naturaleza jurídica del periodo de prueba”, op.cit., pág. 111.

⁶⁰³ STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2012 (AS 2013/658).

Bien pudiera pensarse que, tomando como base lo preconizado por el artículo 1.311 del Código Civil⁶⁰⁴, la superación de la prueba actúa a modo de confirmación tácita de los posibles errores que vician de anulabilidad un contrato. De esta forma, si el empresario se ha aquietado a esa prestación de servicios –como lo muestra el hecho de que no haya extinguido la relación durante la prueba- está vinculado a su precedente actuación y, por ende, no podrá después desandar sobre su decisión anterior.

Un examen de esta posición no obstante nos hace ver las flaquezas de la misma, señaladas por BARREIRO⁶⁰⁵ y por las cuales habría que concluir que la postura correcta no es la de evitar que las partes (léase, desde nuestro punto de vista, empresario) puedan acudir ante la jurisdicción a fin de hacer valer el error.

Si bien es cierto, continúa este autor, que en los supuestos de ulteriores acciones en el sentido indicado se hace más ardua la tarea probatoria del accionante (existe una presunción iuris tantum de la capacidad laboral del otro contratante), ello no implica que sea imposible imbuir en la mente del juzgador que efectivamente existió un error relevante que invalida el contrato, en parte porque la prueba no es “infalible” y también porque cerrar las puertas de la acción de nulación no se puede realizar analógicamente o de forma deductiva, sino que para que este efecto se produjera sería necesario que el legislador así lo hubiera previsto.

A nuestro modo de ver esta afirmación viene confirmada por la inexistencia de un deber legal al experimento, por cuanto el empresario no viene obligado durante la prueba a que el trabajador acometa todas y cada una de las prestaciones que constituyen el objeto de su contrato.

Además, esta conclusión es fiel al sentido y literalidad con los que se expresa el artículo 1.311 del Código Civil que exige que para que se produzca la confirmación tácita al error, es necesario que medie un “acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a la acción de nulidad, y una garantía absoluta del “conocimiento de la causa de la misma”⁶⁰⁶. Coherencia también con el resto de la institución de nulidad y el entendimiento de los vicios del consentimiento⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Art.1.311 CC: “La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

⁶⁰⁵ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”; op.cit., pág.73.

⁶⁰⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit.,pág. 237.

⁶⁰⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”, op.cit., pág. 74.

De cualquier manera, MARTÍN VALVERDE⁶⁰⁸ nos hace ver que este planteamiento es más teórico que práctico porque en contadas ocasiones se utiliza la acción de nulidad, toda vez que en el área laboral en la que nos movemos existe una acción y una causa específica que viene a posibilitar la extinción del contrato y que actualmente se encuentra contemplada en el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores: despido objetivo por ineptitud sobrevenida, al que dedicaremos nuestra atención en el siguiente parágrafo.

9.8.- El despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador.-

De entre la relación de causas que habilitan para poner fin a la relación laboral nos interesa centrar nuestra atención en este preciso momento en una de las enumeradas para el despido objetivo: la que se recoge en el artículo 52 apartado a) del Estatuto de los Trabajadores:

“Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”.

Con la introducción de esta causa legal de extinción se está salvaguardando el interés contractual de la parte empresarial que observa cómo el trabajador que antes le resultaba satisfactorio ya no puede cumplir con los objetivos contractuales, aun cuando no sea posible imputar en el empleado falta laboral alguna, pero sí se observa una ausencia de las condiciones que son precisas para el desempeño de la labor contratada.

Nos encontramos así con una razón –la situación de desequilibrio en la que se sitúa el empresario- que legitima la resolución contractual, habiéndose encargado la jurisprudencia de precisar cada uno de los requisitos que han de concurrir a fin de que el acto extintivo empresarial esté justificado y, a la postre, pueda ser calificado de procedente, esto es, ajustado a Derecho.

⁶⁰⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit.pág.235. Como mero dato curioso nos gustaría apuntar la STSJ Madrid de 24 de septiembre de 1998 (AS 1998/3365). Se declara la nulidad del pacto de prueba por cuanto, habiéndose fijado esta en consonancia con la titulación superior que se requería y no habiéndose acreditado el título por parte del trabajador, el período de prueba sería anulable por la parte a quien perjudica el mismo, que no es otra más que la empresa. (Al trabajador le pagaban un salario acorde con la titulación que decía presentar. En teoría, a nuestro juicio, se debía reputar el contrato nulo por error en la persona, pero la parte legitimada para instarlo obvió tal petición).

Así, la ineptitud a la que se refiere el artículo no puede ser ocasional o momentánea sino que ha de ser verdadera, afectando gravemente al contenido íntegro del trabajo contratado y no ceñirse solo a aspectos puntuales de la tarea encomendada o relativa a otras funciones diferentes de las encomendadas. Con estos datos se denota una voluntad clara de que efectivamente existe un perjuicio para la persona del empresario al no poder ver cumplidas sus legítimas y tradicionales aspiraciones.

De igual modo, la aptitud se predica no de la organización empresarial sino del trabajador, sin que se circunscriba tan solo a circunstancias físicas puesto que engloba también la falta de capacidad síquica y, desde luego, es ajena a la voluntad de quien la padece (so pena de que si depende del querer del trabajador estaríamos frente a un despido disciplinario por disminución voluntaria del rendimiento y no objetivo, que es el que ocupa nuestra actual atención).

La última de las exigencias viene reflejada en el precepto, siendo esta la que atrapa nuestro interés; se alude a la imposibilidad de alegar la ineptitud cuando habiéndose pactado la prueba esta se hubiera superado y en un momento posterior se pretendiera apoyar la decisión de extinción en una falta de aptitud del trabajador que, otrora, estuvo a prueba. De esta forma, se arbitra al empresario de proceder a través de esta vía de extinción cuando la ineptitud, a pesar de ser originaria, es conocida empresarialmente en el transcurso de la relación anterior, pero no cuando se haya convenido una prueba que ya finalizó.

Con base a la anterior aseveración, se observa la intención clara del legislador "de que la celebración de un período de prueba subsan(a) una ineptitud originaria, aun cuando el empresario no tenga conciencia subjetiva de la misma"⁶⁰⁹. El motivo por el que no se puede alegar esta causa para proceder al despido se deriva de la necesidad de que el empresario haya de asumir el riesgo que su decisión o actitud entrañó⁶¹⁰. Ya sea por falta de diligencia -no puso durante el período de prueba todos los medios para descubrir las cualidades de su trabajador o no le encargó la integridad de los cometidos laborales comprometidos- o porque fue permisivo con su empleado a pesar de conocer sus desaciertos, se le impone una carga

⁶⁰⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador", *Aranzadi Social* núm.3/2009, Aranzadi Digital [en línea]. Disponible en BIB 2009/489.

⁶¹⁰ DE VAL TENA, A.L: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 186; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Extinciones por causas objetivas" en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX, vol.I., 1.983 (Dir. BORRAJO DACRUZ), Ed. Edersa, 1983, pág. 246 y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", en *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid, 1.996 cit., pág. 143.

ulterior que, en definitiva se traduce en la imposibilidad de exigir del que antes estuviera en prueba un rendimiento superior al que mostrara en un principio y, por lo tanto, le queda vedada la posibilidad de extinguir ulteriormente su contrato "pues al tolerarlo tácitamente se ha perfeccionado una novación modificativa de las condiciones contractuales"⁶¹¹.

Ya desde los orígenes el fundamento de la imposibilidad de proceder a través de la extinción objetiva por ineptitud, se fundamentó en la irresponsabilidad empresarial. BARREIRO GONZÁLEZ⁶¹² entendía -bajo el amparo de la normativa anterior- el empresario que no había empleado el período de prueba para la finalidad con la que fue concebido -a pesar de que las circunstancias del puesto a desempeñar y la costumbre así lo aconsejaban-, podría haber incurrido en una conducta poco diligente, por lo que no podría luego acudir al mecanismo del despido objetivo, dado que la deseada estabilidad en el empleo quedaba trastocada. De esta manera, se conseguía evitar premiar al empresario negligente "con la facultad de anular el contrato" y, también, aun cuando como efecto colateral "se estaría favoreciendo al empresario que no pactase un período de prueba, pudiendo rescindir el contrato en cualquier momento con base en una ineptitud originaria"⁶¹³.

A pesar de que el marco normativo actual difiere del que tenía presente BARREIRO cuando expresó su conclusión, lo cierto es que la sustancia jurídica contenida en sus alegaciones sí permanece hasta nuestros días.

No hemos de dejar de anotar las concomitancias existentes entre la extinción por ineptitud sobrevenida y la que se puede producir mediando el período de prueba, sobre todo si pensamos que en la práctica -y a pesar de la acausalidad de la decisión de extinción durante la prueba- es frecuente que el motivo de no superación de la prueba estribe en la falta de aptitud del trabajador.

Así, en las dos extinciones nos encontramos con una ausencia de idoneidad del trabajador para la prestación convenida, mas el parámetro que servirá de comparación a fin de dilucidar si efectivamente el empleado es o no inepto es diferente en cada uno de los supuestos reflejados.

⁶¹¹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pag. 186.

⁶¹² BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "El período de prueba" op.cit., págs. 44 y 45. Sustentaba su afirmación en el extinto artículo 70 de la Ley de Contrato de Trabajo (vigente con el Estatuto de los Trabajadores de 1980), en el artículo 16.1 y 4 del Estatuto de 1980 (relativos al ingreso en el trabajo) y al artículo 20.2 de este último cuerpo legal.

⁶¹³ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador", op.cit.

En las hipótesis de despido objetivo será preciso que la falta de aptitud quede efectivamente contrastada (dada su naturaleza eminentemente causal) y no se manifieste inicialmente sino que se muestre conforme avanza la relación laboral, debiéndose a circunstancias extrañas a la propia voluntad del trabajador. De esta manera se produce un cambio de habilidades del trabajador (o se exigen ocupaciones distintas) que provoca que el empresario que antes estaba satisfecho con la labor del contratado, se encuentre ahora con un trabajador que no colma sus expectativas laborales.

Pero, esa insatisfacción empresarial no se debe a un cambio de criterio en los parámetros que emplea para la valoración del trabajo contratado. Bien pudiéramos decir que las expectativas iniciales y las posteriores son las mismas, pero el trabajador que sí llegaba a cubrir en un principio los requerimientos empresariales, ahora no alcanza el mismo nivel. De otro lado el trabajador se ve inmerso en esa situación sin que su actitud sea rebelde o pueda ser tildado de indolente.

En los casos de cese durante el período de prueba, la inidoneidad sin embargo es inicial. Desde el principio de la vida contractual se manifiesta una falta de acomodo del trabajador a las exigencias empresariales que procuran una reacción empresarial de extinción, pues el trabajador que parecía iba a resultarle rentable no consigue llegar al nivel de exigencia empresarial.

La diferencia entre los dos momentos (inicial en el caso del período de prueba y posterior en el que habilita al despido objetivo) es lo que imposibilita acudir al cese objetivo cuando la causa de la terminación contractual se refiere al momento primitivo de la contratación y, más concretamente, al mostrado durante la prueba.

Los efectos previstos para los supuestos de superación de la prueba con relación a la imposibilidad de alegar la ineptitud como causa para proceder a la extinción se han extendido, en ocasiones, a aquellas hipótesis en las que el trabajador hubiera superado previamente un proceso de selección. Así, cuando concurre esta circunstancia, algunos tribunales han entendido que el empresario no podrá invocar esta razón extintiva; no obstante, hemos de tener presente el comentario que, al efecto, nos procura TOSCANI⁶¹⁴, en el sentido de que "deberá tratarse de un proceso de selección exhaustivo o al menos extenso, con pruebas teóricas, prácticas, médicas y psicológicas, pues de lo contrario, difícilmente podrá averiguarse una carencia oculta en una mera entrevista, por ejemplo."

⁶¹⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador", op.cit.

Las consideraciones que hemos expuesto con carácter general acerca de la imposibilidad de acudir al mecanismo de despido objetivo cuando hubiere mediado período de prueba actúan a modo de premisa general, no obstante, DE VAL, es partidario de interpretar el precepto no rotunda y tajantemente, sino dejar algún resquicio –en aras al principio de equidad- para dar cobijo en determinados supuestos “(al) principio de responsabilidad por culpa”⁶¹⁵.

Se está pensando (DE VAL, ALONSO OLEA, CASAS BAAMONDE⁶¹⁶) en un comportamiento malicioso del trabajador. Se imagina la situación de un empleado que, fraudulentamente, oculta su falta de aptitud y aunque esta situación pueda resultar confusa en vía de pensamiento teórico, si descendemos a la práctica sí se puede ver cómo es más fácil esconder la falta de habilidad y aptitud en aquellos trabajos que suponen un considerable grado de dificultad. Ante ello, se propone no aplicar la prohibición al recurso del despido objetivo por ineptitud sobrevenida cuando –y a pesar de que haya existido un previo período de prueba- las tareas a desarrollar solo puedan valorarse a largo plazo ⁶¹⁷.

A nuestro juicio la norma no ampara comportamientos fraudulentos, como tampoco lo hace el resto del ordenamiento jurídico, por lo que acreditada la actuación maquinada del trabajador que persigue esconder su falta de habilidad, se lesionaría la máxima directora de las relaciones laborales (buena fe) y se lograría cesar al trabajador ya no por despido objetivo sino por despido disciplinario fundado en la trasgresión de la buena fe contractual⁶¹⁸.

No obstante, se nos escapa la razón por la cual se equipara el fraude con la complejidad de las funciones encomendadas por el trabajador. Para el establecimiento del periodo de prueba ya se tuvo en cuenta la especialidad del trabajo contratado (o al menos en sede legal, convencional y contractual debió haber sido contemplado si lo que las partes –empresario- persiguen es la verdadera probanza) por lo que el período que finalmente se concierta está ajustado a las necesidades empíricas que posee el empresario. Admitir que ese

⁶¹⁵ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 187, nota 496: “Coincidimos con BARREIRO GONZÁLEZ, G., “El periodo de prueba”, cit, pág.90, en que “no se puede relegar totalmente el principio de responsabilidad por culpa para colocar en su lugar una férrea responsabilidad objetiva que no admita excepción, ignorando así la realidad”.

⁶¹⁶ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 187; ALONSO OLEA, M, CASAS BAAMONDE M^a E., *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág.. 332 en su nota 497. Estos autores expresan que “más dudoso es que purgue la maquinación fraudulenta”.

⁶¹⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Ineptitud, falta de adaptación y absentismo”, op.cit. pág. 143 que vincula la alegación de ineptitud oculta en los supuestos en los que el trabajador a prueba maliciosamente hubiera escondido la falta de habilidad.

⁶¹⁸ En el mismo sentido se había manifestado TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, op.cit.

período fue insuficiente porque no le dio tiempo al trabajador a mostrar su impericia no es una circunstancia imputable a la conducta del empleado y, en definitiva, opinamos que el empresario está vinculado a esa inicial previsión contractual, sin que pueda en un momento posterior a la terminación de la prueba alegar que el trabajador no le dio tiempo desplegar todas sus habilidades.

Esta circunstancia, la imposibilidad temporal de demostrar la real valía del trabajador, no tiene ninguna relación con la ausencia de la buena fe, por lo que no puede reconducirse a la contravención de esta máxima, pues este efecto no está previsto por el legislador; de ahí que entendemos inoperante esgrimirlo a los efectos de excepcionar la aplicación del apartado a) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

Pero hay más. Si antes hemos defendido que no existe una verdadera obligación legal de procurar el experimento, ahora la circunstancia de que no se haya consumado este –aun cuando sea por causas atinentes a la entidad del trabajo prestado- no se puede erigir en motivo que habilita para una extinción posterior. Dicho de otro modo: la imposibilidad del despido objetivo no se ve condicionada a la realización previa de las experiencias a realizar durante el período de prueba.

Por último, de dar cabida a la excepción propugnada por nuestra doctrina científica –y pensando que el período de prueba no solo sirve con utilidad para la comprobación de capacidades técnicas– ¿por qué no podría ser válido también para amparar bajo el despido objetivo la falta de adaptación del trabajador o ausencia de cualidades que entran de lleno en la esfera personal del trabajador cuando estas se plasman posteriormente a la prueba?. En definitiva, si diéramos vía libre a la posible extinción objetiva en los supuestos de que la complejidad de las tareas requiera una dilatación en la labor de comprobación empresarial, no habría razón alguna para también posibilitar la extinción cuando se acreditara que las capacidades personales del trabajador no se ajustan a los requerimientos del puesto y esta afirmación, siempre a nuestro modo de ver, acabaría por tergiversar el sentido de la prueba y de la prohibición del artículo 52 del Estatuto, precepto este que no ha señalado excepción alguna que posibilite su inaplicación.

En conclusión –DE VAL-⁶¹⁹ “en el supuesto de ineptitud originaria, sin concurrir maquinación fraudulenta, el desconocimiento por el empleador será difícilmente excusable, porque no la constató pese a contar con el instrumento más idóneo, el período de prueba. Pudiera pensarse, al extremo, en un caso de impericia oculta, que

⁶¹⁹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit.pág.188.

habrá de probar la empresa⁶²⁰. No aceptar esta excepción resultaría “inequitativo para el empresario⁶²¹”, pero –volvemos a insistir– esta excepción no se condiciona a la circunstancia de que se acredite la heterogeneidad de las funciones asumidas por el trabajador y, en cualquier caso, probada la falta de buena fe del trabajador ya no estamos en sede de despido objetivo sino ante una falta sancionable a través de la vía del despido disciplinario.

Junto a esta excepción entendemos que también podría ser alegable como causa de despido objetivo la ineptitud (con independencia de que se hubiera suscrito período de prueba o no) cuando la falta de habilidad del trabajador se muestra objetivamente. Y esa objetividad de la que hablamos la impone un tercero (no el empresario). Así, tal circunstancia puede concurrir en la práctica cuando para el desempeño de una determinada profesión, oficio o actividad se requiere –con posterioridad a la finalización de la prueba– legalmente poseer una concreta titulación. El trabajador que no posea del título requerido es “inepto” posteriormente a la prueba y se podría proceder a extinguir objetivamente su contrato a través de la alegación de este motivo legal.

En lo que se refiere a nuestra doctrina judicial es interesante observar cómo el fundamento para que el empresario no pueda acudir al mecanismo extintivo por ineptitud sobrevenida coincide plenamente con las reflexiones de nuestra doctrina, entendiendo esta prohibición a modo de “sanción” al empresario que no ha empleado “el período de prueba pactado para la finalidad para la que está previsto”⁶²², pues, en definitiva el “período de prueba purga, pues, el error en cuanto a las cualidades personales del trabajador”⁶²³

De esta manera, se enlaza directamente el incumplimiento de la obligación de realización de las experiencias con la imposibilidad de llevar a cabo el despido objetivo por ineptitud sobrevenida⁶²⁴. Este es el único condicionante legal que podría procurar que, en la práctica, el período de prueba logre cumplir con la finalidad para la que ha sido concebido. El empresario se puede ver influido por esta prohibición de recurso a la extinción objetiva por el motivo analizado, a fin de que

⁶²⁰ *Ibidem*, : “Este planteamiento en BAYÓN CHACÓN, G.; PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit. pág. 266”.

⁶²¹ *Ibidem*. Nota 501 : “Así lo manifiesta BARREIRO GONZÁLEZ, G. “El período de prueba”, pág. 90, para quien “la regla general de la LET sobre imposibilidad de alegar por el empresario de la ineptitud una vez transcurrido el período de prueba admite excepciones”.

⁶²² STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 2004 (AS 2004/1709); STSJ Castilla La Mancha de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003/90476).

⁶²³ STSJ Asturias de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994/4703).

⁶²⁴ STCT de 16 de abril de 1986 (RTCT 1986/2548): el incumplimiento de la obligación de la realización de las experiencias sólo tiene incidencia en la imposibilidad de alegar el despido objetivo por ineptitud sobrevenida; idéntica expresión es la vertida por DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 63.

efectivamente exija de su empleado la realización más aproximada e íntegra de las funciones (experiencias) a las que se han comprometido, dispensándole para ello de todos los recursos necesarios para que se produzca la plena ocupación efectiva.

X.- LA INTERRUPCIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.-

10.1.-Antecedentes.-

El precepto comentado (artículo 14 del Estatuto) cierra el tratamiento legal enumerando una serie de supuestos encuadrados bajo la institución de suspensión contractual, que podrían suponer – siempre que las partes así lo hayan convenido- la interrupción del plazo acordado de duración de la prueba.

Este efecto de interrupción del plazo supone la posibilidad de “paralizar, congelar, detener” el cómputo del período de prueba que pudiere restar a la fecha del hecho suspensivo, para reanudarlo una vez finalizada esta situación⁶²⁵, logrando que se dé cumplimiento a la finalidad natural a la que viene destinado el instituto probatorio⁶²⁶.

En la práctica se conseguiría que el período de prueba extendiera sus efectos más allá del término inicialmente convenido al concurrir una causa contractual y legal que así lo habilita.

La previsión que ahora contemplamos cuenta con una considerable trayectoria histórica. Ya desde la aparición de la institución probatoria en nuestro ordenamiento legal se reflejó la necesidad de dotar a las partes de cierto margen de maniobra a la hora de acordar la interrupción del período probatorio cuando concurría una situación de incapacidad temporal del trabajador. Así, la Ley de Relaciones Laborales (art.17) atribuyó a las contratantes la opción de fijar un régimen distinto al que automática y legalmente operaba en los casos de suspensión con motivo de esa referida situación de incapacidad del empleado.

Se implanta, desde entonces, la norma general que perdurará hasta nuestros días de que la inmersión en una situación de baja médica que conllevaba la suspensión del contrato de trabajo no provocaba ipso facto la interrupción de la prueba, pero era posible que las partes acordaran otro efecto distinto si acaecía esta eventualidad. Y la ausencia del efecto legal automático de

⁶²⁵ STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007/218565).

⁶²⁶ STSJ de Andalucía de 12 de julio de 2012 (JUR 2012/330648).

interrupción, ha obedecido –RODRÍGUEZ PIÑERO- a una intención de primar los intereses del trabajador⁶²⁷ .

A partir de ese texto legal, se han incrementado los supuestos legales que podrán generar la consecuencia antes señalada; los sucesivos retoques al artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores han ido engrosando las hipótesis que son susceptibles de provocar la interrupción y con ello las posibilidades –en la práctica- de dilatar en el tiempo el período que originalmente se había convenido para la prueba, considerando al pacto de prórroga como una “garantía para ambas partes”⁶²⁸ contractuales.

Así, mientras la Ley de Relaciones Laborales tan solo contemplaba la “incapacidad laboral transitoria”, el Estatuto de los Trabajadores de 1995 da cabida a los supuestos de adopción, maternidad y acogimiento para finalmente con la última de las modificaciones operadas, contemplar otras hipótesis cuales son la paternidad, el riesgo durante el embarazo o el riesgo durante la lactancia.

Con la vista puesta en esta previsión legal, es el momento de tratar de responder a los siguientes interrogantes:

a. Qué requisitos han de concurrir para que se produzca la interrupción de la prueba.

b. Qué facultades ostenta el empresario en las situaciones en las que se haya acordado la interrupción.

c. Si los supuestos de interrupción que enumera la ley constituyen o no una relación de numerus clausus.

10.2.- Presupuesto legal: “siempre que se produzca acuerdo entre las partes”.-

Ninguna originalidad en este sentido por parte del legislador del Siglo XXI. Herederos de una tradición que se remonta al comienzo del tratamiento legal de la figura estudiada con la Ley de Relaciones Laborales, se ha entendido desde los orígenes que determinadas situaciones (las contempladas expresamente por la norma) que afectaban al trabajador podían tener incidencia también en el período de prueba, interrumpiendo su cómputo.

⁶²⁷ RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M.: “El período de prueba (En torno al artículo 14)”, op.cit.pág.473.

⁶²⁸ STS de 12 de diciembre de 2.008 (EDJ 272961).

Y decimos “podían tener incidencia” por cuanto –siguiendo a la mayor parte de la doctrina⁶²⁹- no se señala un efecto automático de interrupción, de tal forma que la situación de suspensión del contrato de trabajo genere per se la paralización de la prueba, en tanto en cuanto no se ponga fin a la suspensión. Antes bien, las partes en uso de su libertad contractual, podrán acordar esta singular consecuencia. Dicho de otro modo: la falta de su previsión expresa no supondrá la ampliación de la prueba⁶³⁰.

Esta es la interpretación tradicional y actual de la previsión legal. Recordando a CRUZ VILLALÓN “... la jurisprudencia no de forma explícita, aunque sí de modo tácito, cuando enjuicia situaciones de suspensión por Incapacidad Laboral Transitoria, entiende que la ausencia de acuerdo al respecto ocasiona al obligado el cómputo de este tiempo a efectos de la duración del período de prueba...”. La interpretación no podía ser otra, en atención a la clara literalidad de la Ley: “siempre que se produzca acuerdo”⁶³¹.

El sentido de esta posibilidad interruptiva de la prueba no es otro más que conseguir que esta sea eficaz para las partes y cumpla con el sentido para el que ha sido concebida aquella⁶³², siendo coherentes a la vez con los pensamientos de nuestra doctrina científica, pues “...en puridad una cosa es suspender el contrato de trabajo, no debiéndose salarios ni prestaciones, y otra distinta es dejar en suspenso un pacto adicional al mismo como lo es el de prueba⁶³³”. Pero también es claro cómo al exigir el pacto para que este efecto extensivo de la prueba se produzca, el legislador ha primado la estabilidad en el empleo sobre la constatación de las aptitudes del trabajador⁶³⁴.

Bien es cierto que –y más en función a la explicación anterior- podría haberse optado por una previsión distinta a la que hoy impera, mas la literalidad del precepto unido con la amplia tradición

⁶²⁹ En contra, apreciando que se produciría un alargamiento del período de prueba “automáticamente” sin necesidad de descender a su previsión expresa: BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 60, DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba”, op.cit., pág. 100 y ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., pag. 207. “Otra solución no solo iría en contra de la finalidad misma pretendida por la institución de prueba sino que podría incentivar la extinción del contrato para evitar la consolidación con carácter definitivo sin que hubieran podido producirse las experiencias objeto de la prueba”. Se afirma que esta circunstancia beneficia a las dos partes contractuales.

⁶³⁰ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba,” op.cit. pág. 53; MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 260; LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art.14. Período de prueba” op.cit., pág.98.

⁶³¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “Problemas prácticos del período de prueba”, op.cit., pág.198.

⁶³² STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/6970).

⁶³³ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”, op.cit., pág. 54.

⁶³⁴ GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba”, op.cit., “Se comprueba así cómo, al exigir el pacto previo como requisito de la interrupción, el legislador ha primado más proteger la estabilidad en el empleo del trabajador que facilitar la comprobación de sus aptitudes (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2000, p. 473).”

hermenéutica nos hace concluir en que el efecto de interrupción de la prueba solo se producirá cuando haya un acuerdo en este sentido entre las dos partes implicadas en una relación de trabajo, sin que – de otro lado- sea exigible que exista una previa habilitación expresa al efecto en convenio colectivo que permita a las partes a proceder de este modo⁶³⁵.

A pesar de que pudiera parecer que con estas palabras está zanjado todo posible debate en torno a esta cuestión, si escudriñamos en los planteamientos judiciales podemos observar la cantidad de pronunciamientos que versan sobre este particular⁶³⁶ y cómo han surgido cuestiones al hilo de esta interpretación y específicamente cómo se ha tratado de acotar más el entendimiento acerca de cómo y cuándo se considera válido el acuerdo de interrupción.

Así, interesante nos parece precisar las siguientes cuestiones:

a. Podríamos plantearnos que, al igual que se exige que la aparición del período de prueba esté prevista desde el origen de la relación prestacional, idéntico tratamiento han de tener los supuestos de interrupción de aquel período.

La voluntad de interrumpir no ha de tener que materializarse al inicio de la relación laboral, esto es, no hay razón para sostener que obligatoriamente se ha de precisar tal incidencia en el momento en que se prevé la prueba⁶³⁷, por lo que tanto la doctrina (BARREIRO GONZÁLEZ⁶³⁸ siguiendo en este punto a MARTÍN VALVERDE⁶³⁹ y en el mismo sentido lo expone DE VAL) como la jurisprudencia admiten su concertación desde el inicio de la relación hasta la finalización de la prueba⁶⁴⁰ como durante el transcurso de la prestación de servicios.

Aún más: no es preciso que el acuerdo de interrupción se tenga que consignar por escrito, por cuanto la ley no condiciona su existencia a la observación de formalidad alguna (a diferencia de lo que ocurría con el origen de la prueba); todo ello, sin perjuicio de los problemas probatorios que entrañaría el no haber hecho uso de la forma escrita.

⁶³⁵ STSJ Madrid de 7 de febrero de 2011 (JUR 2011/146898).

⁶³⁶ STS de 5 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6274); STS de 5 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6274).

⁶³⁷ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.142: "...pudiendo producirse tal acuerdo tanto en el momento de la celebración del contrato como con posterioridad al mismo", nota 347: "En la doctrina, vid. ALONSO OLEA, M.; BARREIRO GONZALEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores*, Civitas, 4ª ed., Madrid, 1995, pág. 91; STS de 5 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6274); STSJ de Asturias de 4 de febrero de 2011 (JUR 2011/134499).

⁶³⁸ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 53.

⁶³⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 260.

⁶⁴⁰ *Ibidem*.

b. Una vez finalice la causa que motivó la interrupción de la prueba, se reanuda esta por el tiempo que reste hasta su finalización, sin que sea factible que se vuelva a computar por entero⁶⁴¹ el plazo de prueba. El efecto es netamente de interrupción, por lo que habrán de tenerse en cuenta los días –o tiempo- que previamente a la situación suspensiva se prestaron los servicios.

Queda sin contestar, no obstante, si es posible:

a. El acuerdo interruptor vía convenio o a través de cualquier otro pacto colectivo.-

La ley únicamente condiciona el efecto de interrupción a que, en todo caso (“siempre”) “se produzca acuerdo entre ambas partes”.

El silencio legal en torno al instrumento en el cual se puede prestar el consentimiento a la hora de regular la paralización de la prueba, nos hace preguntarnos si forzosamente el compromiso o acuerdo ha de materializarse en el contrato de trabajo o por el contrario es válida la previsión convencional al respecto.

DE VAL⁶⁴² niega categóricamente la posibilidad de que sea el convenio colectivo, el que regulando esta cuestión, provoque el efecto de vinculación de todos los trabajadores que se encuentran sometidos a esta norma. Por supuesto, el instrumento convencional podrá tratar de este singular aspecto, pero para que irroque los efectos que le son propios, habrá de concretarse en cada uno de los contratos de trabajo suscritos.

Analizando el precepto no encontramos óbice alguno que nos conduzca a pensar que la elección se ha hecho a favor del contrato de trabajo. Pensando en a quién aprovecha esta interrupción, llegamos a idéntica conclusión.

Adoptando un criterio de interpretación literal se observa que el acuerdo acerca de que las situaciones suspensivas generan la interrupción de la prueba no necesariamente ha de plasmarse por escrito⁶⁴³ (a diferencia del mandato contenido en la Ley de Relaciones Laborales), aun cuando, en la práctica, entendemos que las partes se encargarán de guardar la diligencia debida para que el acuerdo se refleje explícitamente a fin de evitarse los problemas ulteriores que se puedan suscitar en un procedimiento judicial con relación a la

⁶⁴¹ STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007/218565).

⁶⁴² DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.142.

⁶⁴³ BARREIRO GONZÁLEZ, G.; “El período de prueba”, op.cit., pág. 53; STS de 5 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6274).

carga probatoria, siendo la parte que alega su existencia⁶⁴⁴ quien deberá advenir su concertación.

Desde el punto de vista teleológico tampoco se vislumbra ningún efecto perverso. Es cierto que la interrupción de la prueba generará la ampliación de esta y que esta circunstancia supone a la postre que la situación en la que se encuentra el trabajador es propia del que se halla en la cuerda floja. No sabe qué será de su futuro laboral y cuanto más alargue este período de incertidumbre más inestable puede considerarse a esta situación, pero esto es tan solo una cara de la moneda. Si el empresario posee la posibilidad de ampliar la prueba se sentirá más inclinado a mantener –aunque sea exclusivamente por ese tiempo– al trabajador en su puesto de trabajo; si el empresario no puede conocer al trabajador ni desde su dimensión profesional ni desde la personal, es lógico pensar que la decisión acerca de acordar la continuidad de la relación profesional esté tomada en el sentido negativo, pues no querrá asumir el riesgo de seguir contando con unos servicios profesionales de alguien cuyos méritos y capacidades le son desconocidos.

El trabajador –nos aventuramos a pensar– entre las dos alternativas, esto es que no se produzca el efecto de detención de la prueba (lo que a buen seguro llevará al empresario a desplegar sus facultades extintivas, dada la ausencia de obligación del experimento) y que sí se paralice la prueba para después continuar con la relación laboral, creemos que preferirá seguir contando con un puesto de trabajo (por muy inestable que este sea) a perder definitivamente la oportunidad laboral.

De otro lado, si se admite que los plazos de la prueba pueden estar marcados por el convenio colectivo sin que sea obligatorio que el contrato descienda a este detalle, ¿cuál es la razón por la que se podría negar virtualidad convencional a la interrupción por suspensión del contrato de trabajo?. Entendemos que, a diferencia de lo que puede ocurrir con una remisión de los plazos probatorios al convenio –esto es, posible indefensión del trabajador– en esta ocasión la posición del trabajador no resultará maltrecha ni debilitada.

La respuesta que hasta el momento nos ha ofrecido nuestra doctrina judicial no es única⁶⁴⁵. El razonamiento judicial para

⁶⁴⁴ Recomendación ya expuesta por GONZÁLEZ BARREIRO, G.: *El período de prueba*, op.cit., pág.53.

⁶⁴⁵ STSJ I. Canarias de 16 de abril de 2004 (JUR 2004/152388): no es preciso acordar contractualmente la interrupción del período de prueba si está previsto en convenio, dada la fuerza vinculante erga omnes del mismo “*directa y específica*”; STSJ C. Valenciana de 23 de octubre de 2007 (JUR 2008/85927): le otorga validez a la interrupción del período de prueba durante la incapacidad temporal del trabajador, por cuanto aunque no estaba pactada por escrito en el contrato, existe en este una remisión a la normativa convencional donde se prevé esta particular situación; en sentido totalmente opuesto: STSJ C. Valenciana de 22 de abril de 1994 (AS 1994/1704): con base al Estatuto de los Trabajadores de 1980: directamente

entender que el convenio colectivo podrá prever la situación interruptiva es la eficacia que tiene por mandato de ley, los efectos erga omnes que despliega; la razón que impulsa al tribunal para desmerecer la validez a la previsión convencional es la imposibilidad de acudir supletoriamente al convenio por cuanto el contrato de trabajo ya ha ofrecido una respuesta (negativa) a la cuestión de la posible interrupción.

De cualquier manera, la situación deseable sería que el contrato individual regulase con atención también estos extremos a fin de que el trabajador, en todo momento, pueda ser consciente de las vicisitudes que afronta con la suscripción de la relación laboral.

Normalmente, la inclusión de esta situación partirá de la parte empresarial. MARTÍN VALVERDE se preguntaba acerca de, en torno a esta cuestión, la situación que se podría generar si nacida la propuesta por el empleador el trabajador no aceptaba su inclusión en el contrato. Nos respondía este autor que, en la práctica, lo más habitual sería que el empresario procediera a la extinción del contrato. Pero también, nos apuntaba que –aun cuando fuera más infrecuente- cabía plantearse qué tratamiento daríamos a la negativa empresarial de plasmar el acuerdo de interrupción en aquellas hipótesis en las que fuera el trabajador el que instara su inclusión para que se procediera a la paralización del cómputo de la prueba. En estos supuestos, cualquier medida extintiva procurada por el empresario presentaría un claro indicio de ser calificada como despido improcedente⁶⁴⁶.

A nuestro juicio, las posibilidades de que la acción de despido prosperara son exiguas. El acuerdo interruptor nace de la consonancia de voluntades, sin que se imponga legalmente; de ahí hemos de extraer la consecuencia de que su previsión es voluntaria y si una de las dos partes no desea tal efecto no puede ser impuesta a la otra. De otro lado, el empresario es libre –con los consabidos límites que impone el respeto a los derechos fundamentales- para poder poner fin a la relación en el momento en que estime más oportuno y sin estar condicionado a requisito alguno. Razones de eficiencia empresarial son las que le pueden empujar a no diferir la prueba a otro momento temporal; siendo su necesidad de recurrir a mano de obra actual, no se le puede imponer la carga –que tampoco es deducible normativamente- de aceptar en cualquier caso la propuesta de interrupción que le hace su trabajador. De mantener la conclusión contraria, entendemos que se desvirtuaría el sentido legal

aplicable a la relación laboral individual la previsión convencional de interrupción del período de prueba en los supuestos de IT; STSJ Madrid de 10 de octubre de 1995 (AS 1995/3896): por la literalidad del precepto, no pudiendo acudirse supletoriamente a lo dispuesto en convenio porque no se trata de algo que no está resuelto en contrato de trabajo –la decisión judicial al albur del anterior Estatuto-.

⁶⁴⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 260.

al que nos conduce la necesidad de que siempre medie acuerdo, pues si se impone al empresario, bastando con ello el simple deseo del empleado, estamos empleando el término acuerdo para aludir a una realidad que carece del carácter bilateral con el que naturalmente queda este concepto definido.

Teniendo presente el claro mandato de que se garantice el acuerdo bilateral para que se produzca el efecto de interrupción, no existe inconveniente alguno para afirmar la posibilidad de que la consonancia de voluntades se materialice a través de cualquier otro pacto de naturaleza colectiva, ya sea este un convenio extraestatutario o un acuerdo de empresa, pues en ambos casos la vinculación a sus prescripciones solo se produce si media la previa aquiescencia del trabajador, lo que garantiza su conocimiento.

b. La extensión del acuerdo.-

El contrato es el instrumento naturalmente destinado para la fijación de los efectos paralizantes de la prueba ante la concurrencia de las situaciones suspensivas expuestas legalmente. Lo más frecuente es que ese negocio jurídico inter partes se limite a señalar, casi literalmente, la posibilidad legal de interrupción pero ¿por qué no emplear el contrato para especificar aspectos atinentes a esta que no aparecen contemplados por el legislador?.

MARTÍN VALVERDE⁶⁴⁷ y posteriormente DE VAL⁶⁴⁸ llegan a plantearse esta cuestión: regulación por el contrato de trabajo de los detalles más concretos en cuanto a la interrupción se refiere. De esta manera, el documento contractual podrá ser útil para señalar, incluso, a partir del día en que se produce la interrupción de la prueba y así reservar este efecto únicamente a las bajas de larga duración⁶⁴⁹.

Con ello, a decir por DE VAL, se lograría evitar que se produzcan situaciones como las expuestas por LÓPEZ GANDÍA⁶⁵⁰, pudiendo limitarse la interrupción para los supuestos dilatados

⁶⁴⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 261.

⁶⁴⁸ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.142.

⁶⁴⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.260 y pág.261: “no parece haber inconveniente en admitir el condicionamiento del mismo (del acuerdo de interrupción del período de prueba) a una duración mínima o máxima de la incapacidad laboral transitoria (o causa análoga) que lo haya generado. El condicionamiento del acuerdo a una duración mínima estaría en función de los intereses del trabajador a que no se prolongara el período de prueba por interrupciones insignificantes.”

⁶⁵⁰ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., nota 349: “Como ha destacado LÓPEZ GANDÍA, J., “Artículo 14. Período de prueba”, cit. Pág.98, “la no interrupción del cómputo puede, cuando la enfermedad sea de corta duración, evitar una prolongación innecesaria del período de prueba, pero, por otro lado, cuando se trate de enfermedad de larga duración, en cambio, puede privar al trabajador y al empresario de cumplimiento de la obligación de realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba”.

(pensemos sobre todo en la imprevisible duración de una incapacidad temporal) de suspensión contractual.

Es esta una cuestión que entronca directamente con la autonomía de la voluntad contractual o convencional. Si las partes pueden señalar válidamente a partir del día en el que surtirá efecto la interrupción de la prueba, no existe inconveniente alguno (DE VAL) para admitir que también son libres para determinar qué tipo de contingencia es la que dará lugar a la interrupción, pudiéndose excluir determinados hechos causantes de la generación de este efecto⁶⁵¹.

A nuestro juicio, no existiría ningún inconveniente para admitir tal posibilidad pues nos parece del todo punto coherente con la finalidad a la que va destinado el instituto probatorio.

De igual modo, los contratantes podrán limitar el efecto de interrupción a alguna –o algunas- de las situaciones suspensivas contempladas en el precepto.

10.3.- El resto de las situaciones suspensivas contractuales.-

Con la vista puesta en la interrupción del período (plazo) de prueba se observa cómo la ley dispensa el mismo tratamiento a varios supuestos suspensivos del contrato de trabajo. Por un lado, se contempla la situación en la que transitoriamente el trabajador no puede prestar sus servicios y requiere, a la par, tratamiento médico (incapacidad temporal⁶⁵²) y de otro aquellos supuestos que suponen un cambio en la situación familiar del empleado (maternidad⁶⁵³, paternidad⁶⁵⁴, riesgo durante la lactancia⁶⁵⁵ o riesgo durante el embarazo⁶⁵⁶, adopción y acogimiento⁶⁵⁷).

Todas y cada una de las contingencias que dan lugar a los supuestos que se han mencionado, provocan idéntico efecto sobre el contrato de trabajo: su suspensión (ex art.45.1.c) y d) ET), esto es, la paralización temporal de los principales efectos del contrato de

⁶⁵¹ *Ibidem*, pág.142. Así lo entiende Sentencia del TSJ de Islas Canarias de 24 de mayo de 2012 (JUR 2012/300149): “No comparte la Sala la argumentación; el art. 14 faculta a las partes a pactar la suspensión del periodo de prueba por la situación de IT, sin establecer límite alguno; de tal forma que puede libremente pactarse para todos los supuestos de IT, o como en el caso de autos para la IT derivada de accidente.”

También para el resto de situaciones suspensivas contempladas por la norma. Así, no se extendería a otras si solo –como en el caso de autos- está prevista para la maternidad: STSJ Madrid de 30 de abril de 2002 (JUR 2002/168906).

⁶⁵² Art.128 LGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

⁶⁵³ Art.133 bis LGSS.

⁶⁵⁴ Art.133 octies LGSS.

⁶⁵⁵ Art.135 bis LGSS.

⁶⁵⁶ Art.134 LGSS.

⁶⁵⁷ Art.133 bis LGSS.

trabajo; así, de una parte el empresario no estará obligado a abonar salario y por su parte, el trabajador no deberá prestar sus servicios.

Las diferencias se centran por tanto en el hecho causante y los derechos que se originan, siendo distintos también los requisitos para acceder a las prestaciones que generan.

De cualquier manera, conviene señalar en este punto que el art.14 de nuestra norma laboral hace referencia a alguna de las situaciones suspensivas del contrato de trabajo pero no a todas, tal y como se infiere de la lectura conjunta del precepto mencionado y del art.45 del Estatuto de los Trabajadores donde se enumeran todas y cada una de las causas que generan la suspensión del contrato de trabajo.

La pregunta no se hace esperar: ¿por qué se han recogido tan solo alguna de las situaciones de suspensión del contrato?, ¿el legislador ha querido dotar de posibles efectos interruptivos de la prueba solo a las situaciones mencionadas o podemos contemplar también bajo su amparo al resto de contingencias protegidas por la suspensión contractual?.

Es curioso contemplar cómo estas cuestiones en absoluto son actuales (en el sentido de novedosas). Esta circunstancia, la falta de referencia expresa del legislador al amplio abanico de causas suspensivas laborales, ha servido para que la doctrina científica se haya interrogado acerca de si la lista que nos dispensa el legislador es o no taxativa. Ya MARTIN VALVERDE exponía la situación descendiendo a los supuestos concretos de "accidente, vacaciones, licencias no periódicas, huelgas, cierres patronales, perturbaciones de la producción imputables a la empresa y otros supuestos equiparables"⁶⁵⁸. Pero el silencio no solo era legal; en el momento en que lleva a cabo su estudio constata cómo son muy pocos los convenios o las normas sectoriales que descienden a contemplar estas situaciones y sus efectos sobre la duración total de la prueba, y ni tan siquiera existían pronunciamientos judiciales más allá de lo que ocurría con las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por voluntad de las contratantes en donde efectivamente sí se descontaba el tiempo de suspensión contractual a los efectos de determinación del plazo máximo de duración de la prueba.

La respuesta de este autor a los supuestos no resueltos por la ley y la jurisprudencia era la de considerar que la suspensión contractual conllevaba también la de la prueba siempre que aquella tuviera "cierta longitud" para lo cual había que valorar y compararla

⁶⁵⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.258.

con la duración total de la prueba y, en todo caso, se hacía necesario que el trabajador conociera este extremo.

Por su parte, RODRÍGUEZ PIÑERO⁶⁵⁹ era de la opinión de considerar que tanto los supuestos de interrupción contractual como los que conllevan la suspensión del contrato de trabajo (a excepción de la interrupción relativa a la jornada o al descanso semanal) supondrán la prórroga de la prueba por el tiempo equivalente a aquel que duró la interrupción o suspensión.

En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR⁶⁶⁰, sostiene que aun cuando lo más lógico sería pensar –en atención a la dicción legal- que ni siquiera es posible la interrupción por pacto, no obstante, “Con más coherencia, sin embargo, los Tribunales han considerado que si nada se dice en el precepto sobre la incidencia de la suspensión del contrato de trabajo sobre el período de prueba debe entenderse que como regla general la suspensión del contrato por otras causas interrumpe el período de prueba”.

Por su parte, CRUZ VILLALÓN -empleando como criterio el contemplado en la Sentencia del Tribunal Central del Trabajo de 24 de noviembre de 1981 (RTCT 1981/6876)- extiende los efectos interruptivos del período de prueba al resto de situaciones suspensivas. En efecto en aquella Sentencia y, en virtud de lo dispuesto por el art.6.2 del Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, se falla que no se tendría en cuenta el período de huelga, para el cómputo de la duración del período máximo de prueba “dada la suspensión del contrato”. La razón de excluir la huelga a los efectos indicados es evitar que el ejercicio de este derecho fundamental pueda perjudicar otros derechos del trabajador, considerándose el tiempo de huelga como “tiempo muerto”.

La doctrina iniciada por este aserto (CRUZ VILLALÓN) puede extenderse también para el resto de supuestos suspensivos en clara consonancia con el objetivo de la institución comentada y que no es otro más que comprobar la aptitud del trabajador para cumplir con las funciones que le han sido atribuidas. Al no poder desempeñar su trabajo durante el tiempo de suspensión no es posible la comprobación. “Más dudosos son los casos de los permisos retribuidos, en los que se produce una mera interrupción de la prestación de servicios”⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ RODRÍGUEZ –PIÑERO ROYO, M.: “Naturaleza jurídica del período de prueba”; op.cit., pág.112.

⁶⁶⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.60.

⁶⁶¹ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 24 de noviembre de 1981 (RTCT 1981/6876) (a la luz de la Ley de Relaciones Laborales): en virtud de lo dispuesto por el art.6.2 RDL de 4 de marzo de 1977 no se tendrá en cuenta el período de huelga para la determinación de la duración del período máximo de prueba “*dada la suspensión del contrato*”. De igual modo, DEL REY GUANTER, S.: *Estatuto de los*

Coincidente en este sentir –y la innecesariedad del pacto expreso de las partes contractuales cuando el contrato atraviesa por estas situaciones suspensivas- se expresa TOROLLO⁶⁶².

Cierto es que las causas que pueden generar los efectos interruptivos de la prueba se han ido incrementado a lo largo de las sucesivas reformas legales, pero aun así no se han contemplado en el precepto todas y cada una de las situaciones suspensivas del contrato de trabajo, por lo que el debate sigue abierto.

Más recientemente, DE VAL⁶⁶³ se muestra partidario de entender que el resto de las causas de suspensión legal también procuran la interrupción de la prueba. La diferencia con respecto de las contempladas explícitamente por nuestro legislador estriba en que en los casos no aludidos por el legislador no se requiere un pacto expreso al efecto. Así, no se hace necesario para proceder a la interrupción del período probatorio que se haga constar la voluntad indubitada de las partes en este sentido. “...y ello porque la necesidad de acuerdo para la interrupción del cómputo es excepcional, no aplicable analógicamente al resto de supuestos de suspensión de la relación laboral⁶⁶⁴”. “El pacto individual en contrario sería nulo ex art.3.5 LET”. Partiendo de esta línea argumental, sostiene que la previsión convencional contraria a esta conclusión convertiría al precepto del convenio en una cláusula contra legem y en consecuencia nula.

Circunstancia distinta es la que se produce durante el período vacacional. Este supuesto de interrupción de la prestación laboral no incide sobre la determinación de la duración de la prueba y, en consecuencia, no supone alteración al alza en su cómputo⁶⁶⁵. La razón estriba, a nuestro juicio, en la consideración de que determinadas situaciones suponen la interrupción natural del vínculo contractual (piénsese en el descanso semanal) y no su suspensión, por lo que no afectan a la duración del período de prueba como tampoco inciden sobre la del contrato de trabajo. En estos supuestos no existe un bien jurídico superior a proteger, a diferencia de lo que ocurre con el supuesto de huelga.

Trabajadores: comentado y con jurisprudencia op.cit., pág.304, alude a la Sentencia del TSJ de Madrid de 1 de octubre de 1998.

⁶⁶² TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: “Extinción del contrato en período de prueba”, op.cit., pág. 332 y pág.334.

⁶⁶³ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.144.

⁶⁶⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “Problemas prácticos del período de prueba”; cit, pág. 198.

⁶⁶⁵ TOROLLO F.J.: “Extinción del contrato en período de prueba”, op.cit., pág. 334.

Capítulo VI.-

La extinción del contrato de trabajo en prueba

XI.-LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.-

11.1.-Las posibilidades extintivas inherentes a la prueba: breve aproximación.-

Entramos de lleno en la nota que caracteriza por encima de otras al período de prueba. Baste con observar para ello la expresión del legislador, quien tras asegurar que el trabajador a prueba tiene los mismos derechos que cualquier otro operario, enseguida excepciona uno: "excepto los derivados de la resolución laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso".

Así bien, la salvedad no es en absoluto insignificante, sobre todo cuando contrastamos esta precisión con los principios que inspiran toda la Sección cuarta de la norma laboral. El artículo 14 del Estatuto ha recogido una dual facultad de extinción libre derivada de la suscripción de la prueba que no se extiende al resto de las fases contractuales. Aparece aquí la impronta propia del período de prueba.

Trataremos de contestar, a partir de aquí, a la incógnita que enlaza con la determinación de la naturaleza jurídica del acto de extinción al que faculta el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. Ya sabemos que la extinción podrá producirse a voluntad de cualquiera de las contratantes, pero ¿ante qué clase de fórmula extintiva nos encontramos?

La reciente pregunta, a su vez, nos remite otra vez a la obligación de experimento, a la causalidad de la extinción y a los posibles límites de la –en principio- libre voluntad de sesgar el vínculo laboral suscrito.

Empero, antes de centrarnos en las posibilidades legales de extinción contractual durante la prueba se nos antoja conveniente recordar el régimen ordinario de extinción de la relación laboral.

11.2.- Las fórmulas legales de extinción de la relación laboral.-

A través de la institución de la extinción se pone fin a la relación laboral, cesando por tanto los principales compromisos asumidos por las partes. El Estatuto de los Trabajadores dedica la sección cuarta del Capítulo III a abordar la definitiva escisión de la relación laboral.

Al examinar los preceptos que allí se contienen se observa que el legislador ha previsto toda una suerte de causas a través de las cuales se podrá proceder a la ruptura del contrato de trabajo, mas ninguna de ellas tiene carácter automático, siendo necesario que la parte (ambas o una de ellas) inste la terminación y, en ocasiones, lo haga además a través de la formalidad específica que regula el ordenamiento.

Centrada nuestra atención en el art.49 del Estatuto de los Trabajadores, procederemos a pincelar las distintas causas extintivas para lo cual nos parece de suma utilidad la clasificación que ya nos ofreciera CRUZ VILLALÓN⁶⁶⁶ quien diferenciaba entre las que se podían reconducir a la "voluntad conjunta de ambas partes del contrato de trabajo" aquellas que se producen con ocasión a la "imposibilidad personal de continuidad del contrato", las que obedecen a la "voluntad unilateral del trabajador" y, por último, las que atienden a la "voluntad unilateral del empresario". Atendiendo a esta genérica clasificación, nos hemos permitido introducir una serie de matices.

11.2.1.- El mutuo disenso.-

Remontémonos al origen de la relación laboral. Esta surgió por la confluencia de voluntades entre las partes que lo suscribieron, así pues la misma razón que impulsó al nacimiento del contrato servirá también de fundamento para que este desaparezca.

Si bien es cierto que en el ámbito concreto del Derecho del Trabajo las partes se encuentran constreñidas al marco legal y convencional previamente establecido⁶⁶⁷, no se puede olvidar que existe cierto margen para poder desplegar el principio de la autonomía de la voluntad. Y así, y en función de este principio de libertad contractual, empresario y trabajador podrán plasmar

⁶⁶⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.385.

⁶⁶⁷ Estamos ante un "contrato normado": CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.92.

válidamente su voluntad extintiva, sin que se hallen sometidos a ninguna limitación extraña a ellos.

El artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores se hace acopio de esta realidad y reconoce trascendencia jurídica extintiva a la voluntad concluyente de empresario y trabajador que libremente desean poner fin a la relación entablada. Estamos ante el apartado a) del precepto: "Por mutuo acuerdo de las partes".

Pero es más, las partes no solo serán libres para promover conjuntamente la terminación del contrato laboral, sino que esa libertad se extiende a reconocer su autonomía jurídica a la hora de establecer los efectos colaterales que su decisión de finalización conlleva, fijando –si ese fuera su deseo– cualquier tipo de efecto (pensemos, fundamentalmente, en indemnizaciones) que estimen pertinente.

La libertad se extiende también a la forma bajo la cual se vestirá la extinción, no hallándose constreñidos a formalidades jurídicas preestablecidas, todo ello sin perjuicio de que lo habitual sea suscribir un finiquito a fin de saldar eventuales responsabilidades posteriores.

Ese autogobierno contractual al que hemos venido haciendo referencia, aun siendo un baluarte no puede ser entendido de forma omnímoda y, al igual que ocurre en otras ramas de nuestro ordenamiento así como en el resto de instituciones laborales, habrá que adoptar determinadas precauciones legales a fin de lograr que la voluntad que exprese la finalización del contrato tenga trascendencia jurídica.

Las limitaciones son las genéricas. Asimismo, se precisa la limitación consistente en la no afección a derechos irrenunciables o indisponibles para la persona del trabajador o de terceros.

El art.6.2 del Código Civil ya viene a imponer esta limitación, pero el Estatuto de los Trabajadores lo concreta para el ámbito laboral en su artículo 3 (párrafo primero y quinto).

En definitiva, no se puede renunciar válidamente a los derechos que forman parte del patrimonio del trabajador, por haber sido adquiridos como consecuencia de una norma de derecho necesario.

La segunda constricción es la relativa a la garantía de que la emisión de la voluntad extintiva haya nacido como consecuencia de un acto libre y plenamente querido por las partes. De ahí que en la formación de la voluntad no podrán concurrir elementos que

invalidarían el consentimiento (error, dolo o intimidación⁶⁶⁸). La voluntad poniendo fin a la relación inicialmente convenida ha de expresar con rotundidad y claridad que esta nueva realidad es la que desean las dos partes⁶⁶⁹.

La tercera limitación viene constituida por la necesidad de que la decisión de extinción no vaya en contra del interés u orden público⁶⁷⁰.

Una vez constatada la voluntad de las dos partes contractuales que confluyen en el sentido de extinguir la relación hasta el momento mantenida, habría que señalar que su principal efecto es la situación en la que se posiciona el trabajador frente al Servicio Público de Empleo y que se traduce en que no se puede considerar que esté inmerso en una situación legal de desempleo (en clara coherencia con la propia definición legal de desempleo ex art.203 de la Ley General de Seguridad Social⁶⁷¹).

Ejemplos en nuestra vida práctica de esta forma de terminación de la relación laboral los podemos encontrar en las bajas y prejubilaciones incentivadas o en los supuestos de simulación de despidos.

Volvamos a la prueba para comparar las facultades extintivas que se ostentan en cada una de las situaciones. Esta circunstancia -la anuencia de pareceres sobre la desaparición futura del vínculo que recoge el apartado a) del artículo 49- separa diametralmente esta figura de extinción de la que se puede llevar a cabo vigente el período de prueba. Siendo cierto que la prueba surge gracias a la consonancia de voluntades entre empresario y trabajador, la finalización de la relación de trabajo amparada en la vigencia del período probatorio no se condiciona a la misma circunstancia, bastando con que una de las partes manifieste su decisión de acabar con el vínculo para provocar este efecto. Los términos bajo los cuales se expresa el artículo 14 del

⁶⁶⁸ Art.1.265 Código Civil: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”

⁶⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1.990 (RJ 1990/6426): “ *la extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo no requiere formalidades específicas -sentencia de 26 de enero de 1984 (RJ 1984/102), sino acreditamiento del cese y de voluntad de las partes en llegar a tal resultado*”. En el mismo sentido recogiendo la necesidad de que la voluntad de extinción sea clara e indubitada: STSJ Islas Baleares de 1 de diciembre de 1992 (AS 1992/6132) y STSJ Comunidad Valenciana de 26 de marzo de 2002 (AS 2003/632) .

⁶⁷⁰ Art. 1.255 Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.” STS 25 de marzo de 1.991 (RJ 1991/1898).

⁶⁷¹ Se condiciona la percepción de la prestación de desempleo a que concurran en el sujeto las condiciones de querer y poder trabajar. En los supuestos de extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, el que fuera trabajador no desea continuar con la prestación de servicios, faltándole por lo tanto en su haber uno de los dos requisitos señalados.

Estatuto de los Trabajadores no dejan espacio para la duda: "podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes".

Así pues, la primera conclusión que tenemos que anotar es que las facultades extintivas que procura la suscripción del período probatorio no pueden con éxito englobarse en la genérica fórmula de extinción que hemos pincelado.

Pero con el examen del primer supuesto extintivo no agotamos las posibilidades que se le reconoce a la libertad de las partes para finalizar su vínculo laboral. Si descendemos al segundo y tercer motivo legal de extinción de la relación laboral, aquel que se consagra en el art.49.1.b) y en el art.49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, observamos cómo también se pueden reconducir a esta genérica forma de poner fin a la relación laboral: el mutuo disenso.

Concretamente, se dispone que:

"b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario."

c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. "

Por supuesto ambas causas son independientes entre sí, como también lo son con relación al primer motivo de extinción brevemente expuesto.

La diferencia más destacable con respecto a la primera causa extintiva radica en el momento en que se plasma la voluntad de finalización. Así, la voluntad cohonestada de las partes era motivo jurídicamente relevante para poner fin a la relación laboral y ello con independencia de cuanto se hubiera podido prever inicialmente acerca del cuándo o en qué circunstancias se procedería a la extinción. Lo determinante es que tanto empresario como trabajador, en la actualidad, desean deshacer el vínculo en su día concertado.

Las razones que ahora plasma el legislador en las letras segunda y tercera del abecedario sí se remontan a los comienzos del vínculo. La voluntad extintiva queda claramente explicitada en el instrumento que dio la vida a la relación laboral bien porque el contrato es de naturaleza temporal o bien porque está subordinado al cumplimiento de una condición. Así pues, la disimilitud más sobresaliente con respecto al supuesto regulado en la letra a) del artículo 49 estriba en el conocimiento que, de antemano, al comenzar la relación laboral, las dos partes tienen acerca de la extinción. Desde el principio, tanto el trabajador (pues así lo hizo constar en el

contrato) como el empresario (toda vez que llegó a un acuerdo que plasmó con el trabajador al comenzar la vida del vínculo laboral) conocen que su relación jurídica se acabará cuando se cumpla la condición que habilita la extinción o bien, cuando llegue el plazo preseñalado para que tal efecto se produzca.

La razón de agrupar las dos formalmente independientes razones de extinción (la b) y la c)) no es otra más que el entendimiento de que la referencia legal a la "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato" no es más que "una manifestación concreta de causas consignadas en el contrato"⁶⁷². En estas ocasiones, la relación laboral desde el principio está abocada a su expiración, siendo plenamente conocedoras las partes de esta circunstancia.

El conocimiento de las partes deviene por cuanto la causa del contrato de trabajo estriba en atender una necesidad empresarial que puntualmente existe (como ocurre con el contrato eventual por circunstancias de la producción, contrato para la realización de una obra o de un servicio determinados o contrato de interinidad regulados todos ellos en el art.15 del Estatuto de los Trabajadores) o bien se destina a procurar la especialización de un trabajador que hasta el momento de su contratación había sido inexperto (contrato en prácticas, ex art.11.1 del Estatuto de los Trabajadores), sin olvidar los contratos para la formación y el aprendizaje del art.11.2 del Estatuto de los Trabajadores cuyo claro objetivo es dotar al prestador de servicios tanto de los conocimientos teóricos como prácticos necesarios para el desempeño de una determinada profesión u oficio.

En todos y cada uno de estos supuestos, la relación laboral expirará por la llegada del "término convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato"⁶⁷³; en definitiva, no se trata más que de la plasmación de la norma heredada del Derecho común y contenida en el art.1.156 del Código Civil: el cumplimiento de la causa contractual. La diferencia acaso estriba en que en el ordenamiento laboral es necesario –a diferencia de lo que ocurre con nuestro Derecho civil ex art.1.144 del Código Civil- la denuncia de la expiración de la relación por alguna de las dos partes contratantes.

La afirmación legal precedente supone que son válidas las condiciones resolutorias reflejadas en los contratos de trabajo (con independencia de la naturaleza indefinida o no) aun cuando estas hayan de observar los requisitos generales y específicos que nuestro ordenamiento impone y que hemos tratado de enunciar al comienzo de este epígrafe.

⁶⁷² CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 364.

⁶⁷³ Art.49.1.c) Estatuto de los Trabajadores.

Específicamente, la validez de la condición resolutoria se supedita a (art.1.114 del Código Civil) la necesidad de que se trate de un suceso futuro e incierto o pasado que los interesados ignoran; además, esta condición no puede atentar al orden público, a la legalidad o a la moral (art.1.255 del Código Civil) no debiendo ser imposible su realización o cumplimiento.

De igual modo, hemos de reseñar la necesidad de observar una serie de requisitos que denominaremos específicos por afectar de forma singular al ámbito laboral. Así, conforme a la prescripción legal, nuestra jurisprudencia social no duda en exigir que la condición impuesta no constituya un abuso manifiesto de derecho por parte del empresario.

Una vez cumplida la condición, la norma general es que la parte interesada necesariamente ha de denunciar la extinción, ha de poner en conocimiento de la otra que ha acaecido aquella a fin de que se desplieguen los efectos extintivos. Como ocurría con el primer supuesto analizado, el trabajador podría tener derecho a indemnización si así se hubiera previsto.

La primera diferencia decíamos con respecto al caso anterior (extinción por mutuo acuerdo de las partes) estribaba en la previsión contractual que se hacía de la causa extintiva y la segunda –en absoluto menor– es que el trabajador que se ve afectado por el acaecimiento de la condición sí se encuentra en situación legal de desempleo, pudiendo por tanto acceder a esta prestación si concurre el resto de requisitos relativos al período de carencia y cotización que con carácter general se señalan en el art.207 y 210 de la Ley General de Seguridad Social.

En este sentido, efectivamente la cláusula fijando el período de prueba –y por ende la facultad extintiva que este concede a las partes– bien puede engarzarse bajo la fórmula genérica de extinción del contrato de trabajo por causas consignadas válidamente en el contrato (art.49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores). La causa que originaría la extinción del contrato está precisada desde el momento en que se concierta la relación y estribaría en la falta de superación de la prueba.

Así, nuestra doctrina científica – CRUZ VILLALÓN⁶⁷⁴ , DE VAL⁶⁷⁵– entiende que las posibilidades extintivas a las que faculta el período de prueba en ningún caso conforman una causa autónoma de

⁶⁷⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit. pág. 208. En el mismo sentido: STSJ Castilla y León de 4 de octubre de 2004 (JUR 2004/281572).

⁶⁷⁵ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.54.

extinción, sino que es un supuesto subsumible en el reiterado art.49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores. De esta manera, siguiendo al primero de los autores “lo que en principio parecería como abusivo -una facultad indiscriminada de ruptura de la relación jurídica- desaparece porque queda justificada por el necesario conocimiento de las aptitudes del trabajador en los momentos iniciales de la prestación de servicios y particularmente porque una norma con rango de ley explícitamente prevé tal posibilidad”⁶⁷⁶, todo ello sin perjuicio de que la cláusula pueda resultar abusiva si se obvian los requisitos legales o se persiguen fines no contemplados por la norma, en cuyo caso se tendría por no puesta.

Esta tendencia doctrinal es asumida por multitud de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia⁶⁷⁷ destacando que las posibilidades extintivas que supone la celebración de prueba descansan en el citado precepto y en el amparo que procura el art.14.2 del Estatuto de los Trabajadores.

11.2.2.- La imposibilidad en la continuidad de la prestación de servicios.-

Nuestra atención queda atrapada por los supuestos contemplados desde la letra e) a la g). En cada una de ellos se aprecia cómo el vínculo laboral no puede continuar desplegando los efectos que le son propios porque al empresario o al trabajador no les es posible seguir asumiendo las obligaciones previamente contraídas.

En lo que se refiere al trabajador, se trataría de las situaciones encuadrables en su declaración de jubilación⁶⁷⁸, muerte, gran

⁶⁷⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.208.

⁶⁷⁷ Sin ánimo exhaustivo: STSJ Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993/349); STSJ C. Valenciana de 5 de mayo de 1998 (AS 1998/2230); STSJ Madrid de 10 de marzo de 1999 (AS 1999/1335); STSJ Islas Canarias de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000/300306); STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 2001 (AS 2002/1263); STSJ Castilla y León de 5 de noviembre de 2001 (JUR 2002/19136); STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2002 (JUR 2003/33777); STSJ Cataluña de 12 de diciembre de 2002 (AS 2003/266); STSJ Madrid de 18 de noviembre de 2003 (JUR 2004/942520); STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 2004 (AS 2004/1709) y STSJ de C. Valenciana de 15 de abril de 2005 (AS 2005/1558); STSJ Cataluña de 13 de abril de 2006 (AS 2006/2813); STSJ Andalucía de 23 de mayo de 2007 (AS 2007/3214); STSJ Murcia de 17 de noviembre de 2008 (JUR 2009/133442); STSJ Galicia 27 de abril de 2009 (AS 2010/725); STSJ C. Valenciana de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/375727); STSJ C. Valenciana de 24 de septiembre de 2009 (JUR 2010/11714); STSJ Madrid de 10 de noviembre de 2009 (AS 2010/29); STSJ Madrid de 21 de enero de 2010 (JUR 2010/126755); STSJ Andalucía de 12 de enero de 2010 (JUR 2010/115003); STSJ Cataluña de 5 de febrero de 2010 (JUR 2010/157592); STSJ Extremadura de 1 de diciembre de 2011 (JUR 2011/437626); STSJ C. Valenciana de 8 de junio de 2011 (AS 2011/2304).

⁶⁷⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 368 y 373. Distingue entre la jubilación voluntaria (siendo ésta “una decisión voluntaria por parte del trabajador de abandonar la vida activa”, lo que a la postre supone la incardinación de esta causa de extinción en uno de los supuestos de dimisión del trabajador) y la jubilación forzosa en la que “nos enfrentaremos a un supuesto de extinción por imposibilidad jurídica derivada de la incompatibilidad entre el trabajo y la situación de jubilación”. A nuestro juicio ninguna de las modalidades señaladas participan de las notas definitorias de la dimisión dada la causalidad de esta forma de extinción ya sea forzosa o voluntaria, circunstancia esta que se

invalidez e incapacidad permanente total o absoluta⁶⁷⁹. A estas coyunturas habría que añadirle el trance que sufre la trabajadora víctima de la violencia de género que se ve obligada a dejar la relación laboral⁶⁸⁰. En todas estas causas, la objetiva imposibilidad de continuar en la prestación de servicios determina inexorablemente su finalización.

Estas razones de terminación enlazan directamente con la comprensión de la relación laboral, toda vez que esta tiene un marcado carácter personalísimo, sin que quepa (salvo supuestos excepcionales que se ha encargado de precisar nuestra doctrina y jurisprudencia) la sustitución en la parte que asume el papel de empleado.

Similares consideraciones se han de verter en torno a la persona del empresario. La jubilación, la incapacidad o la muerte (física o jurídica) del empresario⁶⁸¹ siempre que supongan la finalización de la actividad económica a la que vino llamada la empresa. Al desaparecer la parte empresarial, al trabajador no le es posible continuar prestando la relación. La única excepción a este efecto extintivo es la continuidad en la actividad empresarial vía sucesión de empresas, en la que el trabajador continuaría prestando sus servicios, aun cuando el titular de la empresa sea diferente.

Consciente de que cualquiera de estas circunstancias genera un perjuicio para el trabajador, se prevé una indemnización para este que se señala en función de la causa por la que se procuró la extinción⁶⁸².

desprende de la necesidad de que el trabajador, para dar por finalizada la relación por jubilación, exprese manifiestamente que ese es su deseo y la causa –edad mínima y período de cotización– que da origen a aquella situación. Ha de tenerse presente que la jubilación forzosa es residual, prevista tan solo por algunos convenios que así la contemplan.

⁶⁷⁹ Habría que matizar, en este sentido, las situaciones de declaración de incapacidad permanente total o absoluta que provocan el fin de la relación laboral de aquellas otras que tan solo suspenden el contrato de trabajo. Cuando aludimos a la declaración de incapacidad en los grados antes descritos nos supeditamos a aquellas declaraciones administrativas o judiciales que sí tienen la virtualidad de poner fin a la relación laboral, básicamente porque en la resolución de la declaración de invalidez se prevé un plazo de revisión del estado del incapacitado por mejoría previsible en un plazo no superior a dos años (ex art.48.2 del Estatuto de los Trabajadores).

⁶⁸⁰ Art.49.1.m) del Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁸¹“ g) Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante.”

⁶⁸² En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley.

Pero, además, y a nuestro juicio⁶⁸³ la referida imposibilidad en la prestación de servicios no solo puede predicarse de las partes contractuales sino que cabe la posibilidad de que venga motivada por un hecho externo, objetivo y constatable. Son los “despidos por causas empresariales”⁶⁸⁴.

Nuestro primer pensamiento es para la fuerza mayor (suceso imprevisible o inevitable) que, por su propia definición, es ajena a las partes. Aquí, la extinción se presenta como la única consecuencia ineludible. Por supuesto, para que se ponga fin al vínculo laboral se exige irremediamente que como consecuencia del acontecimiento constitutivo de fuerza mayor, la prestación laboral no pueda desplegarse de forma definitiva⁶⁸⁵. La autoridad laboral deberá corroborar la existencia de fuerza mayor.

Pero, además, nos atrevemos a afirmar que los supuestos de despido colectivo y despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción⁶⁸⁶, tal y como han sido concebidos legalmente suponen también una de las formas de manifestar la voluntad extintiva que englobamos bajo esta genérica clasificación de imposibilidad de continuar con la prestación de servicios. La extinción se presenta aquí como la alternativa necesaria ante el debilitamiento que sufre el proyecto empresarial.

Cierto es que el empresario selecciona extinguir los contratos de trabajo e incluso qué trabajadores concretos van a resultar afectados por su decisión, pero entendemos que esta voluntad es condicionada y se alcanza como mal menor ante el desequilibrio que sufre su empresa, siendo realmente una circunstancia ajena a su propia querencia la que le compele a llevar a cabo la finalización de la relación laboral.

En todos y cada uno de los supuestos analizados será preciso la concurrencia de la causa prevista legalmente para poder desasirse del vínculo. Esta ineludible exigencia de la causalidad en cada uno de los supuestos extintivos, no nos permite establecer concomitancia alguna con la extinción producida durante el período de prueba que, tal y como venimos indicando desde el principio, es acausal por cuanto no tiene que estar fundamentada en motivo alguno.

⁶⁸³ CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, 2003, pág. 620, incardina el despido objetivo como un supuesto de extinción por voluntad unilateral del empleador.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, pág.620.

⁶⁸⁵ h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 51.

⁶⁸⁶ i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

11.2.3.- La voluntad unilateral del empresario.-

No siendo nuestro propósito el realizar un recorrido histórico acerca del entendimiento de las posibilidades extintivas que ha ostentado el empresario, sí entendemos que debemos dejar apuntada la evolución que han experimentado aquellas con ocasión de conceptos tales como la flexibilidad y la adaptabilidad empresarial. En atención a estos se han promovido reformas que han tratado de conjugar de un lado la estabilidad en el empleo y de otro la garantía de viabilidad del proyecto empresarial. Precisamente, en esta línea se sitúa la última de las reformas laborales habidas a la fecha: la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral.

Si ya la extinción de la relación laboral se presenta como el momento en que "suele concentrarse (en este punto) el conjunto de tensiones propias de las relaciones entre el empleador y el trabajador"⁶⁸⁷, cuando la decisión de finalización parte del empresario este conflicto se acucia; no obstante, la necesidad de garantizar la estabilidad en el empleo y de proteger la débil situación en la que se colocaría al trabajador de conceder relevancia jurídica a la manifestación extintiva del empresario, lleva a nuestro ordenamiento a optar por causalizar la finalización de la relación cuando la decisión parte del empresario, lo que sin duda supone el establecimiento de "limitaciones materiales y formales a la extinción del contrato a iniciativa del empleador como forma de propiciar la estabilidad en el empleo"⁶⁸⁸.

La norma, no obstante, no condiciona en todo caso que la finalización de la prestación de servicios se produzca cuando haya anuencia entre los pareceres de las partes contratantes. Se es consciente de que determinadas situaciones colocan al empresario en una situación de excesiva onerosidad que le hace digno de la tutela que persigue. Y este estado de desequilibrio exige del trabajador que haya llevado a cabo una conducta censurable o que sin existir esta no pueda reportarle al empresario la utilidad que antes sí le prestaba.

Ante ello, el ordenamiento laboral distingue entre los supuestos constitutivos de despido disciplinario⁶⁸⁹ y los que conforman los propios del despido objetivo por "causas atinentes al trabajador"⁶⁹⁰. Los primeros presuponen necesariamente que el empleado haya cometido una falta muy grave que supone el incumplimiento de sus obligaciones laborales, siendo además su

⁶⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, op.cit., pág. 615.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, pág.617.

⁶⁸⁹ Art.54 Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁹⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, op.cit., pág.620.

comportamiento culpable; el incumplimiento en que se traduce aquella posibilita que el empresario, con base a la facultad de dirección que ostenta (y, más concretamente, al poder sancionador) pueda desasirse del vínculo contractual.

En lo que se refiere al segundo grupo de causas legitimadoras del despido, se observa cómo el fundamento estriba en el desequilibrio de la inicial postura que asumían las partes (así, en los casos de despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador⁶⁹¹, por ineptitud sobrevenida de este⁶⁹² o cuando no se adapta a las modificaciones técnicas introducidas en el puesto de trabajo⁶⁹³).

En cualquiera de las circunstancias anteriores, el acto de extinción también se va a rodear de una serie de cautelas formales que necesariamente habrán de observarse por el empresario, so pena de ulteriores declaraciones de improcedencia de la medida extintiva.

Causalidad, motivación, como elemento que preside la extinción unilateral empresarial.

11.2.4.-La voluntad unilateral del trabajador.-

Es, aparentemente, la otra cara de la moneda. La parte incumplidora ahora es el empresario, siendo el trabajador el que ve quebrados sus legítimos intereses laborales. Junto a estos supuestos aparecen otros que también facultan a la extinción unilateralmente procurada por el trabajador y que se producen con ocasión de modificaciones en las condiciones contractuales acordadas.

Situados en la primera hipótesis (reacción de extinción frente al incumplimiento empresarial) cabe destacar cómo el ordenamiento pone a disposición del trabajador que sí acata sus obligaciones la posibilidad de deshacerse del vínculo obteniendo una contraprestación económica a modo de indemnización que, de alguna manera, compense la situación vivida. Para ser acreedor de esta restitución ni tan siquiera habrán de advenirse los perjuicios ocasionados, toda vez que la propia ley señala la cantidad idónea para lograr la reparación.

Estos son los supuestos regulados por el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores a los que genéricamente alude el art.49.1.j)⁶⁹⁴. La importancia de la contemplación legal de esta posibilidad extintiva –

⁶⁹¹ Art.52.d) Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁹² Art.52.a) Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁹³ Art.52.b) Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁹⁴ Art.49.1.j) Estatuto de los Trabajadores: “Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.”

que cuenta con una destacable tradición⁶⁹⁵- no es en absoluto nimia, sobre todo si se compara con los efectos que entraña otra de las facultades extintivas típicamente del trabajador, cual es la dimisión ad nutum, última de las hipótesis que se englobarían bajo el genérico apartado de extinción por voluntad unilateral del trabajador.

Pero, como ya hemos señalado desde el inicio, las opciones de desvincularse del nexo laboral no se ciñen a los incumplimientos protagonizados por el empresario. Antes bien, nos podemos encontrar ante situaciones que no presuponen ningún comportamiento culpable del empleador pero que colocan al trabajador en una situación que es gravosa para sus intereses, facultándole a optar –también indemnizadamente- por la desaparición del vínculo (así, en los supuestos de traslado⁶⁹⁶ o modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁶⁹⁷).

Sin embargo, sin restar un ápice de importancia a cada una de las manifestaciones anteriores, surge con fuerza e idiosincrasia propia una posibilidad extintiva del trabajador que no tiene parangón con las que ostenta el empresario. Nos referimos a la dimisión⁶⁹⁸.

Estamos ahora frente a un acto de desistimiento puro, en el sentido de acausal. El trabajador, sin necesidad de que confluja circunstancia alguna que le habilite y sin acudir a la jurisdicción laboral -a diferencia de lo acontecido con el “despido indirecto”⁶⁹⁹- podrá finalizar el vínculo sustentándose tal facultad en el derecho a la libertad del trabajo constitucionalmente consagrado en el artículo 35 de la Constitución Española y que legalmente se plasma en el art.49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores. El principio de conservación del empleo actúa unidireccionalmente: solo a favor del trabajador; en la dimisión “se erige el principio de libertad personal, que comporta plena libertad de extinción unilateral por parte del trabajador, al que no se le puede exigir causa justificativa para dar por resuelto el contrato de trabajo”⁷⁰⁰.

⁶⁹⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1997 (RJ 1997/3047) señala cómo los orígenes de la denominada posteriormente “dimisión extraordinaria” se remonta al Real Decreto 23 agosto 1926 (art.22), incluyéndose en el art. 89 de la Ley del Contrato de Trabajo de 26 enero 1944, más adelante en el art. 21.2 de la Ley 16/1976, de 8 abril de Relaciones Laborales y posteriormente en el art.50 del Estatuto de los Trabajadores

⁶⁹⁶ Art.40 Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁹⁷ Art.41 Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁹⁸ Art.49.1.d) Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁹⁹ Término empleado para referirse a las facultades extintivas consagradas en el art.50 ET por CEINOS SUÁREZ, A.: *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2008, pág. 85; la expresión “despido indirecto” es reflejada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1.982, (RJ 1982/4636).

⁷⁰⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, op.cit., pág. 618.

11.3.-La facultad extintiva durante el período de prueba.-

11.3.1.-El marco legal.-

La voluntad extintiva que entraña el período de prueba queda inmersa bajo la causa b) del art.49 del Estatuto de los Trabajadores, siendo concebida como una cláusula libremente acordada por las partes. No obstante, en este apartado trataremos de hacer referencia a la calificación jurídica que ha de otorgársele al acto de extinción que unilateralmente puede promover una de las contratantes.

La referencia textual contenida en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores a dos conceptos jurídicamente diferentes – resolución y desistimiento- para referirse a la posibilidad extintiva que ostenta cada una de las partes contractuales mediando la prueba, consigue provocar en el lector un alto grado de confusión, obligándonos a detenernos ante estas dos realidades jurídicas a fin de tratar de delimitarlas y procurar concluir ante qué tipo de situación extintiva nos encontramos cuando las partes promueven la desaparición del vínculo laboral.

Reproduzcamos literalmente el precepto en lo que hace a este aspecto (la cursiva es nuestra):

Art.14.2: “Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones... excepto los derivados de la *resolución* de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso”.

Art.14.3: “Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el *desistimiento...*”.

Esta incertidumbre provocada por un legislador que emplea términos jurídicos autónomos como si fueran sinónimos, ya ha sido puesta de manifiesto por nuestra doctrina. Así, DE VAL quien enuncia que “la resolución y el desistimiento determinan una capacidad extintiva de las partes diversa en su fundamentación y en sus efectos⁷⁰¹”.

Esta situación de lamentable confusión no es una herencia de la normativa anterior. Por el contrario, en sus orígenes, la Ley de Relaciones Laborales cuando alude a la facultad extintiva que se podía desplegar durante la prueba empleaba únicamente el término de desistimiento, mas con la aparición del Estatuto de los Trabajadores de 1980 al concepto de desistimiento se le añade el de

⁷⁰¹ RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)* Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 111.

resolución para hacer referencia a una misma realidad. Desde entonces y hasta la fecha se emplean ambos términos, lo que introduce considerables dosis de confusión en el lector.

De cualquier manera, y dado que nuestra normativa laboral no descende a precisar qué hemos de entender por "resolución", se hace necesario de nuevo acudir al Derecho Civil, partiendo del entendimiento de que tanto la resolución como el desistimiento se refieren a las prerrogativas extintivas que poseen los contratantes.

Gracias al aporte de la doctrina civilista podemos saber que el primer presupuesto para que opere el efecto jurídico de la resolución es que nos encontremos ante una relación que establezca obligaciones recíprocas. En nuestro caso es claro que la calificación del vínculo entra de lleno en esta categoría: el trabajador está obligado a prestar servicios y básicamente el empresario le deberá abonar el salario por ello.

La segunda circunstancia que se requiere para hablar con propiedad de "resolución" es que se produzca el incumplimiento contractual de una de las partes⁷⁰², entendido este como una reticencia a cumplir con las obligaciones asumidas. Esta omisión de sus deberes es lo que faculta a la otra contratante a instar la extinción del vínculo (ex art.1.124 del Código Civil) y se erige de esta forma en el signo distintivo con respecto de otras situaciones que generan la terminación de la relación.

Esta circunstancia la diferencia de otras formas de extinción - como pudiera ser la finalización del plazo o término inicialmente convenido o el cumplimiento de la condición resolutoria-, en las que el fin de la vida contractual se ocasiona como consecuencia de la aparición del hecho que el propio contrato ha señalado para desplegar este efecto.

No obstante, la resolución también se puede producir aun cuando no haya habido incumplimiento, pero sí existe una razón que imposibilita la continuidad en la ejecución del contrato. Civilmente, esta situación se reconduce a la concurrencia del caso fortuito y la

⁷⁰² Por más reciente, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6406): *"El presupuesto esencial de la resolución es el incumplimiento de la obligación por una parte y el cumplimiento por la otra, ello en sendas obligaciones sinalagmáticas o recíprocas, como lo son las derivadas del contrato de compraventa. Aquel incumplimiento implica la frustración del fin del contrato, concepto objetivo que defiere del subjetivo atinente a la voluntad rebelde del deudor; sentencias de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009/525), 13 febrero 2009, 30 octubre 2009, 10 junio 2010, sentencias que emplea estas mismas palabras. Incluso concurre este presupuesto si se da por razón de una imposibilidad sobrevenida, como dice la sentencia de 9 octubre 2006 en cuyo caso se excluye la indemnización de daños y perjuicios, sentencia que cita otras muchas anteriores. Presupuesto que lleva consigo el que sea esencial, grave y definitivo"*.

fuerza mayor. Estos dos supuestos, al no posibilitar objetivamente el cumplimiento de lo acordado facultan a la finalización del contrato.

Nuestra doctrina laboral no se sitúa al margen de la problemática y entendimiento del concepto de "resolución". Así, BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ⁷⁰³ escinde conceptos próximos entre sí y manifiesta que "La resolución es una forma de ineficacia del contrato, en la que se constata una desigualdad o una grave desproporción en las prestaciones de ambas partes. Frente a otros supuestos de ineficacia contractual (como la revocación o la rescisión) la resolución adquiere especial relevancia en la configuración de la estabilidad en el empleo, especialmente, porque en la ineficacia del contrato no ha intervenido la voluntad conjunta de las partes – inicial o sobrevenida - (lo que lo distingue de la revocación) y porque se refiere a circunstancias que no estaban presentes en el momento de conclusión del contrato (que lo diferencia de la rescisión), convirtiéndola en el supuesto de ineficacia más importante y numeroso".

De ahí que necesariamente la resolución haya de estar "motivada y las circunstancias que pueden provocarla son: incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad."⁷⁰⁴

Para cerrar este esquema de la resolución, hay que señalar que no se hace preciso acudir a la vía judicial a fin de hacer valer la extinción (con independencia de los posibles litigios que se pudieran derivar cuando las partes no se aquietan a la extinción).

Situémonos en el plano laboral y específicamente en la extinción durante la prueba. La extinción no se produce con ocasión a fuerza mayor o caso fortuito, pues el artículo 14 no condiciona a la concurrencia de tales determinaciones, así que, ¿estamos ante una resolución por incumplimiento de la parte afectada por la decisión de finalización?.

Pasemos ahora a examinar la segunda categoría: el desistimiento y como, de nuevo, la rama laboral no nos facilita concepto alguno, se hace necesario acudir al Derecho Civil.

La facultad del ejercicio del derecho de desistimiento consiste en una declaración unilateral de voluntad que permite a una o a ambas partes del contrato finalizar la relación obligatoria mediante la mera emisión de su voluntad. Así, para dar por terminado el vínculo no se hace precisa la concurrencia de causa alguna, bastando con

⁷⁰³ BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: "Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo", op.cit., pág.1.

⁷⁰⁴ *Ibidem*.

que la parte exprese únicamente su deseo de desligarse del lazo anterior.

La declaración de voluntad que se emplea para expresar el desistimiento tiene -empero- carácter recepticio, lo que supone que necesariamente se haya de dirigir al otro sujeto para que despliegue los efectos extintivos perseguidos por el emisor. Solo irradiará las consecuencias queridas en la medida en la que la parte afectada conoce de la decisión libremente tomada por el otro contratante, lo que de otro lado también supone que los efectos extintivos se desplieguen desde el momento en que es conocida la decisión de extinción por la contraparte.

No obstante este concepto, se ha de partir ineludiblemente del art.1.256 del Código Civil que establece precisamente la regla contraria: la imposibilidad de que la validez y el cumplimiento de los contratos se dejen al arbitrio de uno de los contratantes. Esta es la norma general; el desistimiento como excepción que se reconoce una vez puesta de manifiesto la necesidad de acoger determinados supuestos en los que se va a conceder relevancia jurídica a la voluntad extintiva de una sola de las partes (así, v.gr., artículos 1594, 1705 o 1732 del Código Civil), sin que de otro lado se produzca un quebranto relevante en la máxima inspiradora⁷⁰⁵.

De cualquier modo, cuando nos encontramos ante un principio con tanta fuerza como es el que recoge el art.1.276 del Código Civil, surge la siguiente pregunta. ¿Cuál es la razón que puede justificar conceder a una sola de las partes la fuerza autónoma para poder desligarse de un contrato que libre y voluntariamente había asumido?. No hemos de dejar de apuntar que el desistimiento no persigue anular un negocio inválido, sino cesar los efectos de un contrato plenamente ajustado a Derecho. Ante este dato incluso es posible que sea el mismo sujeto que otrora provocara el nacimiento del contrato, en un momento ulterior pretenda desasirse del vínculo, a través de esta fórmula de extinción libre.

Históricamente, el desistimiento no es una de las formas ordinarias para explicar la extinción de los contratos, pues el axioma que presidía su entendimiento era el relativo al *pacta sunt servanda*. Esto suponía, ineludiblemente, que aquella modalidad extintiva fuera contemplada con tanto recelo que tan solo era posible su admisión en supuestos excepcionalísimos, lo que de otro lado también explica la

⁷⁰⁵ STS 22 septiembre 1999 (RJA 1999/7265) matiza el alcance del art. 1.256 C.C al establecer que: «El artículo 1.256 se infringe efectivamente si margina la fuerza vinculante de los contratos, al dejar su eficacia y cumplimiento al arbitrio de una de las partes, pero el precepto no impide que se pueda pactar el desistimiento de la relación convenida y ello precisamente no significa ni representa entregar su validez y cumplimiento a uno de los contratantes, sino autorizar para que pueda poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida”.

razón por la que ni tan siquiera se descendiera a su comprensión conceptual como fórmula extintiva de las obligaciones.

La realidad someramente reseñada no se podía predicar en exclusiva de nuestro Derecho español, sino que formaba parte del entendimiento de los ordenamientos jurídicos europeos.

A pesar de la excepcionalidad en torno a la concepción y admisión del desistimiento, con la finalidad de poder mantener cierto grado de seguridad jurídica tanto para las partes como para el propio Sistema, existe una serie de supuestos en los que sí se admite el desistimiento unilateral, incluso aunque la regulación no lo establezca expresamente. Así, DIEZ PICAZO⁷⁰⁶ condiciona la permisividad del desistimiento siempre que en la relación obligatoria se reúnan las siguientes características:

- a. Se trate de un vínculo duradero o de tracto sucesivo.

De esta forma, si el lazo contractual estableciera una obligación de tracto único solo es pensable admitir el desistimiento en las hipótesis en las que clara y expresamente la Ley permita el desistimiento. Este mismo tratamiento ha de dispensársele a las relaciones obligatorias que se difieren en el tiempo pero que, a la postre, constituyen una única obligación aun cuando esta se disgregue en prestaciones sucesivas.

En sus orígenes, se concebía como la posibilidad que ostentaba una de las partes (o las dos) generalmente en referencia a relaciones indefinidas.

- b. En el supuesto de que se trate de una relación intuitu personae, la mera frustración de la confianza que una de las partes había depositado sobre la otra podría erigirse como motivo para finalizar la relación⁷⁰⁷.

Surge de esta manera el desistimiento para aquellas realidades contractuales en las que el pilar sobre las que se edifican ha sido la confianza. Esto es, las cualidades personales de las contratantes fueron las que motivaron la contratación. Así, si se desvanece la confianza se habilita a la parte que ve frustrada sus expectativas la posibilidad de desistirse del vínculo.

⁷⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*. Madrid, Civitas, 2008, págs. 1087-1088.

⁷⁰⁷ Véanse los arts. 1733 y 1736 (contrato de mandato) en el que se concede la facultad de desistimiento al mandante y mandatario; art. 1594 (contrato de obra) el facultado al desistimiento lo será solamente el comitente en el contrato de obra; art. 1755, contrato de depósito.

c. Los efectos que provoca la expresión de voluntad encaminada a poner fin a la relación son *ex nunc*, sin que en ningún caso se puedan retrotraer al comienzo de la relación.

De esta forma, el desistimiento aparece como –CAÑIZARES LASO⁷⁰⁸- una potestad que entra de lleno en la categoría de derechos potestativos, esto es, aquellos que dotan a su titular de la potestad de hacer nacer, determinar el contenido o (y es este el aspecto que a nosotros nos interesa) extinguir una relación por su única y exclusiva voluntad.

De todos los supuestos que se regulan en nuestro ordenamiento común, acaso podría señalarse como nota que comparten todos ellos la posibilidad de ejercer los poderes extintivos sin justificar causa o razón de ningún tipo. De esta forma, la nota que deslinda el concepto de resolución del de desistimiento radica en la exigencia o no del incumplimiento previo de la parte a la que se le comunica la extinción, pues si se exige esa inobservancia de los compromisos contractuales no podremos, en puridad, sostener que estamos frente a un desistimiento.

Empleando las palabras de LUIS DíEZ-PICAZO⁷⁰⁹ el acto de la resolución “no es, sin embargo reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en un supuesto previsto legalmente como causa de resolución” y siendo así ya se observa la no despreciable diferencia con respecto al acto de desistimiento que, ante todo, obedece a una actuación genuinamente libre de la parte que manifiesta su intención de desatarse del vínculo.

El destinatario de la noticia de la extinción nada puede hacer ni para convalidar la decisión de la parte emisora ni para evitar los efectos extintivos que son pretendidos unilateralmente.

Pero aún hay más: para ejercer válidamente el desistimiento ni tan siquiera se requiere que la parte que enuncia su intención de no continuar con la relación se encuentre en una situación de inequidad contractual. Los supuestos de desistimiento no se encuentran legitimados porque la parte tenga que asumir nuevas cargas contractuales que suponen un desequilibrio de los compromisos contractuales inicialmente asumidos, el único requerimiento es que al igual que ocurría con el momento inicial de la contratación, la voluntad extintiva se exprese de forma libre, sin pesar sobre ella vicio alguno que pueda invalidar el consentimiento.

⁷⁰⁸ CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001, pág.52.

⁷⁰⁹ DíEZ -PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, volumen II, El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, Tecnos, 8ª Ed., 1.999, pág.247.

Comparando las dos figuras, trasladando las anteriores aseveraciones al Derecho del Trabajo. La resolución es un acto extintivo no enteramente libre, sino causal, que requiere, de un modo indubitado, cometer una falta grave en el cumplimiento de las obligaciones contractuales⁷¹⁰; por lo tanto, la resolución empresarial se ampararía en una previa prestación defectuosa de trabajo o en un cumplimiento insatisfactorio de la obligación del trabajador. Por el contrario, el desistimiento autoriza a una de las partes de una relación obligatoria a poner fin a la misma por su libre determinación⁷¹¹, de manera que el empresario libremente puede decidir la extinción del vínculo contractual durante la fase de prueba por cualquier causa o, incluso, sin ella.

Descendamos, ahora, al análisis de cada uno de los protagonistas de la extinción durante la prueba.

11.3.2.-La voluntad extintiva del trabajador durante el período de prueba.-

El período de prueba entraña para el trabajador la facultad de promover y conseguir la extinción de la relación laboral, sin que le sean exigibles requisitos adicionales. No estamos, por tanto, ante una situación de previo incumplimiento de la otra parte que faculte al empleado la alternativa de la extinción; basta, por tanto, que exprese su deseo de no continuar con el vínculo para que se produzca el efecto extintivo perseguido.

Por supuesto, el trabajador habrá elucubrado antes de poner fin a la relación y sopesado sus propias razones para tomar la decisión, pero estas son del todo punto irrelevantes desde el punto de vista de los efectos que persigue.

Esa voluntad extintiva provoca efectos inmediatos una vez es conocida por el receptor del mensaje. No es preciso que se aquiete a formalidad alguna, lo que –en la práctica- supone conceder relevancia y efectos al comportamiento del empleado (manifestado expresamente o a través de su conducta) que de forma indubitada hace concluir en que no desea continuar con el vínculo entablado.

Precisamente la ausencia de relevancia de la causa a los efectos extintivos pretendidos, conlleva –a nuestro juicio ineludiblemente- que no podamos contemplar la actuación del trabajador como uno de

⁷¹⁰ DIEZ –PICAZO, L. :“Resolución” en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. IV, Madrid, 1995, pág. 5889.

⁷¹¹ CAPILLA RONCERO, F.: “Desistimiento”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, op.cit., pág. 5889.

los supuestos de resolución contractual. La resolución descansa, en todo caso, en la preexistencia de un motivo jurídicamente relevante.

Con estas pequeñas pinceladas se observa cómo la situación de extinción unilateral del trabajador amparada legalmente en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, en nada difiere de la que el mismo trabajador seguirá ostentando tras la terminación de la prueba. La finalización del período de prueba no supone la desaparición de las facultades extintivas unilaterales que el trabajador seguirá conservando, esta vez al amparo del art.49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Y ello es así porque el último de los artículos mencionados parte de la necesidad de hacer realidad la proscripción de la esclavitud (en la que se podría haber incurrido si hubiese un mecanismo legal que atara al trabajador a la continuidad laboral, a pesar de no quererla) y, en definitiva, a dotar de contenido al art.35 de la Constitución, garantizándose el derecho al trabajo y la libertad en la elección a la profesión (ex art.4.1.a) del Estatuto de los Trabajadores).

Pero si descendemos aún más en la comprensión del instituto dimisorio se puede observar cómo este sitúa al trabajador en una situación privilegiada con respecto al empresario. Este último, forzosa e ineludiblemente, ha de ostentar (prescindiendo de la prueba) de un motivo que además necesariamente tendrá que ser jurídicamente relevante, lo que se traduce en la necesidad de estar expresamente contemplado en el ordenamiento legal, sometiéndose a determinadas formalidades legales.

Por el contrario, la posibilidad de dimisión que tiene el trabajador es del todo punto aformal. No solo porque el empleado no tiene que encontrarse inmerso en una causa legal para poder instar la extinción, sino porque ni tan siquiera se le requerirá que exprese de forma explícita su decisión de extinción. El legislador opta, con la regulación de la dimisión, por proteger decididamente los intereses del trabajador con respecto a los que ostenta el empresario, tratando también en esta sede de corregir la desigualdad inicial de la posición que asumen los contratantes. La dimisión no se escapa del carácter tuitivo al empleado que tiene nuestra norma básica laboral.

Dicho lo anterior, ¿qué ventaja puede aportar al trabajador la decisión de extinción proferida mientras está vigente la prueba?. Si ya se ha reconocido –con independencia del estadio contractual en el que nos encontremos– eficacia jurídica extintiva a la decisión unilateral del trabajador que a través de actos concluyentes denotan su deseo de extinguir, el período de prueba no es más que una reafirmación de esta idea y, en definitiva, de su poder extintivo.

Bien es cierto que analizado el art.49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, se requiere que el trabajador respete el preaviso convencional o consuetudinariamente fijado y esta previsión no está presente en la proclamación extintiva del trabajador que efectúa durante la prueba. Mas, a nuestro juicio, no se debe olvidar que la antelación en la comunicación del trabajador de su decisión de finalización laboral no es un presupuesto bajo el cual se condicione el efecto de extinción que el empleado desea.

La circunstancia de no respetar el plazo de preaviso en los supuestos del art.49.1.d) podrá dar lugar a la asunción de las responsabilidades pecuniarias en las que el trabajador incurra. Su conducta intempestiva podrá suponer que tenga que asumir los daños que ha provocado en el patrimonio empresarial, pero desde luego lo que no se podrá pretender es restaurar el vínculo que ya ha finalizado por la mera decisión del trabajador y del que ni tan siquiera cabe la retractación ulterior. La dimisión, por falta de preaviso, no podrá ser considerada nula a diferencia de lo que podría ocurrir con las posibilidades extintivas unilaterales que ostenta el empresario.

De igual modo, y tal como veremos más adelante, el ordenamiento no impide que las partes a la hora de fijar el período de prueba puedan también prever la necesidad de preaviso y, en este caso, la confusión que existe entre la extinción durante el período de prueba y la que se ejercita por el trabajador una vez superado este es ostensible. Así, en estas situaciones se ve aún más claramente cómo el acto de extinción durante la prueba no es más que una plasmación del derecho de dimisión que el trabajador tiene por la mera circunstancia de ser prestador de servicios.

Por todo ello, entendemos que cuando el trabajador extingue la relación durante la prueba realmente está plasmando su voluntad de dimisión, toda vez que esta ha sido concebida atendiendo a la finalidad clara de garantizar al trabajador su libertad en el empleo y por esta razón caben bajo el art.49.1d) distintas expresiones extintivas de la voluntad del trabajador.

Claro para nosotros es que la decisión que alcanza el trabajador de extinguir el vínculo laboral no podemos considerarla como un supuesto de resolución, sino como una manifestación de su voluntad dimisoria. Pero ¿dónde encuadramos a la dimisión?.

11.3.3.-La voluntad extintiva del empresario durante el período de prueba.-

Las posibilidades a la hora de calificar al acto que tiende a abolir el nexo laboral cuando parte de la iniciativa del empresario ha

suscitado gran interés y polémica entre nuestra ciencia doctrinal, la cual reconduce las opciones a dos: o bien entender que nos encontramos ante un despido o que estamos frente a un acto de desistimiento.

a. La facultad extintiva empresarial durante la prueba como despido.-

Este análisis parte de la propia concepción del acto de despido. MARTÍN VALVERDE⁷¹² exponía resumidamente las distintas visiones doctrinales en torno al entendimiento y conceptualización del acto de despido. De un lado, nos encontramos con autores que defienden una comprensión restrictiva de esta facultad extintiva circunscribiéndolo a las posibilidades de finalización que emanan del empresario ante un incumplimiento previo del trabajador. Junto a esta concepción, existe otra que mantiene una perspectiva más amplia del concepto de despido considerando que estamos frente a este cuando nos encontremos en presencia de un "acto unilateral del empleador que tiene por efecto constitutivo la extinción para el futuro de la relación de trabajo" (ALONSO OLEA⁷¹³, BAYON CHACON-PEREZ BOTIJA o RODRÍGUEZ PIÑERO).

La diferencia que marca la doctrina es radical. La concepción más restrictiva parte de la premisa de que el despido está directamente vinculado con la inobservancia anterior del trabajador de sus obligaciones laborales, mas desde una perspectiva más amplia bajo la categoría jurídica de despido habría que agrupar a todas y cada una de las fórmulas extintivas, con la única condición de que partan de la voluntad empresarial.

De entre las posibilidades antes expuestas, MARTÍN VALVERDE se inclina por defender un entendimiento extenso del concepto de despido, por ser esta visión más adecuada a lo que denomina "concepto legal y usual"⁷¹⁴ del término. El "aglutinante" de todas las formas de extinción procuradas por el empresario descansa en el "interés (de) conservación del puesto de trabajo"⁷¹⁵.

Así, según este autor –y por supuesto con matices- se observa cómo en todas las manifestaciones concretas de finalización que parten del empresario exigen de la constancia de un "motivo de cierta

⁷¹² MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.269.

⁷¹³ Así, ALONSO OLEA, M.: *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, op. cit., pág. 9, lo calificó como "acto unilateral del empleador que tiene por efecto constitutivo la extinción para el futuro de la relación de trabajo". En definitiva, todo acto extintivo que parte del empresario es despido. STS –DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.161, nota 405 - de 30 de marzo de 1995, Ar. 2352.

⁷¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 270.

⁷¹⁵ *Ibidem*, pág.271.

gravedad para que dicha extinción esté jurídicamente justificada, y la exigencia de garantías formales que tamicen los actos extintivos y faciliten la defensa procesal frente a los mismos.”⁷¹⁶

A partir de ahí, realiza todo un examen de la institución de resolución típica del Derecho Civil, en la que concluye en la falta de asimilación entre el despido y la resolución, básicamente por la necesidad de acudir a la vía judicial para que la resolución produzca efectos y por la imposibilidad manifiesta de reconducir los supuestos de despido improcedente a la categoría genérica de resolución (al no existir la causa de la extinción).

De esta forma, MARTÍN VALVERDE descarta que el despido sea un acto de resolución. Por el contrario, postula que estamos ante un acto de desistimiento, sin que sea óbice para su consideración la previsión ab initio de la finalización de la relación laboral. La conclusión es que configura el acto de terminación que se puede producir durante la prueba como causal, señalando que la razón para poner fin a la relación laboral en este intervalo es la insatisfactoriedad del experimento.

La diferencia más sobresaliente entre el acto de extinción durante la prueba y el despido que se produce en otros estadios contractuales hace referencia al onus probandi. La extinción del contrato durante la prueba por parte del empresario revela una apariencia de realidad de que ha sido el trabajador el que no era idóneo para la ocupación contratada, debiendo ser el empleado el que advere en el procedimiento judicial correspondiente que esta presunción carece de una sólida base. Aquí radica la importante diferencia con respecto a la carga probatoria a desplegar en un procedimiento de despido stricto sensu.

Concluyendo, para este autor, la extinción durante la prueba es despido y todo despido es un acto de desistimiento causal⁷¹⁷. Por su parte, MONTOYA MELGAR también identifica desistimiento con despido y precisa que aquel debe fundarse en justas causas⁷¹⁸.

La conclusión a la que llega DE VAL es diametralmente opuesta. “A pesar del esfuerzo doctrinal, no es admisible identificar la facultad

⁷¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit. pág.271.

⁷¹⁷ *Ibidem*, pág.265. “También, a nuestro juicio, aunque la cuestión no es pacífica, es el desistimiento y no la resolución el molde conceptual donde encajan los distintos tipos de despido... al menos mientras se permita la ejecutividad inmediata de los mismos y no se reconozca plenamente un derecho a la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo...” Más adelante, el mismo autor, en página 276, afirma que el acto de extinción del contrato de trabajo a prueba por voluntad del empleador es un acto de desistimiento, esto es, de ejercicio extrajudicial de una facultad unilateral de extinción de un contrato duradero.

⁷¹⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.523.

resolutoria otorgada al empresario mientras transcurre la prueba con la institución del despido. La ley elude intencionadamente la utilización del término despido al instituir esta forma de extinción contractual⁷¹⁹; alude en efecto, a “la resolución de la relación laboral por cualquiera de las partes” o al “desistimiento”. Ciertamente, al referirse en estos términos equívocos a la facultad de extinguir unilateralmente la relación laboral durante la prueba, el legislador introduce cierta confusión, en tanto la resolución y el desistimiento determinan una capacidad extintiva de las partes diversa en su fundamentación y en sus efectos⁷²⁰. La resolución es un acto extintivo no enteramente libre, sino causal, que requiere, de un modo indubitado, cometer una falta grave en el cumplimiento de las obligaciones contractuales⁷²¹; por lo tanto, la resolución empresarial se ampararía en una previa prestación defectuosa de trabajo o en un cumplimiento insatisfactorio de la obligación del trabajador. Por el contrario, el desistimiento autoriza a una de las partes de una relación obligatoria a poner fin a la misma por su libre determinación⁷²², de manera que el empresario libremente puede decidir la extinción del vínculo contractual durante la fase de prueba por cualquier causa o, incluso, sin ella.

La necesidad, a nuestro juicio, de identificar al despido como extinción causal del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, nos impide poder ver en el acto de finalización durante la prueba un genuino acto de despido aun cuando “ Existe una enorme similitud entre la extinción con ocasión del período de prueba y el despido; ambas tienen en común la mayoría de los elementos definitorios; una y otra suponen una facultad resolutoria ejercida por voluntad unilateral del empleador, que se formaliza por medio de un negocio unilateral recepticio. Pero existe un componente que los diferencia, dándose el dato de que éste es concluyente y decisivo: la causalidad de la ruptura contractual”⁷²³. En definitiva, seguimos en este punto a GORELLI HERNANDEZ⁷²⁴ “Entendemos que la lógica jurídica más adecuada para el despido sería la de una resolución contractual: el ordenamiento establece la causalidad como principio básico, de modo que sólo se producirá la extinción del contrato de trabajo cuando se produce un despido basado en una justa causa”. Así, el despido sí es un acto de resolución por cuanto ha de

⁷¹⁹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.163, nota 415: “Así lo ha destacado CRUZ VILLALÓN, J “Problemas prácticos del período de prueba,” cit. Pág. 207”.

⁷²⁰ RODRÍGUEZ MARÍN, C. *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)* op.cit., pág. 111.

⁷²¹ DIEZ –PICAZO, L.: “Resolución” en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. IV, Madrid, 1995, pág. 5889.

⁷²² CAPILLA RONCERO, F., “Desistimiento”, idem nota anterior, pág. 5889.

⁷²³ CRUZ VILLALÓN, J.: “Problemas prácticos del período de prueba”, op.cit., pág.208.

⁷²⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito”. *Monografías de Temas Laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, pág.30.

descansarse en una justa causa, y todo ello aun cuando la evolución normativa de la figura haya ido acercando a esta al desistimiento.

En atención a este último argumento, la necesidad de que el despido sea causal, se alzan –junto a MARTÍN VALVERDE- voces partidarias de considerar que la extinción durante la prueba también goza de ese componente de causalidad, consistiendo este en el resultado insatisfactorio de la prueba.

El resumen de estas palabras creemos queda reflejado en la afirmación siguiente. “Pero ello no quiere decir que el despido durante el período de prueba quede descausalizado”⁷²⁵.

Un dato a destacar. La extinción del contrato se ha casualizado, la trascendencia jurídica de la emisión de la voluntad extintiva empresarial no se alcanza por si sola, sino que –en atención a los criterios expuestos- precisa estar vinculada a una razón, a una causa justa.

La primera consecuencia de aquella tesis es que la prueba está al servicio única y exclusivamente de la comprobación de la faceta meramente profesional, “... identificando la falta de aptitud y/o adaptación del trabajador al trabajo contratado como causa específica de despido en la fase de prueba”⁷²⁶... No obstante, la valoración del rendimiento se llevaría a cabo con un criterio flexible⁷²⁷, en tanto el cumplimiento del nivel exigido sería distinto al de un trabajador no sometido a prueba”. El fundamento de esta tesis se encontraría (DE

⁷²⁵ RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M.: “El período de prueba (en torno al artículo 14)”, op.cit., pág.477. Emplea también el concepto de “despido” para referirse al acto de extinción empresarial durante el período de prueba MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.529. Completa su discurso afirmando que el “despido del trabajador durante el contrato de prueba no procede per arbitrium merum del empresario sino que debe fundarse en causas justas”.

⁷²⁶ Así lo afirma MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 282, citado por DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., nota 407.

⁷²⁷ PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, op.cit., nota 408, págs. 42 y 43, señala que “precisamente este criterio, el de la flexibilidad, el que ha de servir para diferenciar las causas de extinción del c. de trabajo durante y con ocasión del período de prueba de otros modos de extinción que tengan una relación directa con el rendimiento del trabajador, sea voluntario o involuntario (despido disciplinario y objetivo por las causas a), b) y d) del art.52 LET) en el sentido de que las causas que pueden motivar aquél no están legal ni objetivamente tasadas, por lo que la facultad resolutoria empresarial puede ejercitarse en el ámbito de una esfera mucho más amplia que aquella en la que pueden actuar el despido disciplinario y objetivo”, la misma autora en págs.30 a 33.; MARTIN VALVERDE, A.: “Período de prueba” en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T.III, Madrid, 1995, pág. 4848, introduce una modificación trascendente en su posición inicial, afirmando que “a diferencia de lo que ocurre en la relación de trabajo que ha superado el período de prueba, el empresario no tiene necesidad en la extinción del contrato de trabajo durante su transcurso de alegar y acreditar la existencia de causa justificada de la decisión extintiva. Pero este muy amplio margen de la extinción del contrato de trabajo a prueba tiene el límite, de acuerdo con la jurisprudencia, del abuso de derecho o fraude de ley, y del respeto a los derechos fundamentales del trabajador”; BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El período de prueba”, op. cit., pág. 78.

VAL⁷²⁸) en el principio de estabilidad en el empleo y en evitar “la utilización desviada del instituto”.

Siguiendo con aquella línea de pensamiento FERNÁNDEZ MÁRQUEZ aboga por una extinción causalizada, de tal forma que en los supuestos en que no existiera causa para la finalización, la terminación sería ilícita⁷²⁹.

No parece admisible, no obstante, asimilar la extinción empresarial durante la prueba a despido y creemos que hay bastantes argumentos que así lo avalan.

De un lado, porque “La ley elude intencionadamente la utilización del término despido al instituir esta forma de extinción contractual⁷³⁰”. Entendemos la figura del despido como resolución, como incumplimiento de las obligaciones contractuales, pues solo así se es respetuoso con la concepción jurídica del término.

El segundo argumento -a nuestro juicio- por el que no es posible la asimilación, es porque de admitir que estamos ante un despido por resultado insatisfactorio de la prueba tendríamos que exportar todas las garantías previstas para el despido, al menos en tanto en cuanto no fueran incompatibles con la concepción del período de prueba⁷³¹, y sobre todo, y acaso lo más relevante, que el despido ineludiblemente presupone un acto culpable del trabajador (despido disciplinario) o la concurrencia de una serie de presupuestos legales en donde descansan las posibilidades extintivas empresariales (despido objetivo). Entendemos que ni una ni otra es la situación en la que nos encontramos cuando finaliza la relación mientras pende el período de prueba.

⁷²⁸ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.160 y pág. 161.

⁷²⁹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., TOL4.143.428, descartando la posibilidad de llevar a cabo un cese basado en un “juicio personalísimo e intransferible de desconfianza en el trabajador por parte de la empresa”. Concluye con la necesidad de que el período de prueba, el cese durante el mismo, se asimile a un despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

⁷³⁰ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 163 siguiendo a CRUZ VILLALÓN, J.: “Problemas prácticos del período de prueba,” op.cit., pág. 207. Este último autor en *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 137: “La Ley elude intencionadamente utilizar el término “despido” al establecer esta facultad resolutoria, precisamente porque no lo es, sino que se trata de un desistimiento en el sentido técnico del término”. Recoge esta idea la STSJ Andalucía de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50800).

⁷³¹ STC de 16 de octubre de 1984 (RTC 1984/94): sistema diferente al despido. Las “reglas y principios no le son aplicables y que se manifiesta en la falta de necesidad de motivación”. Sentencia del TSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50800). Concretamente, señala la Sala que sería de aplicación la exigencia de forma para la comunicación de la extinción y la necesidad de alegar una causa que motive y legitime la finalización pretendida. El TSJ descarta que entre de lleno en esta categoría. Afirma que el legislador ha obviado intencionadamente referirse al despido cuando habla de la extinción durante este lapso temporal.

No existe incumplimiento del trabajador porque el artículo reiterado no condiciona la extinción a que este exista y no parece que esta omisión a la falta de observación de los deberes laborales haya obedecido a un olvido de nuestro legislador, por cuanto ha extremado las cautelas cuando sí alude a los comportamientos culpables que generan el despido del que nos habla el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores.

La claridad con la que se expresa el artículo 14 nos parece diáfana: "la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso". El precepto no condiciona esta extinción a ninguna circunstancia (a diferencia de lo que sí ocurre con el despido).

Pero es que, además, en el supuesto de que entendiéramos que el cese durante la prueba tendría que ser ante todo justificado, basado en una causa, no entendemos qué puede aportar el instituto probatorio a las genéricas posibilidades de despido que ostenta el empresario. El lógico e histórico recelo a la finalización de la relación laboral cuando parte de la voluntad del empresario ha de reservarse - en los supuestos de que aquella se produzca durante la prueba, y siempre a nuestro juicio- a la posibilidad que siempre tiene el trabajador de acreditar el fraude de ley, abuso de derecho o lesión de derechos fundamentales que, sin servir de causalización de la figura jurídica de la prueba, consiguen salvaguardar los intereses de la parte más débil.

Esta es la circunstancia que escinde la figura de la extinción durante la prueba de la que se ha calificado como despido. Por supuesto el empresario pone fin a la relación laboral durante la prueba por un motivo, pero este es irrelevante. La falta de superación del período probatorio puede producirse por razones muy diferentes entre sí; una de ellas podrá estribar en la falta de adaptación del trabajador a la empresa. No obstante, este argumento en absoluto fundamentaría un despido (a menos que se muestre la relación indubitada entre esta conducta y la disminución de rendimiento o trasgresión de buena fe, circunstancias estas que se nos antojan, cuando menos, harto complejas). Así pues, el despido se concibe como sanción y esta circunstancia no es predicable del período de prueba.

Pero, con lógica se nos podría objetar que el término despido no alude a una única realidad, sino que también puede referirse a la extinción objetiva que no se concibe como respuesta a un previo comportamiento infractor del trabajador. En este punto, efectivamente esta extinción no participa de los elementos que rodean el entendimiento de la resolución contractual, al no presuponer un incumplimiento de parte. No obstante, en las hipótesis

de despido objetivo existe una lista de comportamientos o situaciones que funcionan como *numerus clausus*, y solo cuando concurren los supuestos tasados en la ley se podrá acudir a la vía del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Es una extinción, ante todo, causal.

Estas circunstancias no se pueden proyectar a la prueba y tampoco existe una identidad de razón entre las dos instituciones de extinción que nos permitan a hablar de despido durante la prueba.

Esto es, despido es un acto empresarial eminentemente causal, tanto que si finalmente el trabajador no estuviera conforme con los motivos que han de explicitarse necesariamente en la carta de despido, se produce una peculiar distribución de la carga probatoria por medio de la cual el empresario habrá de acreditar la realidad de la concurrencia de las causas que un momento precedente expresara.

La realidad judicial niega con rotundidad la equiparación con el despido⁷³². Para ello baste con observar los términos bajo los cuales se expresa el Tribunal Constitucional quien, en Sentencia 119/2014, de 16 de julio manifiesta que: *"...conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (a la que este Tribunal ha tenido ocasión de referirse en la STC 173/2013, de 10 de octubre, FJ 4), el desistimiento durante el período de prueba no constituye un despido, sino la plasmación, a través de una declaración de voluntad, de una condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato"*.

No obstante, en ocasiones se incurre en el en el desliz de aludir al despido como efecto de la extinción⁷³³, e incluso aparece algún

⁷³²En idéntico sentido: STS de 16 de abril de 1985, RJ 1985/1874: *"no es equivalente al despido"* cita STS de 16 de julio de 1982, RJ 1982/4632 y 3 de mayo de 1983 (sin referencia); STS de 6 de noviembre de 1986, RJ 1986/6289; STS de 3 de diciembre de 1987, RJ 1987/8821; STS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9088); STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7146); STS de 14 de julio de 1987 (RJ 1987/5367); STS de 18 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6469); STS de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4973); STS de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983/521); STS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012/9598); STSJ La Rioja de 31 de diciembre de 1992 (AS 1992/6009); STSJ Castilla y León de 10 de diciembre de 1996 (AS 1996/4660); STSJ Madrid de 10 de septiembre de 1997 (AS 1997/3240); STSJ Castilla y León de 29 de junio de 1998 (AS 1998/6316): *"la extinción del contrato durante el período de prueba no equivale a despido causal fundado en una serie de motivos tasados"*; STSJ Cantabria de 1 de abril de 1999 (AS 1999/2025); STSJ Cantabria de 1 de abril de 1999 (AS 1999/2025); STSJ Galicia de 27 de mayo de 1999 (AS 1999/5413); STSJ Cataluña de 18 de septiembre de 2000 (AS 2000/2791); STSJ P. Vasco de 29 de octubre de 2003 (JUR 2003/151155); STSJ de Castilla La Mancha de 7 de septiembre de 2005 (AS 2005/2954); STSJ Cataluña de 18 de septiembre de 2007 (JUR 2007/335146); STSJ Madrid de 11 de septiembre de 2007 (JUR 2007/364017); STSJ Murcia de 23 de abril de 2007 (JUR 2007/242366): es una "resolución" no un despido; STSJ Madrid de 23 de marzo de 2009 (JUR 2009/346220); STSJ Cataluña de 13 d julio de 2011 (AS 2011/2457); STSJ Cataluña de 20 de abril de 2012 (AS 2012/1719).

⁷³³ Véase STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2002 (AS 2002/1441); Sentencia del TSJ de Cataluña de 27 de enero de 2010 (JUR 2010/158852): Si se lee con detenimiento la sentencia impugnada, el Juzgado del primer nivel jurisdiccional consideró que la causa alegada por la empresa para *"despedir"* -la no superación del período de prueba-. En el mismo sentido, STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2009

pronunciamiento aislado que inventa categorías jurídicas a fin de explicar la institución⁷³⁴.

El período de prueba confiere un singular régimen de extinción. El empresario no tiene que alegar una causa para que válidamente se considere que la extinción fue “procedente”, ni tan siquiera –aun cuando este tema será más profundamente tratado en un momento posterior- se requiere que la decisión empresarial sea expresada de una forma determinada y en concreto plasmada en una carta de despido (o extinción).

Estas circunstancias chocan diametralmente con el entendimiento de la extinción durante el período de prueba como despido⁷³⁵.

A nuestro juicio despido y desistimiento no aluden a la misma realidad. El despido, disciplinario, pertenece a una de las causas de resolución contractuales que se fundamenta en el incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del trabajador. El desistimiento – que se podrá predicar tanto de la extinción del período de prueba como del genérico derecho de dimisión del trabajador- no es un supuesto que se pueda englobar bajo la categoría jurídica de resolución, toda vez que no presupone ya no solo una inobservancia de los deberes que pesan sobre el trabajador sino ni tan siquiera una valoración negativa sobre el cometido propio de su trabajo.

(JUR 2010/115884), “...lo cierto es que fue despedida dentro del período de prueba”; STSJ Madrid de 23 de octubre de 2009 (AS 2009/2989) (antecedente de hecho primero: “el salario que recibía en el momento del despido”, antecedente de hecho segundo: “...recibió carta de despido”, fundamento de derecho quinto: “...la carta de despido”; STSJ Castilla La Mancha de 2 de mayo de 2007 (JUR 2007/344693) alude a que se le entregó la carta de despido; STSJ Cataluña de 18 de julio de 2006 (JUR 2007/71124) ; STSJ Cataluña de 6 de febrero de 2006, AS 2006/1914 “ se trata de una trabajadora... despedida en período de prueba”.

Hasta el propio Tribunal Supremo, en ocasiones, recoge el término “despido” para referirse a la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba, así Sentencia del TS de 23 de noviembre de 2009 (RJ 2009/7761, Fundamento de Derecho Primero): STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7146): “siendo despedido por comunicación escrita por entender que no había superado el período de prueba”.

⁷³⁴ STSJ País Vasco de 25 de enero de 2005 (AS 2005/637): lo configura como “una causa específica de extinción”; STSJ Madrid de 23 de junio de 2008 (JUR 2008/283441) nos habla de “resolución *ad nutum*”. Entendemos que si existe resolución esta no puede ser sin causa, por cuanto el elemento definitorio de la extinción por resolución es el incumplimiento o la inmersión en las causas legales; STSJ Madrid de 22 de diciembre de 2011 (AS 2012/154): “despido atípico”.

⁷³⁵ Voto particular contenido en Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 (RJ 2012/9598): “Las diferencias con el despido, tanto objetivo, como disciplinario, se revelan sustanciales. Mientras que en esos dos supuestos de extinción por decisión unilateral del empleador la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la extinción, la terminación de la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa. Puede afirmarse que el periodo de prueba supone una excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario, pues durante su vigencia se produce una clara atenuación de la misma.”; STSJ de Madrid de 18 de julio de 2012 (JUR 2012/286265): “la extinción de la relación durante el período de prueba no es equivalente a despido”.

Es peligroso aceptar la equiparación, por cuanto corremos el riesgo de fundamentar la institución del despido en la misma causa que la prueba, y a nuestro juicio la base que motiva el entendimiento y concepción legal del despido (estabilidad en el trabajo, art.35 Constitución) no es ni mucho menos sobre la que se asienta la prueba (principio de libertad de empresa art. 38 de la Constitución)⁷³⁶.

Los supuestos de resolución contractual afectan a la esfera netamente laboral del trabajador; se refieren a su dimensión de genuino trabajador. Las conductas meramente personales que no se irradian a la esfera profesional carecen de trascendencia y virtualidad práctica a la hora de poder proceder ajustadamente al despido.

Desde el principio hemos sostenido que el período de prueba no solo atendía a la probanza de cualidades profesionales del trabajador, sino que durante este especial lapso se tenía la oportunidad (el empresario) de comprobar cuál era el encaje del trabajador en la organización empresarial. Si mantenemos esta postura, no podemos ver la similitud entre el despido (referido al disciplinario) y la extinción durante la prueba.

Al no concebirse como acto de despido, la forma bajo la cual se procura la extinción no ha de acomodarse a los requisitos señalados en el art.55 del Estatuto de los Trabajadores⁷³⁷.

A salvo queda también la plena aplicación del plazo de caducidad señalado para el acto de despido cuando el trabajador pretende reclamar ante la extinción protagonizada por su empresario bajo la cobertura formal del período de prueba, siendo el procedimiento adecuado para afrontar esta pretensión el genérico aplicable para accionar contra una medida de despido.

11.3.4.-El desistimiento durante el período de prueba.-

Anunciábamos con anterioridad que, a nuestro juicio, la voluntad de finalización de la unión laboral promovida por el trabajador formaba parte de la genérica posibilidad extintiva que concede el derecho a la dimisión. De otro lado, hemos negado que las potestades tendentes a procurar la muerte de la relación laboral que tiene el empresario durante la prueba puedan calificarse genéricamente como resolución y, específicamente, como despido.

⁷³⁶ Parece no ser de nuestra opinión: STSJ Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004/2287): “Por ello, y teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento no cabe el despido *ad nutum*, y ello es una manifestación del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la Constitución, es preciso reconocer un límite a esta libre extinción admitida en el período de prueba”.

⁷³⁷ Expresamente recordado en STSJ Cataluña de 20 de abril de 2012 (AS 2012/1719).

Así pues, ¿bajo qué categoría jurídica extintiva quedarían englobadas?

A nuestro juicio, el desistimiento es la categoría jurídica que explica el acto de extinción durante la prueba tanto si la finalización es promovida por el trabajador como si quien la insta es el empresario.

Esta afirmación la hacemos partiendo del convencimiento de que el contrato al que se pone fin a través de esta especial forma de finalización es perfecto, válido desde su origen, sin estar sometido a condición suspensiva alguna o diferir su validez en el tiempo. No es el cumplimiento de la condición lo que provoca el cercenamiento de la relación, sino el deseo expresado en este sentido de cualquiera de las dos partes contractuales; de ahí que estemos ante un tipo de "ineficacia provocada" (DÍEZ PICAZO⁷³⁸) o "ineficacia posterior o sobrevenida" (ALBALADEJO⁷³⁹).

El desistimiento es la categoría que permite responder con éxito a la oportunidad que se le concede a las partes contractuales de repensar en el acierto de la primitiva contratación (período de prueba) sin acudir a la heterotutela judicial, observando a la vista de las condiciones reales y prácticas si ese contrato laboral le reporta la utilidad que en un principio creyó le aportaría.

Posteriormente, el acto de desistimiento logrará que la parte más débil en el contrato pueda garantizar su libertad frente a la otra contratante (es lo que ocurre con el ejercicio del derecho a la dimisión) y poder, a la vista de las condiciones de ejecución laboral, decidir en todo momento renovar o no su compromiso prestacional⁷⁴⁰.

De esta forma, el desistimiento, tanto el que se reserva para el trabajador (dimisión) como el que se puede ejercer por las dos partes contractuales⁷⁴¹ (limitada a la vida de la prueba), es un derecho de configuración legal, pues en ambos supuestos la ley de forma taxativa e imperativa reconoce su empleo. Esta naturaleza legal y no

⁷³⁸ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I*, op.cit., pág. 566.

⁷³⁹ ALBALADEJO, M.: *Derecho civil I, Introducción y parte general*, Ed. Edisofer, S.L, 2009, 15ª Ed., pág. 774.

⁷⁴⁰ El desistimiento al servicio de la parte contractual más débil no es algo exclusivo al Derecho del Trabajo. Ejemplos de ello son la Ley 49/2003, de 26 de enero que en el art. 24.b) recoge el derecho de desistimiento como mecanismo para equilibrar las posiciones de las partes en el contrato o el incluido en la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) en el art. 11 o en el art.68 de la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

⁷⁴¹ El paralelismo existente entre la facultad de extinción unilateral del trabajador (dimisión) y la que entraña para el empresario la posibilidad que le brinda el período de prueba es ostensible a juicio –y no podemos estar más de acuerdo- de la Sentencia del TSJ C. Valenciana de 13 de diciembre de 2000 (AS 2001/164461) y del mismo Tribunal en Sentencia de 8 de julio de 2009 (AS 2009/2327).

contractual del derecho de desistimiento supone, indefectiblemente, la irrenunciabilidad del mismo -ya sea vía convenio o a través de contrato- lo que de otra parte supondría que cualquier cláusula que dispusiera o limitara el ejercicio del derecho de desistimiento sería nula y se tendría por no puesta.

De cualquier manera, esta facultad de desistimiento necesariamente ha de cohonstar con la máxima inspiradora de las relaciones laborales, cual es la ya citada de estabilidad en el empleo. Precisamente, en atención a este principio, la facultad de desistimiento no puede entenderse ilimitadamente sino sujeta a una serie de condiciones o presupuestos habilitantes⁷⁴².

Por supuesto al ser concebido como un derecho la parte titular del mismo podrá o no ejercerlo y, si no lo plasma en el tiempo legalmente hábil para hacerlo (nos referimos a la prueba) habrá renunciado tácitamente a su ejercicio.

Pero si bien es cierto que la mayor parte de la doctrina entiende que el acto de extinción durante la prueba es un acto de desistimiento⁷⁴³, introduce determinados matices cuando la extinción es manifestada por el empresario.

⁷⁴² La evolución regresiva del desistimiento es puesta de manifiesto por BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, op.cit., pág.2 .

⁷⁴³ La jurisprudencia y doctrina judicial no emplea un término único para referirse a las facultades de extinción que ostentan las partes vigente el período de prueba. Sin pretender ser exhaustivos queremos mostrar la actual afirmación. Así, la STS de 1 de octubre de 1990 (RJ 1990/7513) nos habla de “*desistimiento libre*”; STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009/257): “*facultad de desistir*”; STSJ País Vasco de 26 de mayo de 1993 (AS 1993/2208) afirma que estamos ante un desistimiento que no una facultad causal, y en el mismo sentido utilizando el concepto de desistimiento: STSJ Islas Baleares de 24 de julio de 2001 (AS 2001/3701); STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 2001 (AS 2002/1263); STSJ País Vasco de 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/3366); STSJ Islas Baleares de 10 de diciembre de 2002 (AS 2003/1660); STSJ C. Valenciana de 27 de febrero de 2003 (AS 2003/2952); STSJ C. Valenciana de 29 de diciembre de 2003 (AS 2004/1450); STSJ Islas Baleares de 22 de marzo de 2004 (AS 2004/1321) “*libre desistimiento*”; STSJ País Vasco de 14 de septiembre de 2004 (AS 2005/158); STSJ País Vasco de 14 de junio de 2005 (AS 2005/2284); STSJ C. Valenciana de 13 de septiembre de 2005 (AS 2005/3207); STS de 25 de noviembre de 2005 (RJ 2006/2925); STSJ Navarra de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/119508); STSJ Galicia de 13 de abril de 2005 (JUR 2005/158118); STSJ de País Vasco de 4 de abril de 2006 (AS 2006/1476); STSJ de Islas Canarias de 31 de julio de 2006 (AS 2006/3072); STSJ de Islas Canarias de 29 de septiembre de 2006, (AS 2006/2946); STSJ de Castilla y León de 21 de febrero de 2007(AS 2007/2851); STSJ Madrid de 19 de marzo de 2007 (JUR 2007/214543); STSJ Madrid de 7 de mayo de 2007 (AS 2007/3242); STSJ Andalucía de 23 de mayo de 2007 (AS 2007/3214); STSJ Andalucía de 10 de enero de 2008 (JUR 2009/150687); STSJ Extremadura de 8 de abril de 2008 (AS 2008/1687); STSJ de Madrid de 24 de junio de 2008 (JUR 2008/293576); STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2010/29834); Sentencia del TSJ Cataluña de 10 de marzo de 2009 (AS 2009/1905); Sentencia TSJ País Vasco 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/322153); STSJ Cataluña de 10 de noviembre de 2009 (JUR 2010/51101); STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50800);

Emplea indistintamente el término resolución y desistimiento la STSJ I. Baleares de 10 de febrero de 1999 (AS 1999/535); TSJ Islas Canarias de 26 de julio de 2002 (AS 2003/2385); STSJ Islas Canarias de 23 de enero de 2004 (AS 2004/690); STSJ de Islas Canarias de 17 de marzo de 2006 (AS 2006/2427). Alude a resolución, rescisión y desistimiento como realidades únicas la STSJ Navarra de 12 de junio de 2006 (JUR 2006/226214); STSJ Castilla y León de 29 de abril de 2009 (AS 2009/1169);

GARCÍA PERROTE Y TUDELA CAMBRONERO⁷⁴⁴ en similar sentido al asentado por MARTÍN VALVERDE, afirman que la causa de la extinción está en consonancia con el propio fundamento y finalidad para la que se concibe y destina el período de prueba. En el mismo sentido DURAN LOPEZ⁷⁴⁵, aun cuando con un matiz que nos parece relevante, por cuanto se exige la causa con respecto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, siendo necesario también respetar la legalidad ordinaria que, concretamente, se cifra en el deber de experimento.

Para BARREIRO GONZÁLEZ⁷⁴⁶ se trata de un desistimiento discrecional pero no arbitrario (por cuanto está sometido al control judicial) aunque no es equiparable al despido.

La causalización de la extinción de la extinción es defendida por PIQUERAS PIQUERAS⁷⁴⁷ que vincula la posibilidad de finalizar la prueba en los supuestos de ineptitud del trabajador. Partiendo de una concepción de que el período de prueba es la oportunidad que tiene el empresario para medir tan solo capacidades profesionales, fuera de su órbita quedarían otro tipo de experimentos que no persiguieran esa finalidad. Ante este argumento, la conclusión que la autora extrae es que “el empresario no podría fundamentar la extinción en circunstancias o causas ajenas a la aptitud profesional del trabajador, pues, en caso contrario, se estaría ante un supuesto de abuso de derecho o fraude de ley, prohibidos por los arts. 6 y 7 Cciv⁷⁴⁸”.

Esta conclusión supone, a la postre, causalizar la extinción y de admitir su validez significa –a nuestro juicio– que no se pueda emplear con rigor jurídico el término de “desistimiento” pues la facultad que entraña esta posibilidad es eminentemente acausal. Este

Rescisión y desistimiento como sinónimos en la STSJ Cataluña de 18 de octubre de 2002 (AS 2002/3456); STSJ C. Valenciana de 14 de febrero de 2003 (AS 2003/2915); STSJ País Vasco de 25 de enero de 2005 (AS 2005/637); STSJ C. Valenciana de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/164597); Sentencia del TSJ País Vasco de 4 de julio de 2006, (JUR 2007/101032); STSJ Andalucía de 22 de julio de 2009 (JUR 2009/438436).

Despido libre, resolución libre y rescisión en STSJ Castilla La Mancha de 25 de septiembre de 2001 (AS 2001/4634).

⁷⁴⁴GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G.: "Extinción del contrato por el empleador durante el período de prueba y no discriminación", Relaciones Laborales 1985-I, pág.485.

⁷⁴⁵DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba”, op.cit., págs.100 y 101.

⁷⁴⁶BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “ El período de prueba “ , op.cit., pág.79 y ss.

⁷⁴⁷PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, op.cit., págs 42 y 43, señala que “precisamente este criterio, el de la flexibilidad, el que ha de servir para diferenciar las causas de extinción del c. de trabajo durante y con ocasión del período de prueba. de otros modos de extinción que tengan una relación directa con el rendimiento del trabajador, sea voluntario o involuntario (despido disciplinario y objetivo por las causas a), b) y d) del art.52 LET) en el sentido de que las causas que pueden motivar aquél no están legal ni objetivamente tasadas, por lo que la facultad resolutoria empresarial puede ejercitarse en el ámbito de una esfera mucho más amplia que aquella en laque pueden actuar el despido disciplinario y objetivo”.

⁷⁴⁸Ibidem, págs. 26, 29 y 44.

es precisamente el elemento que define a esta institución de extinción, tal y como hemos visto civilmente.

Si defendemos que es necesario fundamentar la decisión de extinción y concretamente que esta estriba en causas propias de la aptitud profesional, se nos antoja que estamos refiriéndonos más bien a un incumplimiento de parte que cuadra más con la categoría de resolución contractual, pero que desde luego no es desistimiento.

Equiparar la extinción que viene motivada en razones extraprofesionales con el abuso de derecho o el fraude de ley nos parece forzar la interpretación de los preceptos civiles, por cuanto lo que nuestro derecho común prohíbe es la utilización desviada de los institutos jurídicos, el ejercicio antisocial del derecho, pero no el empleo de una institución para los fines para los que naturalmente ha sido llamada.

En este sentido, creemos no se debe confundir entre el motivo que fundamenta a la institución (que efectivamente cumple con una causa jurídicamente relevante) con la aseveración de que la facultad que entraña de extinción libre sea causal.

No podemos sino compartir las palabras de DE VAL⁷⁴⁹: estamos ante un supuesto de desistimiento. Circunstancia distinta es que (ALONSO OLEA, CASAS BAAMONDE) "puede existir un motivo para la resolución del nexo contractual, pero el mismo es indiferente para el Derecho, que no lo eleva al plano de causa indagable influyente sobre el acto resolutorio, salvo que la indagación quiera mostrar la presencia de una discriminación de las prohibidas por el art.14 de la Constitución y el art.17.1 del Estatuto de los Trabajadores – o en general, una violación de los derechos fundamentales y libertades públicas, salvo que se trate de una empresa de tendencia"⁷⁵⁰.

Continuando con DE VAL: "Realmente, que el desistimiento sea una resolución unilateral no causal no significa que sea una resolución sin causa; ocurre, sin embargo, que ésta no es relevante... En conclusión, la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba decidida por el empleador constituye desistimiento ad nutum y no despido⁷⁵¹, según se desprende con meridiana claridad del tenor

⁷⁴⁹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., págs.165-168.

⁷⁵⁰ ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 332.

⁷⁵¹ En este sentido, ALONSO OLEA, M. , *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, op.cit., págs. 24 y 25.; RODRÍGUEZ -PIÑERO, M. "Naturaleza jurídica del período de prueba", op. cit, pág. 108; GARCÍA ABELLAN J. "Pacto de prueba y contrato de trabajo", op.cit, pág.497; SEMPERE NAVARRO, A. V. "Resolución del vínculo laboral y periodo de prueba", op.cit. pág. 252 y 253; CRUZ VILLALÓN, J. "Problemas prácticos del periodo de prueba"; op. cit, págs. 207-209; BAYON CHACÓN G.; PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 266; MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 516; SALA FRANCO T.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 346; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C; ALVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del*

literal del art.14 de la LET". Ante este panorama se descarta que haya que justificar un resultado insatisfactorio de la prueba a fin de obtener el resultado de finalización de la relación laboral⁷⁵².

La extinción durante la prueba es un supuesto de desistimiento en el más propio sentido del término: irrelevancia de la causa que pone fin a la relación laboral⁷⁵³. La razón que la permite es la ley y lo hace durante un tiempo determinado (de caducidad): mientras esté vigente el período, atribuyendo a las dos partes el poder extintivo, acaso por cuanto si se formaliza la prueba conforme a las cautelas legales, el posible daño que se le ocasiona a la otra parte de la eventual decisión extintiva no es igual que pudiera originarse cuando el acto segador se produce en otros momentos contractuales.

Esta argumentación no obsta que el empresario (forma normal de terminación del contrato durante la prueba) no posea razones internas que ha sopesado convenientemente (a su juicio) para alcanzar la decisión final de extinción, pero estas son ajenas a la consideración jurídica o judicial.

Una vez superada la prueba, el acto de desistimiento empresarial sería del todo punto imposible, por cuanto el perjuicio que pasado el inicial momento de la contratación se generaría en la contraparte sí es digno de tutela y de protección. De ahí, que tras la prueba, cualquier medida extintiva del empresario sí haya de ser fundada, motivada en las causas que el ordenamiento reconoce como validantes (y que se denominan despido disciplinario y objetivo).

A diferencia del empresario, la facultad extintiva unilateral que ostenta el trabajador no se va a circunscribir al momento inicial de la relación (al período de prueba) sino que las posibilidades de desistirse se inician y permanecen con el nexo laboral.

Esta afirmación relativa al empresario de que realmente ante lo que nos encontramos es ante un supuesto de desistimiento (que no de resolución) por cuanto es irrelevante la causa (la frustración del experimento) no se ve desmentida por la necesidad de que en el acto de extinción empresarial se respeten los derechos fundamentales del trabajador, único tope para coartar los amplios márgenes de maniobra extintiva de los que dispone el empresario.

Trabajo, Ceura, 5ª Ed. 1997, págs. 768 y 769; BALLESTER PASTOR M.A. *El período de prueba*, op.cit. pág. 63; TOROLLO GONZÁLEZ, F. J. "Extinción del contrato en período de prueba", op.cit., pág. 351.

⁷⁵² Apoya sus argumentos en la tramitación parlamentaria del art.14 en el Estatuto de los Trabajadores de 1980. DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.163.

⁷⁵³ Sobre la irrelevancia de la causa: CRUZ VILLALÓN, J.: "Problemas prácticos del período de prueba", op.cit., pág.210, "Si bien es cierto que la resolución es libre y no es preciso alegar causa alguna justificativa...".

Efectivamente, el ejercicio de la facultad de desistimiento tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales, al ser este un bien jurídico superior que hay que preservar en todo caso y dado la susceptibilidad (a diferencia de lo que ocurriría con otro acto de desistimiento ad nutum como es la dimisión) de confrontación con estos intereses que se sitúan en la cúspide de la pirámide. Solamente ante estos supuestos, se admitiría el análisis de la causa, de la razón que ha llevado al empresario a extinguir⁷⁵⁴.

El acto de desistimiento en que consiste la extinción durante el período de prueba cuando lo promueve el empresario no puede trastocar la naturaleza jurídica propia del despido. Así pues, cuando la extinción lesiona abiertamente derechos fundamentales o se realiza en fraude de ley o incurriendo en abuso de derecho la finalización de la relación laboral no se encuentra amparada bajo el paraguas del periodo de prueba constituyendo de facto un acto de despido cuya calificación será la de nulidad o improcedencia⁷⁵⁵.

Por esta razón, cuando el trabajador no se aquiete a la decisión de extinción unilateral del empresario, enfocará su reclamación a través del procedimiento previsto para el despido⁷⁵⁶, sin que esta aseveración contradiga la defendida naturaleza jurídica de que la facultad de extinción ejercida durante el período de prueba haya de calificarse como desistimiento⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ ALONSO OLEA M., y CASAS BAAMONDE M.E.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.206. No hay que indagar acerca de cuál es la causa resolutoria, a menos que se quiera “mostrar la presencia de una discriminación de las prohibidas por la CE art.14 y art.17 ET, en cuyo caso es admisible”.

⁷⁵⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.63.

⁷⁵⁶ Recogido por DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., págs.170 y 171, nota 438: ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, 8ª Ed, Madrid, 1995, pág. 205 “señalan que el objeto del proceso por despido “es la pretensión genérica del trabajador de que habiendo sido, externamente al menos, extinguido su contrato de trabajo por decisión del empresario que estime injustificada, tal decisión sea revocada o su efectos indemnizados”; MONTOYA MELGAR, A. *et alri. Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1995, pág. 107, que confirman “la tendencia muy consolidada de reconducir al proceso especial de despido todos aquellos ceses, decretados unilateralmente por el empresario, sobre cuya corrección, en sentido amplio, discrepe el trabajador”, En fin “la noción de despido, en cuanto superpuesta a la eficacia extintiva de la voluntad unilateral del empresario, es una noción amplia que engloba, por supuesto, al despido disciplinario, pero también a los restantes modelos de extinción en que sea esa sola voluntad la causa determinante del final de la relación, de la ahí la denominación global de este capítulo como “Procesos por despido”, (BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, 2ª ed, Madrid, 1995, pág. 296)” .

STS de 11 de mayo de 1990 (RJ 1990/4308): se argumentó que al no ser un despido no podía operar el plazo de los 20 días reservado para la impugnación del despido disciplinario. El Tribunal mantiene que la acción de despido tiene por objeto impugnar la decisión unilateral del empresario sea cual fuere esta y que no se encuentra restringido al despido disciplinario.

⁷⁵⁷ En contra, MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.293, que entendiendo que la acción a ejercitar es de despido, afirma que a esta conclusión no se llegaría tan fácilmente si estamos a “las construcciones doctrinales o jurisprudenciales que excluyen tal calificación para dicho acto de desistimiento”.

Por todo ello, opinamos que estamos frente a un acto de desistimiento que se fundamenta en una causa válidamente pactada en el contrato⁷⁵⁸ y, entendemos, que todo cuanto se ha expresado redunda en la idea del reconocimiento de trascendencia jurídica de la sola manifestación del empresario de querer poner fin al vínculo laboral lo que, a la postre, refuerza la idea de la acausalidad del instituto⁷⁵⁹, dado que –como reiteradamente se expone por nuestra jurisdicción laboral– la “motivación es meramente subjetiva de la quien la adopta”⁷⁶⁰, lo que de otro lado también supone que ni siquiera la otra parte contractual (trabajador) tenga que conocer la causa concreta que ha motivado la citada decisión extintiva e incluso se descarta que tenga alguna trascendencia jurídica a la

⁷⁵⁸ A título meramente ejemplificativo, citaremos algunos de los pronunciamientos judiciales que así lo consideran: STS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012/9598): en el Fundamento de Derecho Primero se alude a la “*facultad de desistimiento reconocida al empresario en el artículo 14.2 del ET*”, reiterándose el concepto en Fundamento de Derecho Tercero y Cuarto; STSJ C. Valenciana de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/164597); STSJ Galicia de 13 de abril de 2005 (JUR 2005/158118): no es un despido causal sino que se fundamenta en “*una decisión no fundamentada*”. Se trata de un desistimiento; STSJ Islas Canarias de 30 de noviembre de 2011 (JUR 2012/241711); STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2012 (JUR 2012/108819); STSJ de Madrid de 22 de junio de Madrid de 2012 (AS 2012/2740): recoge el pronunciamiento del Alto Tribunal de 20 de enero de 2005, RJ 2005/4825, descartando la asimilación de la resolución –“*que se traduce en el libre desistimiento por cualquiera de las partes- durante el periodo de prueba con la extinción por despido*”.

⁷⁵⁹ STS 29 de octubre de 1985 (RJ 1985/5238); STS 14 de abril de 1986 (RJ 1986/1930); 14 de julio de 1987 (RJ 1987/5367); STS de 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8821); STS de 6 de julio de 1990 (RJ 1990/6068); STSJ Extremadura de 10 de diciembre de 1992 (AS 1992/5991); STSJ Galicia de 24 de febrero de 1993 (AS 1993/766); STSJ Galicia de 8 de abril de 1997 (AS 1997/1510); Sentencia TSJ Cataluña de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001/29225); STSJ C. Valenciana de 11 de enero de 2001 (JUR 2001/164813); STSJ Andalucía de 3 de enero de 2002 (JUR 2002/95268); STSJ C. Valenciana de 11 de abril de 2002 (JUR 2003/56734); STSJ Andalucía de 30 de mayo de 2002 (JUR 2002/240380); STSJ Islas Canarias de 30 de septiembre de 2002 (AS 2003/2387); STSJ Islas Baleares de 10 de diciembre de 2002 (AS 2003/1660); STSJ Aragón de 19 de septiembre de 2007 (JUR 2008/35498); STSJ Extremadura de 8 de abril de 2008 (AS 2008/1687): el desistimiento no requiere una “*exigencia causal que la parte haya de probar*”; STSJ Cataluña de 2 de octubre de 2008 (AS 2008/3117); STSJ Galicia 19 de junio de 2009 (JUR 2009/309633); Sentencia del TSJ Madrid de 21 de diciembre de 2009 (JUR 2010/108087); STSJ de Galicia de 18 de mayo de 2010 (JUR 2010/323361); STSJ Cataluña de 13 de mayo de 2010 (AS 2010/2093); STSJ de Andalucía de 26 de mayo de 2010 (JUR 2011/111064): “*para la efectividad de tal medida no tiene que dar ninguna razón, puesto que la misma, en una valoración absolutamente subjetiva de las circunstancias concurrentes, puede estar vinculada a la aptitud laboral del trabajador respecto a la actividad en concreto para la que fue contratado, a su aptitud laboral en general e incluso a sus características personales*”; STSJ de Navarra de 28 de junio de 2010 (JUR 2010/417852): “*desde el momento que no está causalizado el cese, éste depende tan solo de la voluntad del empleador (o del desistimiento del trabajador) sin tener que aducir causa alguna ni justificar la decisión que se adopta.*”; STSJ de Galicia de 23 de julio de 2010 (JUR 2010/318077); STSJ Andalucía de 26 de octubre de 2010 (JUR 2011/22644); STSJ Cataluña de 13 de julio de 2011 (AS 2011/2456); STSJ Castilla y León de 30 de mayo de 2012, (AS 2012/1858); STSJ Andalucía de 31 de mayo de 2012 (JUR 2012/240523); STSJ Madrid de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2013/17075).

⁷⁶⁰ STS de 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8821); STSJ Galicia de 8 de abril de 1997 (AS 1997/1510); STSJ Galicia de 25 de septiembre de 1998 (AS 1998/6328); STSJ Castilla y León de 26 de febrero de 1999 (AS 1999/5591); STSJ C. Valenciana de 18 de mayo de 2000 (JUR 2000/292825); STSJ Andalucía de 9 de enero de 2003 (AS 2003/1361); STSJ Andalucía de 14 de mayo de 2003 (AS 2003/3804); STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2012 (JUR 2012/322009); reconociendo la libertad de valoración empresarial: STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012/2569); STSJ Castilla y León de 10 de septiembre de 2014 (JUR 2014/238250).

denominación incorrecta procurada por el empresario cuando llevó a cabo la extinción durante la prueba⁷⁶¹.

Pero es más, si la comunicación de cese durante la prueba descendiera a la enumeración clara de las conductas reprochables al trabajador y estas incluso hubieran permitido que el empresario pudiera aplicar la sanción de despido, no trastocaría la verdadera naturaleza de la emisión de voluntad empresarial que decide encauzar como no superación del periodo de prueba⁷⁶².

Por todas las consideraciones precedentes, entendemos que “se trata en el sentido estricto del término de una extinción ad nutum”- CRUZ VILLALÓN⁷⁶³- siendo el objetivo al que va llamada la prueba lo que “justifica el efecto principal de la celebración del pacto, la plena libertad empresarial de extinguir unilateralmente el contrato de trabajo mientras dure el período de prueba”⁷⁶⁴.

XII.-LOS REQUISITOS DE LA EXTINCIÓN DURANTE LA PRUEBA.-

12.1.- Requisitos temporales.-

La facultad de desistimiento empresarial (no así la que tiene el trabajador) se ve circunscrita, en cuanto a su ejercicio se refiere a un plazo de caducidad.

Inexcusablemente la decisión de extinción ha de manifestarse mientras pende el período de prueba. Cualquier manifestación empresarial extintiva alcanzada tras la finalización de este lapso, no se encuentra amparada bajo la tutela del art.14 del Estatuto de los Trabajadores y automáticamente pasaría –si no encuentra acomodo en las causas genéricamente contempladas en el art.49 del Estatuto y no se aquieta a las formalidades legales- a ser considerado como un acto (despido) improcedente.

Es una exigencia que no admite excepciones, sin que se admita válidamente el desistimiento “ni siquiera horas después de expirado”⁷⁶⁵.

⁷⁶¹ STSJ Extremadura de 30 de junio de 1997 (AS 1997/2412): es irrelevante que el empresario denomine a la extinción despido.

⁷⁶² STSJ Madrid de 10 de marzo de 2003 (AS 2003/2730). La empresa alega que tiene quejas de otros compañeros sobre el quehacer del trabajador, mas esta circunstancia no enerva la inadecuación del período de prueba (con independencia de que pudiera servir para sostener un despido disciplinario). Se observa, la distinta naturaleza y objetivo de los dos institutos: período de prueba y despido.

⁷⁶³ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 137.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, pág.136.

⁷⁶⁵ STS 6 de abril de 1.984, RJ 1984/2047; STS de 10 de febrero de 1987 (RJ 1987/824): en cualquier momento “antes de la superación del plazo” invocando STS de 16 de abril de 1985 (RJ 1985/1874); un mes después: STSJ C. Valenciana de 9 de julio de 1992 (AS 1992/3946); STSJ C. La Mancha de 22 de

De otro lado, el inicio del período de prueba también marca el comienzo de las posibilidades de extinción unilateral⁷⁶⁶, sin que sea necesario –salvo que otra consecuencia se haya dispuesto contractualmente– agotar la duración de la prueba, ni tampoco que se cubra un lapso mínimo⁷⁶⁷.

Una última precisión. La decisión de extinción (efecto connatural a cualquier acto de finalización contractual) no es revocable⁷⁶⁸. Así, la recapacitación sobre un acto extintivo alcanzado específicamente durante el período de prueba no tiene incidencia alguna en el vínculo anteriormente sesgado, al que por supuesto no consigue restaurar.

Probablemente de obviedad para nuestro lector, esta aseveración no supone la imposibilidad de adquirir un nuevo compromiso laboral entre las mismas partes que ya estuvieron atadas, mas es esta una realidad contractual nueva que no supone la continuidad de la anterior⁷⁶⁹.

12.2.-Requisitos formales.-

Sabemos que la ley condiciona la existencia de la prueba a que esta conste formalmente por escrito, pero ¿también existe un requisito documental de obligado cumplimiento cuando la parte pretende hacer valer las facultades extintivas que permite el período convenido?.

octubre de 2002 (JUR 2003/90476); STSJ Castilla La Mancha de 21 de abril de 2004 (JUR 2004/151482); STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2006 (JUR 2007/323979):” y *nunca una vez transcurrido el último día del plazo*”; STSJ País Vasco de 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/322153). STSJ Madrid de 23 de octubre de 2009 (AS 2009/2989): la empresa notificó a su trabajador la extinción en el plazo establecido de duración del período de prueba, dejándole el acuse de recibo de la comunicación. El trabajador no recoge la comunicación hasta pasados unos días, habiendo entonces transcurrido el período fijado como prueba. No existen datos que hagan pensar que la trabajadora eludió maliciosamente la recepción de la carta. El Tribunal entiende que el cese se produjo expirado el período de prueba y, por lo tanto, califica la extinción como despido improcedente.

⁷⁶⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.65 : “El momento inicial a partir del cual puede ejercitarse el desistimiento durante el periodo de prueba es el momento en que se pactó la prueba. Es por esto que la resolución no causal resulta posible, incluso aunque no se haya producido la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo”. Cita Sentencia del TSJ C. León de 20 de junio de 1993, Ar. 3369.

⁷⁶⁷ STS 16 de abril de 1985 (RJ 1987/824); STSJ La Rioja de 31 de diciembre de 1992 (AS 1992/6009); STSJ Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993/349); STSJ Castilla y León de 10 de octubre de 2000 (JUR 2001/22572): no existe una obligación legal de agotar el período previsto para la prueba para tomar la decisión de extinguir el contrato; STSJ Castilla y León de 29 de abril de 2009 (AS 2009/1169).

⁷⁶⁸ STSJ Castilla La Mancha de 2 de junio de 2005 (JUR 2005/137396).

⁷⁶⁹ A salvo quedaría la alegación de fraude de ley o abuso de derecho, en los supuestos en los que se acredite que la actuación de quien primero se desistió y luego se retractó fue maliciosa y tendente a que en la práctica no se consolidaran los derechos adquiridos o en proceso de adquisición.

El silencio legal en esta ocasión en cuanto a los requisitos que se han de obedecer para los supuestos de ejercicio del desistimiento ha sido elocuente para nuestra doctrina que entiende, sin ambages, que no es preciso que esa voluntad extintiva se haga constar en documento alguno.

Esta aseveración no impide que -CRUZ VILLALÓN⁷⁷⁰- "...resulta defendible la interpretación favorable a la necesidad de la comunicación por escrito. El silencio legal del art. 14 no fuerza a la deducción de que el legislador ha querido eliminar el requisito formal".

Con la forma escrita, siguiendo a este autor, se lograría atender al principio de seguridad jurídica, por cuanto posibilitaría " al trabajador tener un conocimiento exacto del momento a partir del cual surte efecto la voluntad extintiva empresarial y que ésta se legitime precisamente por la no superación del período de prueba" .

Lamentablemente no estamos de acuerdo. Esta finalidad de garantizar la seguridad jurídica creemos no se cumpliría. De un lado porque la incertidumbre –por mucha forma escrita que se requiriera- la va a tener de todas formas, puesto que el empresario no ha de preavisar acerca de su decisión extintiva y en cuanto al conocimiento exacto solo sería posible, si hubiera que descender concretamente a la causa que genera la decisión empresarial, circunstancia esta que amén de no exigirlo la norma no podría (siempre a nuestro juicio) tampoco requerirlo puesto que se desnaturalizaría el instituto del período de prueba que ha sido concebido como desistimiento ad nutum y no como despido (lo que resultaría si se descendiera al análisis causal motivador del cese).

No obstante, no podemos dejar de coincidir en que también creemos que sería recomendable en el tráfico jurídico, y sobre todo como garantía procesal también para las partes, que existiera una constancia documentada de la extinción durante la prueba, enlazando en este sentido con lo que continúa explicitando CRUZ VILLALÓN⁷⁷¹ en torno a las situaciones de indefensión del trabajador. De igual modo, y a los efectos de poder solicitar la prestación por desempleo es más que aconsejable la constancia de la extinción por escrito así como la fecha en la que esta se produjo.

De cualquier manera, aun cuando quede descartada la obligación legal formal expresa, podríamos albergar la duda de que en la práctica se impusiera la necesidad de obedecer a una determinada formalidad cuando se pone fin al vínculo laboral.

⁷⁷⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: "Problemas prácticos del período de prueba", op.cit., pág.210.

⁷⁷¹ *Ibidem*.

La inquietud acaso pudiera nacer cuando leemos la Sentencia del TSJ C. La Mancha de 15 de septiembre de 2005 (AS 2005/3185) que declara la improcedencia de una extinción –trocándose en despido- de un trabajador al que le fue comunicado su cese verbalmente por no haber superado el período de prueba.

La Sentencia distingue entre la falta de exigencia de comunicación de la causa que ampara la extinción de la relación durante el lapso de prueba (pues el art.14 del Estatuto no impone este modo de actuar) y la necesidad de que se comunique por escrito el cese querido por la empresa.

El fundamento sobre el que se basa para asegurar que es precisa la expresión de finalización por escrito es el art.55 de la norma básica sustantiva laboral. Extiende de esta manera las garantías que se incluyen en el mencionado precepto a los supuestos en los que la relación laboral se acaba durante la prueba, a fin de evitar situaciones de indefensión que chocarían frontalmente con el art.24.1 de nuestra Constitución.

Por esta razón estima el recurso de suplicación contra la sentencia dictada en instancia, estableciendo la necesidad de que quede “constancia clara de la fecha de extinción del contrato y del motivo de la decisión”.

Contra este fallo se presenta recurso de unificación para la doctrina, arguyendo como sentencia de contraste la contenida en el pronunciamiento dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de abril de 2005 (JUR 2005/158118). En este se asienta la idea de que la finalización contractual durante el período de prueba no tiene carácter formal alguno, por lo que no solo no ha de ser motivada sino que tampoco ha de ajustarse a una forma de proceder determinada (salvando el fraude o la discriminación).

El Tribunal Supremo entiende como correcta la aplicación que del precepto realiza la Sentencia de contraste y, remitiéndose a un pronunciamiento previo de la misma Sala (Sentencia de 6 de julio de 1990, RJ 1990/6068), remarca el carácter excepcional de esta modalidad de finalización del contrato.

Afirma que la extinción durante la prueba es aformal, acausal, sometida tan solo al requisito de pervivencia del lapso probatorio⁷⁷²,

⁷⁷² “siendo el período de prueba una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el período de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal

sin más límites que el inexcusable respeto a los derechos fundamentales.

Este es el estado actual y pasado de la cuestión. Son múltiples los pronunciamientos dictados⁷⁷³ -que se remontan a los extintos Tribunales Centrales de Trabajo- que tan solo exigen para la válida emisión de la voluntad extintiva la latencia del lapso probatorio y que se exprese una voluntad firme, clara y contundente de no pervivencia de la relación⁷⁷⁴. Rige el principio de libertad de forma de los negocios jurídicos (art.1.278 del Código Civil).

Este criterio jurisprudencial apoya la posibilidad de que la parte que extingue comunique a la otra por cualquier medio su voluntad. La falta de exigencia formal de la expresión de la voluntad extintiva no coloca a la parte trabajadora en situación de indefensión desde el momento en que se abre la posibilidad para esta de accionar a través del cauce del despido⁷⁷⁵.

Por supuesto, situados en el plano netamente práctico sí sería recomendable una actuación formal del empresario que facilitará la

decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó". En el mismo sentido, STS de 18 de abril de 2011 (RJ 2011/5814).

⁷⁷³STS de 6 de julio de 1990 (RJ 1990/6068); STSJ Extremadura de 10 de diciembre de 1992 (AS 1992/5991); STSJ Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993/349); STSJ Galicia de 27 de mayo de 1999 (AS 1999/5413); STSJ Extremadura de 14 de diciembre de 1999 (AS 1999/7343); STSJ C. Valenciana de 7 de febrero de 2000 (JUR 2001/75526); STSJ Andalucía de 9 de enero de 2003 (AS 2003/1361); STSJ C. Valenciana de 14 de febrero de 2003 (AS 2003/2915); STSJ Castilla y León de 10 de febrero de 2004 (JUR 2004/82451); STSJ Andalucía de 14 de mayo de 2003 (AS 2003/3804); STSJ Castilla y León de 10 de febrero de 2004 (JUR 2004/82451); STSJ Madrid de 19 de septiembre de 2005 (JUR 2006/67900); STSJ de Islas Canarias de 14 de marzo de 2006 (AS 2006/1460); STSJ de Islas Canarias de 31 de marzo de 2006 (RJ 2006/1710); STSJ País Vasco de 26 de septiembre de 2006 (JUR 2007/95533); STSJ Madrid de 11 de septiembre de 2007 (JUR 2007/364017); STSJ Aragón de 19 de septiembre de 2007 (JUR 2008/35498); STSJ Extremadura de 8 de abril de 2008 (AS 2008/1687); STSJ C. y León de 12 de junio de 2008 (JUR 2008/355281):se desprende que lo importante es que la decisión de extinción se exprese claramente, dándose validez a la comunicación a Seguridad Social comunicando la baja del trabajador por no superación del período de prueba; STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 2008 (AS 2009/472); STSJ Cataluña de 2 de octubre de 2008 (AS 2008/3117); STSJ Cataluña de 12 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50983):en este supuesto se dilucidó si la extinción del período de prueba requería de alguna formalidad escrita. Concretamente, la representación de la parte actora-recurrente entendía que se debía aplicar análogicamente las garantías previstas para el supuesto de dimisión (ex art.49.2 ET). La conclusión es la misma que la señalada en párrafos precedentes, todo ello con independencia de que sea necesaria la constancia escrita de la liquidación de haberes; STSJ Cataluña de 5 de febrero de 2010 (JUR 2010/157592); STSJ de Asturias de 15 de octubre de 2010 (JUR 2010/383579); STSJ de Islas Baleares de 19 de octubre de 2012, AS 2012/3016: "*Las empresa no estaba obligada, pues, a exponer las razones de su desistimiento durante el período de prueba, pero las expuso en la propia comunicación de fin de contrato. La causa esgrimida por la fundación demandada fue la "falta de titulación académica requerida" y debemos analizar si la decisión empresarial se ajusta a derecho o no en atención a las circunstancias concurrentes*".

⁷⁷⁴ STSJ Cataluña de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000/308359); STSJ de Cataluña de 6 de octubre de 2010 (JUR 2010/384769).

⁷⁷⁵ STSJ País Vasco de 25 de enero de 2005 (AS 2005/637).

ulterior prueba procesal⁷⁷⁶ al poderse acreditar la decisión de extinción y la fecha en la que se llevó a cabo e incluso le serviría al trabajador para poder advenir su situación legal de desempleo a los efectos de solicitar la correspondiente prestación⁷⁷⁷.

No debemos obviar que la circunstancia de que no se requiera por el art.14 la expresión de la voluntad extintiva escrita, no obsta para afirmar que es esta una materia susceptible de acuerdo entre las partes afectadas (vía convenio o contractual). El principio de que no se exija formalidad para el cese cede ante los supuestos contractuales o convencionales que requieren el establecimiento de forma⁷⁷⁸.

Retomamos ahora el debate acerca de la naturaleza recepticia o no de la comunicación o decisión extintiva. En los dos supuestos (tanto si la voluntad extintiva ha emanado de la parte empresarial como si brotó del trabajador) se trata de una voluntad recepticia que va dirigida, para desplegar los efectos queridos, al conocimiento de la otra contratante. Si el trabajador desconoce la decisión de extinción de su patrono, el contrato seguirá vigente; de igual modo, si el trabajador no le hace ver a su empresario su voluntad de deshacerse del lazo laboral, la relación se mantendrá incólume⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50800): “(el) *empresario diligente estará interesado en tener constancia de la fecha en la que manifestó la decisión tomada, a efectos de evitar discrepancias de la fecha en la que manifestó la decisión tomada, lo mismo que el trabajador para articular los mecanismos e defensa jurídica y, sobre todo, para solicitar la prestación de desempleo*”.

⁷⁷⁷ STSJ Castilla La Mancha de 22 de marzo de 2004 (JUR 2004/135313): reiterando que no se requiere forma escrita o específica. El requisito al que alude el art.1.1k) del Real Decreto 625/1985 se refiere a otra realidad completamente distinta: la forma de acreditar la situación legal de desempleo. De esta forma, se distingue entre la falta de formalidad del acto de extinción durante la prueba y la exigencia administrativa de advenir el hecho causante de la prestación de desempleo.

⁷⁷⁸ STSJ Andalucía de 16 de junio de 2005 (JUR 2009/23391). El convenio al tratar sobre el período de prueba recoge que el desistimiento ha de hacerse por escrito, así pues si no se contempla esta formalidad, la extinción será declarada como constitutiva de despido improcedente.

⁷⁷⁹ El carácter recepticio enunciado es resaltado por MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 573, específicamente para el período de prueba. STS de 18 de julio de 1.988 (JUR 1988/6163): “...la voluntad resolutoria del trabajador, aunque unilateral, dado su carácter recepticio ha de ser dirigida y conocida por la otra parte del contrato de trabajo, que es un contrato bilateral”; recogiendo idéntica formulación: STSJ de Galicia de 4 de julio de 2003 (AS 2004/1724); STSJ de Andalucía de 16 de febrero de 2001 (JUR 2001/176198), STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002 (AS 2003/335); STSJ de Andalucía de 26 de septiembre de 2002, (AS 2003/873); STSJ de Andalucía de 23 de diciembre de 2008 (JUR 2009/175156); STSJ Galicia de 25 de septiembre de 1998 (AS 1998/6328) tiene efectividad cuando es notificada al trabajador. “Siendo lo relevante que éste no siga trabajando a partir del momento en que aparece aquella eficacia”; STSJ Castilla y León de 3 de febrero de 2004 (JUR 2004/81679); STSJ Cataluña de 13 de julio de 2006 (JUR 2007/47733): se le comunicó al trabajador verbalmente y luego se le notificó –aunque no lo recogió—por telegrama. Es claro que conoció la decisión de la extinción, por cuanto una vez comunicada el empleado no acudió nuevamente a su puesto de trabajo. Las comunicaciones de extinción han de ser recepticias en el sentido de conocidas, en este caso, por el trabajador; STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2006 (JUR 2007/323979); STSJ Cataluña de 30 de septiembre de 2002, (JUR 2002/256390): la primera comunicación no pudo ser recibida por el trabajador. Se le remitió una segunda. La empresa actuó con diligencia debida, sin que “la no recepción de la primera comunicación pueda ser reputada como elemento obstativo respecto de la

La afirmación de que el acto extintivo sea recepticio no supone otorgar a la parte receptora protagonismo alguno. Esta, fuere cual fuere, no podrá –con su opinión o valoración– ni enervar ni ratificar la decisión de finalización que, desde el momento en que es conocida, surtirá los efectos que le son propios. Vemos, por lo tanto, que las consideraciones que ya se efectuaban en torno al instituto del desistimiento civil se pueden predicar con la misma intensidad en sede laboral.

Por esta razón sí se requiere de un medio adecuado para transmitir la información de acabar con el contrato de trabajo y que este sea fehaciente⁷⁸⁰. No obstante la emisión de la voluntad extintiva tiene tanta relevancia por sí misma que se concede eficacia incluso a los intentos de notificación que no han sido fructíferos, pero que se han dirigido a través de un medio adecuado para alcanzar el fin de que sea conocido por la parte a la que afecta la decisión⁷⁸¹.

A pesar de todo, es esta una materia en la que, a nuestro juicio, tampoco se puede descartar una conducta empresarial poco diligente o presumiblemente maliciosa y constitutiva de abuso de derecho. Tal circunstancia, siempre según nuestra opinión, se produciría cuando el empresario no guarda la diligencia debida (con ánimo abusivo o no) a fin de garantizar la efectiva recepción de su comunicación. Concretamente, entendemos que estos supuestos concurrirían cuando el empleador dirige la notificación al trabajador pero lo hace a un domicilio diferente del que formalmente le consta⁷⁸².

Ahondando en el dato de la necesidad de la fehaciencia de la comunicación, se ha considerado constitutivas de despido actitudes

empresa". Cinco días medio entre una y otra carta. Se debió a un error en el número de la calle. No lo considera el Tribunal un plazo excesivo el que medió entre los dos intentos de comunicación.

⁷⁸⁰ STSJ Cataluña de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000/308359).

⁷⁸¹ STSJ Islas Baleares de 22 de marzo de 2004 (AS 2004/1321): "*bastando con que llegue a conocimiento de su destinatario o que se emita en condiciones que razonablemente le permitan conocerla*". En este caso, la decisión de extinguir se dio a conocer al trabajador oralmente y posteriormente se le comunicó por escrito. Se otorga validez a la primera notificación, sirviendo la segunda como ratificación; STSJ País Vasco de 4 de julio de 2006 (JUR 2007/101032), se le envió un burofax que no recogió. El trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal. Se concede validez a la extinción, cuyos efectos "*no pueden quedar supeditados a la conducta del trabajador*".

⁷⁸² STSJ Cataluña de 21 de junio de 2005 (JUR 2006/233799): este es, a nuestro juicio, un ejemplo de actuación que se podría incardinar en fraude de ley (aun cuando la Sentencia no emplea estos términos) por cuanto la decisión de no superación del período de prueba la comunica el empresario estando el trabajador en situación de IT a través de burofax a un domicilio incorrecto. El trabajador había facilitado el nuevo domicilio a la empresa que, por otra parte, era el que estaba reflejado en los partes de baja. El empresario esperó al acto de juicio para manifestarle que el cese había sido debido a la no superación del período de prueba. Así pues, y esta es nuestra conclusión, aunque el acto de extinción no sea formal sí tiene que existir constancia de que el trabajador lo conoce o al menos que el empresario ha intentado comunicarle sin éxito la finalización de sus servicios, poniendo los medios que dispone a su alcance.

del empresario que no denotan ineludiblemente la intención, ya no solo de extinguir sino de que la finalización laboral fuera por no haber superado la prueba⁷⁸³.

Derivado del carácter recepticio –y de la propia excepcionalidad con la que se concibe esta forma de desistimiento-, se impone necesariamente que la decisión de extinción no solamente sea alcanzada en tiempo hábil, sino que sea conocida por la parte a la que afecta antes de la finalización del lapso probatorio⁷⁸⁴.

Estas consideraciones llevan a entender que el efecto de extinción opera automáticamente, pero –volvemos a insistir- siempre que se produzca en el tiempo que se señaló para la prueba, sin que se pueda entender laxamente este y sin que sea necesario agotar el plazo previsto⁷⁸⁵.

Los efectos de esta expresión de la voluntad extintiva son inmediatos, sin que sea posible admitir la retractación posterior de la misma. Ello no obsta para que sea perfectamente viable suscribir una nueva relación laboral entre los mismos sujetos, pero en este supuesto no sería una continuación del anterior vínculo sino que se vendría a establecer un nuevo contrato laboral (sin perjuicio de que la relación primitiva se tuviera en consideración a los efectos de señalar la antigüedad del trabajador o apreciar posibles fraudes en el segundo vínculo que busquen una renuncia de los derechos que ostentaba el trabajador).

Sentada la innecesariedad –en ausencia de pacto específico- de forma escrita ad solemnitatem para la comunicación de extinción, podría plantearse si resulta o no exigible la concesión de un preaviso a la otra parte a fin de que esta conozca con antelación la decisión de extinción.

De nuevo el silencio legal y esta ausencia de noticias legales contrasta con el otro supuesto legal de desistimiento que se le procura al trabajador: la dimisión.

A pesar de la falta de referencia normativa al respecto, bien pudiera pensarse que la necesidad de preavisar se impone como

⁷⁸³ STSJ Andalucía de 17 de febrero de 2000 (AS 2000/5073). Se estimó que estábamos ante un despido tácito, ante el cierre del negocio empresarial.

⁷⁸⁴ STSJ Cataluña de 30 de junio de 1999 (AS 1999/2840): “requisito necesario para que la facultad empresarial despliegue su eficacia es que la misma sea conocida por el trabajador en tiempo adecuado” lo que no ocurrió en el presente, pues hallándose el trabajador en incapacidad temporal es conocedor de la extinción un mes después de que la empresa lo haya dado de baja en Seguridad Social (estaba percibiendo la prestación por un accidente de trabajo, con lo cual es más que pensable que desconociera cuándo se produjo su baja en el Sistema).

⁷⁸⁵ STSJ Castilla y León de 10 de octubre de 2000 (JUR 2001/22572): no hay obligación legal de agotar el período previsto para la prueba para tomar la decisión de extinguir el contrato.

consecuencia del respeto al principio de buena fe. En virtud de esta máxima, podría entenderse que la parte que va a finalizar el contrato debería comunicar previamente a la otra su intención de no continuar con el contrato.

Precisamente esta es la razón –la buena fe que ha de presidir la relación entablada- que le induce a DE VAL a opinar que el preaviso “ sólo debería excluirse ante circunstancias impeditivas de la continuidad provisional de la relación de trabajo⁷⁸⁶”.

En nuestra opinión, a falta de pacto –ya sea a través de convenio colectivo o vía contrato- no puede exigírsele tal carga a la parte que acciona su derecho por no estar prevista la obligación legal que indique la necesidad de actuar en este sentido. Entendemos que parte de la virtualidad del período de prueba estriba en la posibilidad que descansa en ambas partes de poder desatender el vínculo no solo sin causa, sino también en cualquier momento de vigencia de la prueba.

No puede imponérsele –si no está previsto expresamente- una carga adicional al empresario que se traduce en la necesidad de preavisar y, por ende, de continuar abonando salario y cotizando por un empleado que no satisface sus expectativas.

Si el emisor de la voluntad de extinción es el trabajador la consecuencia es idéntica y es precisamente en este punto donde estriba la única diferencia con respecto a la facultad dimisoria⁷⁸⁷ que ostenta en cualquier momento de la relación laboral, con independencia del momento concreto en que se halle. Al igual que sostuvimos que el empresario no había de aquietarse a las previsiones formales previstas para el despido, tampoco el trabajador tendrá que expresar su voluntad de extinción previamente a su efectividad⁷⁸⁸.

El preaviso no es consustancial a la extinción durante la prueba⁷⁸⁹, pero sí es susceptible de ser acordado por las partes⁷⁹⁰,

⁷⁸⁶ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.174, nota 451, “De esta opinión, con apoyo en la línea evolutiva del derecho comparado, MARTÍN VALVERDE, A. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, cit. Págs. 291 -292.” En línea de doctrina judicial: STSJ Andalucía de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50800): que básicamente establece que no se exige tampoco preaviso alguno, aun cuando es recomendable conceder este –siempre que fuera posible- en atención al principio de buena fe.

⁷⁸⁷ STSJ C. Valenciana de 15 de febrero de 2005 (JUR 2005/131843). No es un supuesto de dimisión que requiere un preaviso, sino una causa de extinción contractual que podrá ser empleada por cualquier parte.

⁷⁸⁸ STS 12 de julio de 2012 (RJ 2012/9598).

⁷⁸⁹ STSJ Navarra de 7 de septiembre de 2004 (JUR 2004/282596) ;STSJ de Islas Canarias de 14 de marzo de 2006 (AS 2006/1460); STSJ País Vasco de 11 de septiembre de 2007 (JUR 2008/35869); STSJ Murcia de 22 de julio de 2008 (JUR 2008/353461).

⁷⁹⁰ STS de 5 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9558); STS 14 de febrero de 1991 (RJ 1991/837): si se contempla un pacto de preaviso junto con el período de prueba, el primero no puede desatenderse

por esa razón cualquier actuación que omita este conllevará no la improcedencia del cese⁷⁹¹ sino la obligación de abono de los salarios (en el supuesto de que sea el empresario el que lo haya omitido) correspondientes al plazo de preaviso que no se atendió⁷⁹² o las particularmente señaladas en el instrumento que previó la necesidad de acomodarse al citado preaviso.

Pero, en cualquier caso la falta de advertencia previa del cese empresarial no supondría la nulidad de la manifestación extintiva, sino tan solo la obligación de la parte incumplidora de asumir el salario correspondiente a los días en los que el preaviso fue omitido⁷⁹³. Idénticas consideraciones habrá que realizarse en los supuestos en los que el incumplimiento haya procedido del trabajador (y aquí sí que se observa una coincidencia plena con la dimisión del art.49.1.d) Estatuto de los Trabajadores amén de comprobarse cómo la prueba nada aporta a la situación laboral del trabajador).

Situados en la hipótesis de previsión del preaviso, hay que observar una serie de cautelas que se reconducen a su proporcionalidad⁷⁹⁴ con respecto a la duración de la prueba. Así, la previsión contractual o convencional de aquel no desvirtuaría el sentido al que va llamada la prueba siempre que se tratara de plazos no excesivos, para lo cual se hace necesario comparar la duración de la prueba y la del preaviso a fin de evitar el abuso de derecho.

invocando la libre extinción contractual señalada en el art.14 del ET; STSJ C. Valenciana de 18 de mayo de 2000 (AS 2000/1949): en el contrato estaba previsto que para los supuestos de “cese, dimisión del trabajador o final de contrato, éste (entendemos, esto es nuestro, que se refiere al trabajador) estará obligado a comunicarlo a la empresa con un plazo de preaviso de tres meses”.

El Tribunal entiende que este preaviso no es aplicable a los supuestos de extinción durante el período de prueba, pues de ser así debería haberse consignado explícitamente; de igual forma, de la literalidad de la cláusula se deduce idéntica conclusión. Se trataba de un contrato en prácticas y el período de prueba era de 6 meses de conformidad con lo dispuesto por convenio.

STSJ Madrid de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003/77895). En realidad el contrato se remitía al convenio en este aspecto. Llama la atención lo excesivo del preaviso pues debe hacerlo tres meses antes, siendo el período de prueba de seis meses; no obstante, en el pleito no se cuestionó la existencia de abuso de derecho por esta circunstancia. Siguiendo a MARTÍN VALVERDE A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.291, el preaviso que se debe fijar –y que en su opinión sería recomendable que en todo caso se estableciera- ha de ser “proporcionado en su duración al de la fase probatoria”; en el último ejemplo judicial transcrito, entendemos no se cumple con esa regla de proporcionalidad tan recomendable jurídicamente.

⁷⁹¹ GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba”; op.cit., quien al tratar de las consecuencias indemnizatorias que generaría la falta de atención al plazo de preaviso concertado señala que el incumplimiento no supondría “la invalidez de la resolución contractual”.

⁷⁹² ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 333. “La falta de preaviso en este caso no anula el desistimiento, sino que sólo lleva consigo el abono de los salarios correspondientes al plazo de preaviso”; STSJ País Vasco de 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/322153). Las consecuencias de indemnización no están tan claras cuando es el trabajador el que eventualmente incumple con este deber al que se comprometió. Para BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit. pág.97, no sería posible la reducción de salario por constituir esta una multa de haber prohibida por el Ordenamiento.

⁷⁹³ STSJ País Vasco de 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/322153).

⁷⁹⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit. pág.291.

No obstante lo anterior, entendemos que sería radicalmente inviable incluir un régimen particular del período de prueba que supusiera, en la práctica, tergiversar el sentido legal al que va destinada esta institución y que, a la postre, también supondrían la imposibilidad de encuadrar al acto extintivo durante la prueba en un acto de genuino desistimiento. Precisamente esta perversión que denunciamos del alcance final del instituto probatorio se produce, a nuestro juicio, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2006 (AS 2006/3409). En ella se manifiesta que *“La regla general es que durante el período de prueba, salvo convenio colectivo o pacto expreso en contrario, la extinción del contrato de trabajo puede «producirse a instancia de cualquiera de las partes”*. Esta aseveración nos deja perplejos y, en absoluto, podemos coincidir con ella.

Si las partes en uso de su autonomía de la voluntad decidieran limitar la voluntad libre de desistimiento que proclama el artículo 14 del Estatuto no estarían concertando un período de prueba, sería una cláusula de extinción de la relación laboral diferente y que, en principio tendría cabida bajo la fórmula genérica contemplada en la letra b) del art.49 o incluso en la letra a). La esencia, lo que define al período de prueba, es esa libertad en el desistimiento y entendemos que por muy dispositiva que pueda aparecer la concreción del lapso probatorio, lo que no se puede amparar son actos de las partes que alteren su sentido final y atenten a su naturaleza y forma de comprensión jurídica. Así, se podrán modular los requisitos de exposición de la voluntad de extinción, precisándose la duración concreta a través del instrumento de la negociación colectiva pero no podrán ponerse cortapisas a la facultad de desistimiento ad nutum al ser este el requisito definitorio por antonomasia del período de prueba.

De cualquier manera, los requisitos que se imponen vía convencional o contractual (incluyendo la necesidad de preavisar) convierten a la potestad de extinción en una “facultad reglada”⁷⁹⁵ que suprimiría “la discrecionalidad que pueda terminar en pura arbitrariedad”⁷⁹⁶.

XIII.-CONSECUENCIAS TRAS LA PRUEBA.-

13.1.-Las alternativas ante la finalización de la prueba.-

Dos son las posibilidades ante las que nos podemos encontrar una vez finaliza la prueba. O bien la relación se ha extinguido durante

⁷⁹⁵ A decir por la ya citada STSJ Andalucía de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50800).

⁷⁹⁶ STS de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985/5189).

el período que dura la misma, o bien al no haber ejercitado ninguna de las partes contractuales el derecho de desistimiento, se continúa con la prestación de servicios por cuenta ajena.

En el supuesto de que se haya optado –conscientemente o no– a la renuncia tácita del ejercicio de la facultad de extinción libre, la relación laboral (que se remonta al comienzo del efectivo ejercicio de la ejecución del trabajo) continúa, sin ser preciso ningún acto de confirmación de las partes ni, por supuesto, la suscripción de un nuevo contrato de trabajo.

Esta posibilidad de continuidad queda reflejada en la expresión legal “el contrato producirá plenos efectos”. A partir de la finalización de la prueba, le serán de aplicación –sin excepción– todas las previsiones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores.

Recordemos que la única diferencia entre la relación a prueba y la que no se ha previsto era la posibilidad de desistimiento libre del empleador, relegando el régimen extintivo ordinario; el resto de derechos y obligaciones del trabajador eran idénticos a los de cualquier otro empleado. Así pues, la cita “producirá plenos efectos” está aludiendo a que una vez que transcurra el período probatorio no será posible que el empresario (pues el trabajador conserva intactas sus opciones dimisorias) se libere de la relación sin causa.

Entendemos que en ningún caso la referencia legal entrecomillada puede entenderse como alusión al momento en que se consolida la relación. El vínculo que une al empresario con el trabajador existió desde el momento en que el empleado presta sus servicios por cuenta y bajo la dependencia del empleador, siendo esta realidad totalmente ajena a la circunstancia de si se convino o no el pacto probatorio.

No obstante, no podemos obviar voces tan acertadas como las de MARTÍN VALVERDE⁷⁹⁷ que entendía de las palabras del legislador, la conclusión diametralmente opuesta a la que sostenemos. La relación solo se consolidaba cuando transcurría el período de prueba.

Por su parte, BALLESTER PASTOR entiende que la alusión legal hace referencia tan solo a la circunstancia de que transcurrido el período de prueba “el trabajador no se encuentra sometido a prueba”⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 99, es de la opinión de que la consolidación de la relación laboral se produce transcurrida la prueba.

⁷⁹⁸ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 64. Si se agota el plazo de duración del período de prueba establecido a través de contrato o convenio o ley, el contrato será definitivo, “en el sentido de que el trabajador no se encuentra sometido a prueba”.

La vida de la relación dependerá del primitivo deseo de las partes; así, si lo que se convino –junto a la prueba- fue un compromiso temporal, tras la finalización de la prueba se continuará hasta la muerte natural del contrato; si, por el contrario, se asumió una relación indefinida, esta se mantendrá gozando ahora de la estabilidad que antes –con el período de prueba- no tenía.

Las condiciones laborales se mantienen intangibles, sin perjuicio de las genéricas posibilidades de modificación de aquellas que se ajustarán a las previsiones legales.

La superación de la prueba también tendrá efectos en la determinación de la antigüedad. Para el cómputo de esta, ineludiblemente habrá de computarse “el tiempo de los servicios prestados” durante el período probatorio. La expresión legal que hemos transcrito –BARREIRO GONZÁLEZ⁷⁹⁹- ha de “entenderse como tiempo de servicio o tiempo de trabajo efectivo y que, por tanto, en principio y como norma general, no abarca el tiempo de las posibles interrupciones o suspensiones de la prestación de servicios. Ni siquiera cuando las suspensiones o interrupciones de la prestación de servicios no hayan producido la correlativa del período de prueba, todo ello salvo acuerdo en contrario”.

Centremos ahora el análisis en las hipótesis en las que se haya hecho efectiva la extinción, la relación fenece. Pero la parte sobre la que pesa la decisión ¿tendrá derecho a ser compensada económicamente?. Si nos remontamos a la extinta Ley de Relaciones Laborales se observa cómo el precepto que instituía la prueba establecía expresamente que la decisión de desistimiento no daba lugar a indemnización.

Esta previsión desaparece posteriormente y en la actualidad no existe referencia alguna al posible derecho de indemnización cuando se pone fin a la relación laboral en prueba.

Esta realidad legal nos conduce a negar derecho de indemnización por la extinción. Siendo ello así, no existe ningún obstáculo legal para que las partes –de nuevo el principio de autonomía de la voluntad- puedan señalar contractual o convencionalmente otro efecto económico⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ BARREIRO GONZÁLEZ, G. “El período de prueba”, op.cit., pág.64.

⁸⁰⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.290; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E, *Derecho del Trabajo*, op. cit. Pág. 214; DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.176.

No obstante, la libertad contractual no es absoluta tampoco en este punto, pues se encuentran limitadas por la imposibilidad de incluir cláusulas que desvirtúen la naturaleza del instituto probatorio.

Es decir, el resarcimiento económico aludido tiene un límite en cuanto a su cuantía –MARTÍN VALVERDE⁸⁰¹ y DE VAL⁸⁰²-. No podrá establecerse una cantidad que sea equivalente a la indemnización a la que se podría tener derecho el trabajador en los supuestos de declaración de improcedencia de la extinción.

Como se puede sospechar, en el supuesto de previsión de montantes similares a los que corresponden con la declaración de improcedencia de un cese, se estaría pervirtiendo la naturaleza jurídica del período de prueba o, lo que es lo mismo, convirtiendo a este en un acto tan distinto cual es el despido, amén de perder “totalmente su potencialidad extintiva, en tanto perjudicaría en mayor medida los intereses de la empresa.”⁸⁰³

Efecto común a toda extinción laboral es la necesidad de finiquitar la relación y la posibilidad de que el trabajador se rodee de las garantías legales a fin de preservar su posición (representación legal). A través del documento pertinente se saldarán las responsabilidades económicas que pudieran existir pendientes, derivadas fundamentalmente de aquellas prestaciones cuyo devengo es superior al mensual o las generadas hasta el día de la marcha laboral. De cualquier forma, el incumplimiento de las responsabilidades pecuniarias no tiene incidencia alguna en la licitud de la extinción de la prueba, esto es, las liquidaciones pendientes de haberes no tienen como efecto el enervar la voluntad clara y contundente de desistimiento o la virtualidad de convertir en improcedente a la extinción⁸⁰⁴.

13.2.- El ejercicio de la facultad de desistimiento por el empresario: el análisis de la causa extintiva.-

Comentábamos más atrás cómo la facultad que dispensaba la concertación del período de prueba se plasmaba en la posibilidad de desistimiento de la que es titular cualquiera de las dos partes contractuales.

Toda vez que esa potestad de extinción ad nutum se conserva por el trabajador intacta cualquiera que fuere el estadio o momento contractual, nos parece especialmente interesante centrarnos en la

⁸⁰¹ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág. 290.

⁸⁰² DE VAL TENA, A.L: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág 176 y 177.

⁸⁰³ *Ibíd*em, pág.177.

⁸⁰⁴ STSJ Galicia de 23 de abril de 1999 (AS 1999/860).

posibilidad de finalización libre que tiene la otra parte del contrato: el empresario.

La premisa es, por tanto, la plena libertad de cercenar el vínculo, mas -y a pesar de la afirmación precedente- esta consecuencia no nos puede hacer entender que nos hallamos ante una libertad omnímoda a la hora de plasmar su ejercicio. Por el contrario, se encuentra circunscrita a la necesidad imperiosa de respeto del orden constitucional y legal, límites estos que se traducen en la práctica en la imposibilidad de afección de los derechos fundamentales, fraude de ley o incursión en abuso de derecho.

La circunstancia antes señalada (y a la que más adelante dedicaremos nuestra atención) de imposibilidad de alteración del orden constitucional y legal supone que no sean pocos los supuestos en los que el trabajador -entendiendo que la medida de extinción formulada por el que fuera su empresario no es ajustada a Derecho- invoca el auxilio judicial, a fin de que a través de la tutela jurisdiccional se pueda determinar la improcedencia del acto de extinción que formalmente se ampara en la falta de superación de la prueba.

Es, en este punto, donde pueden aparecer diferentes problemas en orden a la actuación concreta de nuestros tribunales. De un lado se ha venido defendiendo que la forma de extinción durante la prueba constituye un acto típico de desistimiento (acausal por lo tanto), mas si el trabajador impugna el mismo, ¿le sería posible al órgano judicial indagar acerca de las causas reales que ha tomado en consideración el empresario para sesgar la relación laboral?.

La cuestión es espinosa, por cuanto un primer análisis parece advertir que escudriñar las razones de la extinción iría en contra del entendimiento de la libertad de empresa (que se erige como fundamento para la explicación de la institución de prueba) siendo este derecho necesariamente merecedor también de la tutela judicial.

Mas, de otro lado, también pudiera pensarse que si no se permitiera al Tribunal entrar a conocer los motivos extintivos, mal podría examinarse concienzudamente el debate que se le presenta.

La postura acertada es la señalada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2.012 (RJ 2012/9598) que dispone que "se entiende que el control judicial es muy limitado, tiene poco margen de actuación", no siendo posible el examen -ni tan siquiera en vía judicial- de las razones de la expiración contractual⁸⁰⁵.

⁸⁰⁵ STSJ La Rioja de 31 de diciembre de 1992 (AS 1992/600) a la luz del Estatuto de los Trabajadores de 1980; STSJ País Vasco de 26 de mayo de 1993 (AS 1993/2208); STSJ Galicia de 10 de diciembre de

No obstante, a pesar de ser esta la conclusión aceptada, no faltan los pronunciamientos que –tras asentar la doctrina general- sí proceden a desglosar los motivos empresariales a fin de conceder o no validez a la extinción durante el período de prueba, aun cuando interpreten laxamente estos y concedan finalmente validez al criterio extintivo empresarial⁸⁰⁶.

Próxima a esta línea argumental se encuentra PIQUERAS PIQUERAS .

Recordemos que ella extraía del contenido del período de prueba aquellas cuestiones que rozaban la esfera personal del trabajador. El resultado de la prueba es susceptible de medición, aun cuando la diligencia exigible al trabajador durante el transcurso de la prueba sea “menor, o al menos distinta, a la que se exigiría a un trabajador no sometido a ella, y debe ser medida con criterios objetivos atendiendo, por ejemplo, al promedio obtenido por los compañeros de trabajo al realizar funciones iguales o semejantes durante el mismo período”⁸⁰⁷.

Como se puede intuir, no compartimos la opinión de la autora por cuanto concebimos al período de prueba no solo como el momento apto para comprobar circunstancias profesionales sino también las personales que inciden directamente sobre la prestación a realizar. De igual modo mantenemos que lo que concede la institución probatoria es la facultad de desistimiento libre y si se impone la necesidad de medir el rendimiento del trabajador a prueba

1998 (AS 1998/4232): no hay que indagar la causa (en este supuesto la empresa tiene sospechas de que el trabajador había sustraído dinero pero pone fin a la relación laboral acogiéndose a la extinción durante el período de prueba. El empresario no tiene obligación de proceder a un despido disciplinario y el tribunal no puede examinar si las sospechas o no son ciertas; STSJ Islas Canarias de 22 de junio de 2007 (JUR 2007/348890); STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 2008 (AS 2009/472): “...no requiere una exigencia causal que la parte haya de probar”; STSJ Cataluña de 3 de septiembre de 2009 (JUR 2009/463300): “no siendo precisa la prueba de esa falta de superación de las expectativas o exigencias laborales para el puesto contratado”.

⁸⁰⁶ STSJ Cataluña de 24 de febrero de 1998 (AS 1998/1819). Creemos que la sentencia comete el desliz de tras asegurar que esta institución no precisa causa para extinguir el contrato, afirmar que la razón que impulsó al empresario a dar por finalizada la relación fue que ya no le eran necesarios sus servicios (si esta fue la razón que finalmente se comprobó, ¿se estaría extinguiendo el contrato por no superación del período de prueba?); STSJ Aragón de 25 de marzo de 1998 (AS 1998/914): tras establecer la naturaleza acausal del instituto, manifiesta que dos días constituyen período suficiente para entender cumplida la prueba, teniendo en cuenta que el trabajador lo era para funciones de conductor de autobús (entendemos, no obstante, que si no se había hecho ver en el plenario la existencia de ningún indicio que pudiera hacernos pensar que se habían conculcado derechos fundamentales, huelga la explicación del tribunal de la suficiencia temporal de la prueba); STSJ de Extremadura de 3 de diciembre de 2012 (AS 2013/622): en el presente, se logra acreditar que la razón de la extinción durante el período de prueba estribó en la circunstancia probada de que la trabajadora (comercial) tuvo escasa productividad (por el nivel de ventas), declarando el Tribunal resuelta la relación justificadamente.

⁸⁰⁷ PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, op.cit. pág. 42.

con el que producen el resto de compañeros no sometidos a aquella estaríamos reconduciendo el régimen de extinción –libre, por antonomasia- en uno casualizado que tiene mucho que ver con el denominado despido objetivo por ineptitud del trabajador.

La conclusión acertada –en nuestra opinión- es la manifestada por DE VAL⁸⁰⁸ quien tras proclamar que el principio que preside el entendimiento del desistimiento empresarial es la libertad del empleador; de esta forma la decisión empresarial no es susceptible de ser controlada judicialmente. Solo cabe una excepción: “esta regla general se exceptúa el desistimiento formal que esconda una razón discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales del trabajador.”

En definitiva, afirmamos rotundamente que es irrelevante la causa para poner fin a la relación laboral durante la prueba⁸⁰⁹.

XIV.-LA EXTINCIÓN DURANTE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.-

14.1.- Delimitación.-

El trabajador a lo largo de su relación laboral puede incurrir en determinadas situaciones (contempladas por el art.45 del Estatuto de los Trabajadores) que supondrán que su contrato se encuentre suspendido temporalmente. Esta suspensión podía irradiar unos efectos sobre el tratamiento probatorio, que se traducían en la interrupción automática o acordada del lapso probatorio hasta en tanto en cuanto finalizara hecho que causaba derecho a la suspensión contractual.

No obstante el examen que más atrás realizáramos en torno a la consecuencia de paralización de la prueba⁸¹⁰, el análisis queda incompleto sino analizamos si es o no factible desplegar las facultades de desistimiento libre cuando el contrato se suspende (manteniéndose inalterada la duración de la prueba) y si, en los supuestos de interrupción de la prueba como consecuencia querida ante los mismos, las partes (el empresario) pueden válidamente

⁸⁰⁸ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pag. 170.

⁸⁰⁹ STS de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983/521); STS de 6 de abril de 1984 (RJ 1984/2047) resaltando el carácter acausal de la institución probatoria; STS de 8 de julio de 1986 (RJ 1986/3977) que tras reconocer la falta de “*trascendencia*” de la causa extintiva recuerda que no se encontrarían amparados resultados inconstitucionales; STS de 14 de julio de 1986 (RJ 1986/4125) que incluso llega a afirmar cómo se puede comprobar médicamente el estado de salud de una persona, pues incidía directamente en la realización de las tareas encomendadas; STS de 14 de julio de 1987, (RJ 1987/5367): “*sin alegación de causa y por apreciación personal y subjetiva del resultado*”; STSJ Castilla La Mancha de 24 de diciembre de 1993 (AS 1993/5434) que tras recoger las tesis doctrinales expuestas por Martín Valverde y Alonso Olea, señala el carácter acausal de la extinción durante la prueba.

⁸¹⁰ Examinado en Capítulo V del presente.

acudir a las posibilidades extintivas que el período de prueba les dispensa.

14.2.- La extinción durante la incapacidad temporal: de vuelta con la obligación al experimento.-

14.2.1.- La extinción durante la incapacidad temporal sin interrupción de la prueba.-

De todos los supuestos extintivos en situaciones de suspensión contractual planteados ante la doctrina judicial, nos interesa destacar –por su número y por su grafismo- los que ponen fin a las disquisiciones planteadas por haber finiquitado la vida laboral durante el período de incapacidad temporal del trabajador.

Básicamente se trata de actos de extinción procurados por el empresario que tienen lugar cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad provisional para acudir a prestar sus servicios y, por lo tanto, no es materialmente posible (ni jurídicamente exigible) que el trabajador cumpla con ese deber de experimento.

Estos supuestos, además, son especialmente sensibles por cuanto se plantea si la extinción contractual supone o no una posible lesión de derechos fundamentales e incluso si la medida empresarial es abusiva.

Existen innumerables ejemplos en nuestras Salas de lo Social avalando la licitud de la extinción durante la prueba⁸¹¹, pero queremos centrar nuestra atención en un pronunciamiento: la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2.012 (RJ 2012/9598⁸¹²). En ella se analiza la licitud de la extinción empresarial cuando esta se produce al día siguiente de haber sufrido el trabajador

⁸¹¹ A título de ejemplo: STSJ Cantabria de 7 de octubre de 1997 (AS 1997/3671); STSJ Castilla y León de 29 de junio de 1998 (AS 1998/6316); STSJ Madrid de 17 de septiembre de 1998 (AS 1998/3321); STSJ Castilla y León de 26 de febrero de 1999 (AS 1999/5591); STSJ Galicia de 22 de junio de 1999 (AS 1999/1972); STSJ Castilla La Mancha de 29 de noviembre de 1999 (AS 1999/4025); STSJ Madrid de 18 de noviembre de 1999 (AS 2000/340); STSJ Madrid de 8 de septiembre de 2000 (JUR 2000/307686); STSJ Asturias de 24 de marzo de 2000 (AS 2000/501).

En sentido contrario, amparado en la normativa del Estatuto de los Trabajadores de 1980: STSJ Madrid de 24 de septiembre de 1996 (AS 1996/3542). Los hechos probados básicamente consisten en la incursión del trabajador a prueba en situación de incapacidad temporal cuando habían transcurrido tres días desde el inicio de la prestación laboral. El Tribunal considera que en ese lapso de tiempo es imposible conocer al trabajador. La comunicación de extinción se produce estando el trabajador en IT, siendo considerada extemporánea. No es posible extinguir durante la IT porque el contrato se suspende, teniendo que finalizar la suspensión para proceder a la extinción. Se apoya en STCT de 26 de mayo de 1988 (RTCT 1988/3738) y 22 de mayo de 1989 (RTCT 1989/3542).

⁸¹² Resuelve el recurso de casación para la unificación de la doctrina presentado contra la STSJ Cataluña de 7 de junio de 2011 (JUR 2011/291392). Se cita como Sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2011/291392).

un accidente de trabajo. Pero hay que destacar otro dato relevante para la resolución de la litis: la coincidencia entre el accidente y el inicio de la relación laboral (ambos se produjeron el mismo día).

La controversia queda centrada en el Fundamento de Derecho Primero y puede resumirse de la siguiente forma: ¿la facultad de desistimiento puede ejercitarse cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal y no existen acreditadas circunstancias concretas que avalen tal decisión? O dicho de otra forma, ¿se puede extinguir el contrato cuando no se puede valorar la experiencia?.

Porque, en cuanto a lo segundo, nos parece que no es aventurado afirmar que en este concreto asunto, el trabajador no pudo demostrar su valía (profesional y personal) para el trabajo encomendado. En definitiva, la prueba que se había previsto no se agota por el resultado insatisfactorio de esta, pues el empresario no le da la oportunidad –por la razón que fuere- a su empleado de llevar a cabo las experiencias en las que se debe concretar el período probatorio.

Yendo al final de la Sentencia. Esta concede validez a la actuación del empresario sin importarle si durante el período de incapacidad temporal se había o no pactado la interrupción de la prueba, pues también entonces aquel conserva sus facultades intactas en orden a desasirse del vínculo (aunque esto sea anticiparnos a la siguiente conclusión). Tampoco se aprecia (sin descender a detalle) ninguna otra lesión a cualesquiera derechos fundamentales recogidos en nuestro texto constitucional⁸¹³.

Ciertamente la experiencia no se ha podido llevar a cabo y la única razón explicable que ha tomado en consideración el empresario para proceder a la extinción es un motivo de organización empresarial. Mas, aunque esta razón pueda ser –con razón- reprochable desde un punto de vista humano, no se puede censurar jurídicamente.

A nuestro juicio, realmente el dilema se reconduce a la pregunta: ¿qué intereses empresariales se están amparando con el precepto? o más específicamente ¿cuándo es posible lícitamente extinguir la relación laboral durante la prueba?. El empresario podrá finalizar el vínculo cuando este no es interesante a sus ojos desde un punto de vista netamente mercantil. Desde este punto de vista, hemos de partir que el empresario que contrata a una persona –con o sin período de prueba- lo hace con la intención de contar con este

⁸¹³ Entendemos la oportunidad de diferir el estudio de estas dos cuestiones para el apartado en el que abordaremos la advocación de los derechos fundamentales con relación a la incapacidad temporal.

sujeto mientras tenga una necesidad que cubrir y solo se verá en la tesitura de prescindir de sus servicios cuando no resulta rentable económicamente.

El período de prueba está destinado específicamente para conocer, siquiera de forma aproximativa, si el trabajador resultará provechoso, útil o ventajoso, pero esta valoración ha de producirse durante un período de tiempo concreto. Claro es el abuso de derecho si se permitiera que el empresario pudiera abandonar la relación laboral en cualquier momento, arguyendo estas razones de productividad económica.

Pero fuera de este supuesto no vemos razón alguna para entender que concurre abuso de derecho en la conducta de un empresario que decide poner fin a la relación cuando y porque su trabajador está en situación de incapacidad temporal⁸¹⁴. Este empleado no le resulta apto, en el sentido de productivo por cuanto existe una causa ajena a su voluntad (también a la del trabajador) que imposibilita el ejercicio efectivo de la prestación.

Si no se le permitiera al empresario hacer uso de la facultad extintiva por la mera circunstancia de que el trabajador se encuentra en situación de baja laboral, se le estaría condenando al empresario a contar con una persona (salvo que se haya suscrito el acuerdo interruptor del plazo de la prueba) cuyas cualidades desconoce y cuya rentabilidad también le es incierta.

Lo peligroso, siempre a nuestro juicio, de este aserto son sus fundamentos. Desciende ahora el Tribunal al terreno práctico al considerar que en los supuestos de incapacidad temporal el empresario se verá obligado en multitud de ocasiones a recurrir a otra contratación para cubrir el puesto de trabajo del empleado que se encuentra impedido para prestar sus servicios. A ello habría que aunarle el dato de que el empresario se verá obligado a elegir – siempre que no se haya acordado la interrupción de la relación como consecuencia de esta situación- entre continuar con el vínculo o romper este antes de que finalice el período de prueba.

Estimamos que esta argumentación es azarosa y provoca inseguridad. Se ha entrado en el plano de la elucubración económica y de reorganización de recursos humanos empresariales. Entendemos

⁸¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: “El período de prueba en el contrato de trabajo”, op.cit., pág. 283 “La valoración empresarial sobre la inadaptación o la aptitud deficiente del trabajador a prueba ha de estar razonablemente fundada”. A colación de estas palabras, entiende que para asegurar que el trabajador se acomode al puesto de trabajo es necesario concederle un cierto margen temporal. Si no se concediera este mínimo lapso temporal, podríamos estar ante abuso de derecho ex art.7.1 CC y art.76.1 LCT.

que este tipo de consideraciones deben ser ajenas a los ojos del Tribunal. Lo que a este le corresponde es la aplicación de la ley. Nuestra opinión es que hubiera resultado más acertado acabar el debate simplemente con la aplicación del art.14.2 del Estatuto: la intangibilidad de la facultad de extinción de las partes durante el período de prueba, que no se haya condicionada o sometida a una realización previa de las experiencias.

Al hilo de esta reflexión judicial, se plantean nuevas preguntas en torno a si la protección frente al acto de extinción es mayor en los supuestos en los que el trabajador ha sufrido una contingencia profesional con relación a la que se debe de dispensar cuando el hecho causante sea una contingencia común, a lo que se contesta que no existe ninguna razón jurídicamente relevante que habilite para atribuir un tratamiento dispar a una y otra situación.

Creemos que esta sentencia es bastante ilustrativa a los efectos que ahora estamos examinando. La obligación de experimento se encuentra en la propia definición de la prueba pero, en realidad, las partes no están jurídicamente sujetas a llevar a cabo las experiencias que constituyen el objeto del período probatorio, pues es claro que la finalización del contrato en este supuesto en nada tuvo que ver con la impericia o falta de adaptación del trabajador al puesto encomendado.

Los pronunciamientos judiciales que ahondan en la idea de la posibilidad de extinguir la prueba –y, por ende, el contrato- aun cuando el trabajador se halle en situación de incapacidad temporal, incluso cuando esta ha tenido lugar pocas horas después del inicio del vínculo, nos hacen reafirmarnos en la idea de la futilidad del experimento a estos efectos.

Si realmente existiera una obligación con contenido real, ¿cómo podría negarse la improcedencia de la extinción cuando materialmente ha sido imposible que el trabajador pruebe sus habilidades y conocimientos?. En estos supuestos no solamente no ha existido posibilidad fáctica para ejercer la labor contratada sino que claramente la causa de la extinción no puede conectarse a un insatisfactorio resultado de la prueba, por cuanto esta no ha tenido la posibilidad de germinar.

Con planteamientos judiciales como el expuesto, todo el debate acerca de la concepción del ensayo se torna en irrelevante desde el momento en que admitamos que las partes son libres para desistirse durante la prueba⁸¹⁵ y no se hayan previsto legalmente las consecuencias de su incumplimiento, convirtiéndose la obligación del

⁸¹⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.14.

experimento en esa pretensión, si se quiere ornamental, a la que aludíamos con anterioridad.

Este tipo de pronunciamientos judiciales nos hacen reafirmarnos en la idea de que el deber de experimento no es más que la concreción de la buena fe contractual⁸¹⁶ y, a pesar de las críticas que pueda suscitar el no haber asegurado jurídicamente la obligación de experimento, nos parece que la apuesta del legislador es acertada.

Si se tuviera que alegar la insatisfacción del experimento llegaríamos a la postre a causalizar la extinción. Esta no se podría producir a menos que se acreditara fehacientemente en qué ha consistido el experimento y en qué aspectos puntuales el trabajador no ha satisfecho los requerimientos prediseñados para el contenido de la prueba.

Además volvemos a recordar que, en nuestra opinión, la función del período de prueba no se circunscribe al ámbito netamente profesional y esta circunstancia tiene que ser de valoración libre para el empresario (sin más límites que la barrera infranqueable que presentan los derechos fundamentales) quien, de otro lado, habrá de asumir –una vez superado el período de prueba por el trabajador- las consecuencias que su decisión supone de cara al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador.

Incluso –en línea con la argumentación sostenida por el Supremo acerca de las razones extintivas empresariales- algún Tribunal incluso ha defendido la razonabilidad de la extinción en período de prueba por la incursión en la situación de incapacidad temporal⁸¹⁷.

14.2.2.- La extinción durante la incapacidad temporal que interrumpe la prueba.-

El segundo problema a resolver trata del tratamiento extintivo que hay que dispensar a los supuestos de acuerdo interruptor ante la concurrencia de alguna, o todas, las causas que se contemplan en el precepto. Las Sentencias estudiadas sostienen unánimemente que la situación de interrupción de la prueba tan solo tiene como efecto el alargar en el tiempo esta por idéntico período al que el trabajador se encontró con su contrato suspendido.

⁸¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.221.

⁸¹⁷ STSJ País Vasco de 22 de mayo de 2007 (JUR 2007/350050): "no sólo nos hallamos ante una causa lícita sino además razonable, si tenemos en cuenta que la ausencia al trabajo por el empleado impide de facto comprobar sus aptitudes para el puesto".

El resto de las facultades que entraña la suscripción del período de prueba permanecen incólumes, lo que en definitiva supone afirmar categóricamente que es perfectamente lícito proceder al desistimiento contractual aun cuando el contrato –y la prueba- se hallen suspendidos⁸¹⁸.

La conclusión judicial queda avalada por la voluntad del legislador quien claramente no excepciona el régimen de extinción cuando se atraviesa esta peculiar y querida situación de alargamiento de la prueba y sin que pueda observarse –del mero ejercicio de la facultad de extinción libre- lesión a ningún derecho fundamental o supuesto de abuso de derecho.

En cuanto a la posibilidad de acordar la interrupción entra de lleno en el ámbito privado, obedece no a la obligación de

⁸¹⁸STS 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009/257); STSJ Castilla y León de 10 de diciembre de 1996 (AS 1996/4660): *“las interrupciones del cómputo del transcurso del período de prueba no impiden el ejercicio de desistimiento del empresario”*; STSJ Cataluña de 3 de marzo de 1998 (AS 1998/1823) califica como causa “abstracta” a la razón para extinguir el contrato durante el período de prueba; STSJ Madrid de 18 de enero de 2002 (AS 2002/1013). La situación de IT tan solo conlleva la exoneración del deber de trabajar y abonar salario, pudiendo extinguirse el contrato durante la misma, todo ello con independencia de eventuales pactos que suspendan el período de prueba ante las situaciones de baja del trabajador; STSJ Aragón de 2 de abril de 2001 (JUR 2001/171379); STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2001 (AS 2001/709); STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2002 (AS 2002/1441); STSJ Castilla La Mancha de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003/106934); STSJ Castilla y León de 3 de febrero de 2004 (JUR 2004/81679); STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2005 (AS 2006/131); STSJ de Islas Canarias de 9 de julio de 2005 (AS 2005/2301); STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2007, (JUR 2008/128471); STSJ de Madrid de 24 de junio de 2008 (JUR 2008/293576); STSJ Madrid de 11 de marzo de 2008 (AS 2008/1241); STSJ Cataluña de 2 de abril de 2009 (AS 2009/2071): *“...y aunque ello desde el punto de vista humano y moral pueda tener distintas consideraciones”*; STSJ Asturias de 18 de diciembre de 2009 (JUR 2010/75859); STSJ Cataluña de 18 de enero de 2010 (JUR 2010/114399); STSJ de Madrid de 5 de abril de 2010 (AS 2010/1103): *mantener una posición contraria “confronta con la ratio essendi de la libre facultad de la que disponen las partes para desistir del contrato durante el período de prueba fijado sin necesidad alguna de justificar la causa por la que se adopta tal decisión unilateral.”*; STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2010, JUR 2010/383472; STSJ Cataluña de 7 de julio de 2011 (JUR 2011/324582); Sentencia del TSJ Madrid de 7 de febrero de 2011, JUR 2011/146898; STSJ de Andalucía de 12 de julio de 2012 (JUR 2012/330648).

En contra (solo hemos hallado estos tres asertos anteriores al pronunciamiento del Tribunal Supremo) STSJ Madrid de 16 de octubre de 1997, AS 1997/3746 indicaba que al no existir acuerdo para la interrupción del período de prueba durante la incapacidad temporal, sí es factible extinguir la relación (lo que a contrario sensu entendemos en el sentido de que no se podía extinguir si había acuerdo para la interrupción del período de prueba); STSJ Cataluña de 17 de julio de 1997 (AS 1997/3139) considera que no es posible extinguir el contrato si el período de prueba está suspendido por causa de IT, *“mientras perviva la enfermedad”*.

Y sabedor de que no es la doctrina general, se pronuncia TSJ País Vasco de 14 de septiembre de 2004 (AS 2005/158). Dice que la interrupción lo es *“a todos los efectos, sin que limite su alcance al de la simple ampliación de su duración, como lo revela los términos dados por el legislador, que no señala que el plazo se ampliará durante esta situación, sino que el período de prueba se interrumpirá”*. Por ello, entiende que las facultades resolutorias están temporalmente cercenadas, todo ello en atención a que el período de prueba realmente responda a su destino o finalidad. De cualquier forma, salva las facultades extintivas del empresario durante esta situación siempre que se amparen las mismas en causas o razones distintas a la falta de superación de la prueba.

Partidario de esta última tesis se sitúa DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.143.

experimento, sino al principio de autonomía contractual que, efectivamente, es coherente con el destino al que naturalmente la prueba viene llamado y que, no olvidemos, no solo se ciñe al aspecto netamente profesional. Pero, además, entendemos que no puede defenderse con éxito que la voluntad del legislador fuese asegurar a toda costa la realización de la prueba o ensayo porque si así fuera podría haber señalado como efecto natural (tal y como ocurre con otras modalidades contractuales, cuales son los contratos formativos) la interrupción de la prueba siempre que el trabajador se encontrara en alguna de las situaciones en las que su contrato de trabajo esté suspenso.

El reconocimiento de la intangibilidad de la facultad de desistimiento empresarial en las hipótesis de suspensión contractual - conlleve o no una interrupción del período probatorio- se enlaza, y fundamenta, asimismo en la circunstancia de que el legislador (salvando previsiones convencionales de imperativo cumplimiento) no ha establecido mínimos, sino máximos que no se han de agotar para ejercer válidamente el desistimiento.

XV.-LA EXTINCIÓN DURANTE LA PRUEBA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

15.1.-Delimitación.-

Una breve recapitulación acerca del entendimiento de la institución probatoria nos lleva a afirmar que la extinción contractual que se promueve estando viva la prueba no ha de obedecer a ningún motivo o causa jurídicamente relevante, a diferencia de lo que ocurre cuando el fin del contrato se produce en otros estadios de la relación laboral. Esta aseveración se traduce en la práctica en que toda extinción durante la prueba se presume (como veremos, presunción iuris tantum) que es lícita⁸¹⁹.

De hecho, las posibilidades extintivas que el período de prueba concede adquieren tal intensidad que incluso se admite su ejercicio, aun cuando el trabajador se hallare en situación de suspensión contractual provoque o no la interrupción en el cómputo de la prueba.

No obstante tal afirmación, no podemos ignorar que determinadas coyunturas han de ser protegidas por encima de estas posibilidades de desistimiento libre que concede el artículo 14 del Estatuto. Los supuestos de hecho dignos de tutela son todos aquellos

⁸¹⁹ Siendo la otra parte contratante la que debe advenir, si tal fuere su deseo, la conclusión contraria. STSJ Asturias de 27 de julio de 2001 (AS 2001/1918): “*El empresario, en cambio, disfruta, en principio, del privilegio de la nuda revocación ... El trabajador habrá de probar*” la realidad del despido alegado; STSJ La Rioja de 18 de abril de 2002 (JUR 2002/197292) citando a STSJ Asturias de 27 de julio de 2001 (AS 2001/1918).

que afecten a los derechos fundamentales de la persona o constituyan abuso de derecho o fraude de ley.

En este sentido observamos cómo el Derecho del Trabajo no aporta ninguna novedad con respecto a otras ramas jurídicas. El único dato destacable -a nuestro juicio- y propio del Derecho laboral y más concretamente del período de prueba, es que en la facultad de desistimiento empresarial sí se pueden representar situaciones en donde o bien claramente se transgreden derechos fundamentales del trabajador o existen sospechas fundadas de que la extinción se ha debido a una causa que nuestro ordenamiento constitucional rechaza.

En estos casos la posibilidad de extinción empresarial cede para dejar paso a bienes, derechos, que forzosa y constitucionalmente tienen más peso que el desistimiento legal.

Esta afirmación, empero, no supone causalizar el régimen de desistimiento⁸²⁰ sino que tan solo nos encontramos ante un supuesto de jerarquía normativa que supone la necesidad de aplicar el régimen y efectos que constitucionalmente se prevén para los derechos fundamentales.

En el entendimiento de que la facultad de extinción no es omnímoda⁸²¹, en estas tesis de posible violación de derechos

⁸²⁰ En contra: BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.63; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., TOL4.143: “La caracterización de la extinción del contrato durante el periodo de prueba como extinción causal, y no como libre desistimiento, aflora a la postre también en aquellas situaciones en que la decisión resolutoria del empresario conlleva vulneración de derechos fundamentales.”

Entendemos que no es este un argumento para abogar por la causalidad de la extinción. Los derechos – también el de desistimiento- se encuentran limitados, no cabiendo su omnímodo ejercicio. En este caso, encuentran su tope, el infranqueable límite, en los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, siendo en todo caso exigible su respeto. El límite de los derechos fundamentales no deriva de la aplicación del art.14 del Estatuto, ni específicamente de la previsión que contempla la obligación de las partes a someterse al experimento, sino que deriva de la directa aplicación del texto de la Carta Magna al que se debe respetar en todo caso.

No es que el cese no fuera lícito en estos casos es que no sería constitucionalmente admisible.

⁸²¹ Prácticamente la totalidad de las Sentencias citadas para fundamentar la acausalidad de la extinción y contenidas en las notas que fundamentan ese concreto estudio aluden a esta circunstancia. Añadimos ahora STS de 14 de julio de 1987 (RJ 1987/5367); STS de 5 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9558); STS 18 de abril de 2011 (RJ 2011/5814); STSJ Islas Baleares de 9 de julio de 2004 (AS 2004/3349); STSJ Islas Canarias de 18 de noviembre de 2004 (AS 2004/3710); STSJ País Vasco de 25 de enero de 2005 (AS 2005/637); STSJ Andalucía de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/14338); STSJ Andalucía de 12 de mayo de 2005 (AS 2005/3477); STSJ La Rioja de 11 de octubre de 2005 (AS 2005/2894); STSJ Extremadura de 20 de abril de 2006 (JUR 2006/159231); STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (AS 2006/3409): A pesar de que, en un principio y de la literalidad con la que se expresa – “*esta facultad resolutoria ...no se puede hacer valer por causas ajenas al propio trabajo*”-, pudiera ser posible interpretar que el aserto entiende que la facultad de extinción tan solo puede ejercerse si el empresario tiene una razón o motivo laboral para poner fin a la relación, a continuación el Tribunal nos resuelve la posible duda interpretativa de sus palabras estableciendo “*la resolución del contrato durante el período de prueba es libre, salvo que sea discriminatoria*”; STSJ Navarra de 27 de diciembre de 2006 (JUR 2007/89146); STSJ Andalucía de 7 de febrero de 2007 (JUR 2008/18760); STSJ de Castilla y León de 21 de febrero de 2007 (AS 2007/2851); STSJ País Vasco de 22 de mayo de 2007 (JUR 2007/350050); STSJ

fundamentales, se produce una auténtica novedad procesal que comparten todos los procedimientos en donde se invoca tal lesión. El trabajador deberá aportar tan solo un indicio de que la conducta del que fuera su empresario puede ser tildada de discriminatoria o, en definitiva, de que atenta a uno de sus derechos fundamentales.

Para generar la aparición de ese indicio, no obstante, no basta con la mera alegación del derecho conculcado⁸²² sino que se han de exponer los hechos de los que se deduce –al menos aparentemente– tal quebranto.

En estos supuestos de exposición de indicios que creen la apariencia de que la medida de extinción acaso pudiera lesionar el marco constitucional de los derechos fundamentales, será la otra parte procesal (empresario) la que tenga que advenir que su decisión de terminación laboral no tuvo en consideración en absoluto los incumplimientos constitucionales imputados⁸²³. La inversión de la carga probatoria⁸²⁴ es el efecto práctico procesal en este tipo de acciones en las que se está discutiendo la posible lesión a los derechos contenidos en el Título I de la Constitución⁸²⁵.

No obstante, aun cuando quede claro el reparto de cargas procesales y la inversión del juego probatorio, lo cierto es que en la práctica el juzgador se encontrará con un problema delicado de resolver por cuanto su intervención habrá de ser respetuosa con la libertad de desistimiento (y, por ende, de empresa) de la que goza el

Andalucía de 5 de mayo de 2008 (JUR 2009/49257); STSJ Cataluña de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010/178103); STSJ Asturias de 15 de octubre de 2010 (JUR 2010/383579); STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2010 (JUR 2011/107085); STSJ de Castilla y León de 30 de mayo de 2012 (AS 2012/1858).

⁸²² STS de 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8821). No basta con la mera invocación de lesión de un derecho fundamental. Acreditar algún indicio (“*de naturaleza sindical o no estrictamente laboral*”) que ha llevado a la empresa a proceder a la extinción.

⁸²³ Por su parte, el empresario motivará su quehacer para dejar constancia cómo su actuación fue del todo ajena a la vulneración pretendida, que en definitiva tuvo “entidad suficiente como para adoptar la decisión” cuestionada: STSJ Extremadura de 3 de diciembre de 2012 (AS 2013/622): “*Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales - lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio , F. 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador*”.

⁸²⁴ STC 138/2006, de 8 de mayo (RTC 2006/138). Ante la exposición de indicios y al ser especialmente difícil y penoso dejar constancia de la vulneración del derecho fundamental invocado, se invierte la carga de la prueba.

⁸²⁵ Fuera de este ámbito de nulidad quedan las invocaciones a derechos que no tienen el alcance de fundamentales. Así, como mera cuestión anecdótica: STSJ Cataluña de 29 de noviembre de 2004, (JUR 2005/35457) en la que el trabajador alegó contravención al derecho a contraer matrimonio. La Sentencia no apreció la conexión de la decisión de extinción y esta circunstancia. Es claro que, aun cuando este sea un derecho fundamental, su régimen de garantías y protección es más débil que los señalados en la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución.

empleador y que se concreta en la innecesidad de dar razones de su decisión de extinción. La actuación, en este sentido, que se solicita del tribunal es la comprobación de que la facultad de extinción empresarial fue escrupulosa con el marco legal y constitucional, sin entrar en más consideraciones⁸²⁶. Es decir, descartada la conculcación del derecho fundamental presuntamente contravenido, la conclusión es que la decisión de extinción es lícita por cuanto se fundó en razones que solo a la empresa le corresponde sopesar y valorar.

Estas consideraciones son las que precisamente llevan a DE VAL a opinar que en realidad no nos encontramos –en estos supuestos– ante la inversión de la carga probatoria sino que “aparece la necesidad de probar la realidad de una causa no discriminatoria para desistir⁸²⁷; hasta entonces, el empresario no tenía obligación ninguna de manifestar la causa del desistimiento, siendo intrascendente jurídicamente cualquier alegación del trabajador en el sentido de su correcta prestación laboral, porque la extinción en la fase de prueba es libre⁸²⁸”.

Sea como fuere, y acaso precisamente por la dificultad práctica que entraña los procesos de alegación de lesión a derechos fundamentales, la inversión de la carga probatoria supondrá en la

⁸²⁶ NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas”, *op.cit.*

En atención a estos argumentos entendemos inoportuno el comentario del Tribunal contenido en la Sentencia de Castilla La Mancha de 25 de septiembre de 2001 (AS 2001/4634). Descarta el móvil discriminatorio del cese durante la situación de Incapacidad Temporal pendiente el período de prueba al conceder validez a la argumentación empresarial de que el trabajador “no servía para lo que se quería”, sin que la baja médica tuviera “asignado un papel influyente en la decisión empresarial”.

No nos parece acertado el hilo argumental. Si no considera expuesto indicio alguno acerca de la posible discriminación, entendemos que no debería entrar en las razones concretas que llevaron al empresario a cercenar la relación laboral.

Las mismas consideraciones mantenemos con relación a STSJ Madrid de 11 de julio de 2012 (JUR 2012/282532). La trabajadora aporta indicios de que la decisión empresarial de extinción del contrato durante la prueba se debió a su estado de salud (se encontraba en situación de IT), no obstante se puede comprobar cómo la decisión de resolución la empresa la hubiera tomado aun cuando no se hubiese encontrado su empleado en esta situación, toda vez que con anterioridad a la baja médica el empleador había apercibido al trabajador por “falta de exigencia e incumplimiento en las tareas de su trabajo”.

⁸²⁷ Vid. DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, *op.cit.*, pág.172, nota 441 citando a ALONSO OLEA, M. “Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, págs. 619 y 620; también en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, T. VI, 1989, pág. 451. Un sector de la doctrina, frente a la jurisprudencia mayoritaria, ha aprovechado la necesidad de probar la causa del desistimiento para señalar que “las causas laborales cuya concreción interesa han de venir referidas al incumplimiento o a la valoración negativa por parte empresarial de la actuación habida por el trabajador durante el tiempo prudencialmente necesario para un adecuado cumplimiento o constatación de aquéllas” (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; TUDELA CAMBRONERO, G. “Extinción del contrato por el empleador durante el período de prueba y no discriminación”, *op.cit.*, pág. 489) si bien olvidan que la prueba no solo se pacta para determinar la aptitud o pericia profesional del trabajador –dimensión objetiva– sino también para comprobar las cualidades y condiciones personales– dimensión subjetiva–.

⁸²⁸ *Ibidem*, pág. 172.

práctica que la asistencia técnica empresarial haga aflorar en el acto del plenario la verdadera razón de la causa de la extinción que, ahora, sí se torna en relevante a fin de destruir esa presunción de lesión⁸²⁹.

Interesaría destacar que la inversión de la carga probatoria tan solo juega en los procedimientos en los que se alegue –y presente un indicio, a decir por algún pronunciamiento judicial “indicios razonables serios”⁸³⁰- vulneración de derechos fundamentales, no si los motivos de sustento jurídico de impugnación promovidos por la parte actora fueran ajenos a estas consideraciones constitucionales⁸³¹.

A continuación abordaremos las situaciones concretas fruto del conflicto entre el empresario y el trabajador a fin de esclarecer las circunstancias bajo las cuales se pueden entender infringidos los referidos derechos fundamentales de la persona.

15.2.-Los derechos a la igualdad y no discriminación.-

Si de entre todo el panorama constitucional de derechos fundamentales tuviéramos que destacar uno por encima del resto en lo que se refiere a su presunta violación, sin duda alguna este sería el/los contenidos en el artículo 14 de la Constitución.

En él se establece la imposibilidad no de introducir un trato diferenciado entre las personas, sino de hacer distinciones con motivo de las circunstancias personales o sociales que en el mismo se enumeran.

El reflejo en el ámbito laboral de este derecho connatural al ser humano se encuentra en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores y se traduce en la exigencia de “no discriminación en las relaciones laborales”⁸³².

Pero, como se intuye –y más adelante profundizaremos en esta idea- se hace necesario para poder denunciar la lesión a este

⁸²⁹ STSJ País Vasco de 26 de septiembre de 2006 (JUR 2007/95533); STSJ I. Canarias de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007/221980): “la fiscalización del comportamiento del empleador durante el periodo de prueba y de las razones que han motivado su decisión se restringe a supuestos discriminatorios”.

⁸³⁰ STSSJ Asturias de 27 de julio de 2001 (AS 2001/1918).

⁸³¹ Por esta razón –fundamentada en que para el resto de supuestos o hipótesis de uso ilícito del Derecho no está prevista tal consecuencia legal de inversión de la carga probatoria- entendemos poco afortunada la redacción contenida en la STSJ C. Valenciana de 7 de septiembre de 2000 (JUR 2001/75526): “No alegó la existencia de indicios que pudieran hacer sospechar que la extinción tuviera motivaciones espúreas o simplemente ajenas al período de prueba”. Estas posibles motivaciones –a nuestro juicio- no pueden presentarse a modo de indicios, sino que requerirá que el demandante aporte prueba sobrada de la existencia de tales razones ilegítimas.

⁸³² STC 197/2000, de 24 de julio (RTC 2000/197).

derecho, que el trato diferenciado que en el marco de las relaciones laborales dispensa el empresario al trabajador se haga en atención a las causas o motivos que el precepto cobija, sin que tengan cabida otra serie de circunstancias ajenas a las previsiones del artículo 14 de la Carta Magna y que taxativamente se centran en la imposibilidad de segregar en razón al “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁸³³.

En atención a este entendimiento, no puede sostenerse válidamente que exista discriminación –en el sentido actualmente contemplado– por introducir un tratamiento diferenciado a quien por ejemplo consume drogas⁸³⁴.

Ya anunciábamos en el anterior encabezamiento cómo el presupuesto ineludible en los procesos en los que se alega la violación de un derecho fundamental era la exhibición de un indicio razonable de que el quebranto invocado se ha producido.

Las consideraciones a verter con relación al derecho a la igualdad y no discriminación son idénticas. La sospecha del comportamiento anticonstitucional no se obtiene de la mera alegación del derecho presuntamente lesionado⁸³⁵.

Específicamente, se ha de tener en consideración el comportamiento del propio sujeto que alega la infracción. Por esta razón no es atendible el alegato de violación cuando el trabajador previamente había desatendido su obligación de buena fe contractual, pretendiendo aprovecharse de la situación por él originada⁸³⁶.

⁸³³ STSJ de Islas Canarias de 29 de octubre de 2008 (AS 2009/500).

⁸³⁴ STSJ C. Valenciana de 22 de julio de 2008 (JUR 2009/5149): la extinción se produjo, a decir por el trabajador, porque había llegado a oídos del empresario que “fumaba porros”, “*en ningún caso puede ser considerada tal decisión como un móvil discriminatorio, pues ni en la Constitución ni en el E.T., que sepamos, existe norma alguna, ni menos derecho fundamental, a fumar “porros” en el trabajo*”.

⁸³⁵ STSJ Cataluña de 15 de diciembre de 1998 (AS 1998/4960): no constituye indicio que suponga la inversión de la carga probatoria la mera alegación de contratación por parte del empresario de otra persona, familiar de otro de los trabajadores a su servicio; STSJ Madrid de 15 de octubre de 2012 (AS 2013/421): necesidad de aportar indicio razonable que aquí no se cumple, no siendo bastante con la mera alegación de que se ha extinguido la relación mediante el período de prueba para dar entrada a otro trabajador con el que otro de los empleados de la mercantil tenía vínculos de consanguinidad, sobre todo cuando esta alegación es rebatida por la parte empresarial al fundamentar su decisión de extinción en una conducta poco apropiada del que fuera su trabajador (su comportamiento indiscreto); STSJ Madrid de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009/90352): se alegó discriminación del cese acordado en período de prueba, por cuanto se habían despedido a varias personas después de realizarse una auditoría y no a los responsables de la unidad o área. Este dato por sí mismo es intrascendente para apreciar conculcación del principio de igualdad, declarándose ajustada la extinción que, de otro lado, no ha de justificarse.

No existe indicio de discriminación para la STSJ Cataluña de 13 de noviembre de 2006 (JUR 2007/113515): trabajador que presenta una minusvalía del 37% que no consta como conocida para la empresa, no siendo apreciable esta.

⁸³⁶ STSJ País Vasco de 8 de febrero de 2000 (AS 2000/823). Alega discriminación por razón de la minusvalía.

No se aprecia tal circunstancia por cuanto que el trabajador omite la circunstancia de que está tramitando una declaración de Incapacidad Permanente Total. La peculiar ejecución del trabajo a ejecutar (oficial de

Presentado el indicio⁸³⁷ que hace pensar en la existencia de la lesión al derecho fundamental, la parte demandada podrá advenir que su decisión de extinción no tuvo en consideración la particular situación que vive o sufre el trabajador. El momento en que el empresario conoció aquella es un dato que podrá servir para desvirtuar el síntoma de transgresión.

Se descartaría entonces la lesión si la circunstancia susceptible de ser entendida como discriminatoria hubiera sido conocida desde el principio de la relación contractual por el empleador⁸³⁸.

1ª maquinista en un metro) le obligaba al empleado a haber revelado esta situación porque se puede poner en riesgo la integridad de otras personas.

El haber advertido esta circunstancia el empresario durante el período de prueba y haber procedido a la extinción no supone la extinción por discriminación. El Tribunal tacha la conducta del trabajador de maliciosa.

⁸³⁷ STSJ Madrid de 20 de junio de 1996 (AS 1996/3205). No se apreciaron indicios suficientes que provocaran la inversión de la carga probatoria. El trabajador fue contratado irregularmente para una Administración, por cuanto prevalecieron los lazos familiares que le unían con uno de los miembros del Ayuntamiento. Tras hacerse pública esta situación, la Administración extingue el contrato durante el período de prueba. El trabajador reclama alegando que se había producido un despido discriminatorio. Ante estos hechos, se estima que no existe discriminación por cuanto lo que hace la Administración es subsanar la situación de contratación discriminatoria anterior.

Estamos de acuerdo con la inexistencia de indicios de discriminación, pero opinamos que si no se apreciaban los indicios invocados no se debería haber indagado acerca de cuál fue la causa real de la extinción. De cualquier manera, de aceptar como cierto el verdadero motivo empresarial entendemos que en realidad estamos ante un contrato nulo por contravenir los principios que deben regir la contratación administrativa.

STSJ Madrid de 17 de febrero de 2003 (AS 2003/2465). Se alegó la conculcación del derecho fundamental de huelga pero el Tribunal no apreció los indicios que hicieran concluir en tal vulneración. En concreto se trató de una huelga convocada por los sindicatos prescindiendo de los servicios mínimos, a la que se sumaría el trabajador-actor. El Tribunal expresa que falta un dato esencial para poder apreciar el indicio discriminatorio y es que el ejercicio del derecho fundamental fuese “*legítimo*”, circunstancia esta que no está presente en el supuesto a dilucidar.

⁸³⁸ STSJ Andalucía de 29 de octubre de 1999 (AS 1999/6327): discriminación por motivos étnicos y religiosos (el trabajador era musulmán).

El tribunal entiende que no se han expuesto indicios suficientes de la discriminación alegada, porque la empresa contrató al trabajador conociendo estos extremos (por lo que no resulta lógico que luego le cesara por estos motivos).

Así, la empresa ha acreditado las razones para proceder a la extinción relativos a la falta de valía profesional del empleado (de nuevo, a nuestro juicio, la sentencia se excede en sus consideraciones por cuanto descartado el móvil discriminatorio no debería haber investigado acerca de las causas por las que se procedió a la extinción).

STSJ de Castilla y León de 5 de junio de 2006 (AS 2006/2076): se trataba de un trabajador minusválido. El Tribunal afirma que no existió discriminación, por cuanto la minusvalía era conocida por el empresario desde el momento de la contratación.

Examina, no obstante, si la discriminación se produjo durante la vida del contrato, teniendo en consideración que el empresario fue conocedor con posterioridad de la existencia de una serie de limitaciones que presentaba el trabajador y que incidían sobre su capacidad laboral.

El Tribunal –al amparo de las previsiones contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales– concluye que la decisión de extinguir fue acertada, pues en caso contrario podrían haberse incrementado las dolencias que presentaba el trabajador.

Nos quedan lagunas de la lectura de la sentencia. Con anterioridad el trabajador había prestado servicios para el empleador (Ayuntamiento) con la categoría de “*peón ordinario de construcción*” (prestación esta que, consideramos, requiere de un esfuerzo físico). En el último trabajo –el que ocupa nuestra atención actual– no se alude a la categoría física que ostenta pero entendemos que también exige para su

La presunción sería más complicada de desvirtuar en los supuestos de coincidencia temporal entre el cese de la relación y la producción de la conducta discriminatoria imputada al empresario⁸³⁹.

Esbozada la situación que queremos analizar, descenderemos a las concretas conductas examinadas por los tribunales a fin de dilucidar cuándo se puede entender lesionado el derecho a la igualdad y no discriminación.

15.2.1.- Las situaciones de incapacidad temporal.-

He aquí una de las hipótesis de mayor litigiosidad. El problema se plantea cuando la extinción empresarial durante la prueba coincide con el período en que el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal.

Ya vimos cómo las facultades extintivas se conservaban intactas durante la suspensión contractual (tuviera o no aparejada la interrupción de la prueba), pero no examinamos las posibles afecciones que ante situaciones concretas se podían ocasionar a los derechos fundamentales del trabajador.

Hemos de partir de los pronunciamientos judiciales que han versado sobre la nulidad o no de la extinción (fuera del período de prueba) del trabajador afecto a una incapacidad temporal.

Y, en este sentido, conviene mirar hacia atrás y observar cómo en el Estatuto de los Trabajadores de 1980⁸⁴⁰ se establecía expresamente que la extinción contractual durante la incapacidad temporal del trabajador solo tenía un efecto: la nulidad.

desempeño una cierta resistencia física, ¿mayor a la que hacía un año había exigido?; las limitaciones advertidas por la Mutua ¿eran las mismas que habían servido para la valoración al Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social?. El informe de la Mutua declaró al trabajador como apto para el trabajo, aun cuando se requería de la empresa que no le empleara en determinadas actividades y, tal y como reconoce el Ayuntamiento contratante, son estas limitaciones en su quehacer diario lo que precipitan la decisión de extinción contractual. Para nosotros es claro, por tanto, que es el estado físico del trabajador la razón para conculcar la extinción.

A nuestro juicio sí se produce la discriminación. Además las limitaciones en el estado físico del empleado no pudieron surgir de repente, el empresario tenía la posibilidad de conocerlas antes de la contratación y esta omisión no puede servirle ahora para extinguir el vínculo. Opinamos que es el estado invalidante del trabajador el que motiva la decisión de dejar de contar con él.

STSJ Castilla La Mancha de 5 de diciembre de 2006 (JUR 2007/83553) también de trabajador contratado en atención a su minusvalía.

⁸³⁹ STSJ I. Canarias de 20 de febrero de 1998 (AS 1998/1749): cese del contrato de trabajo de un empleado al servicio de una Administración local por cuestiones meramente políticas. Se aportaron los indicios de la discriminación que, básicamente, se ciñeron a las fechas en las que se produce la contratación, el cese y el cambio del gobierno imperante.

⁸⁴⁰ “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario.

Seis. El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia.”

Esta situación cambia drásticamente con el Estatuto de los Trabajadores de 1994. La nulidad de los actos extintivos se restringe y desaparece este efecto para aquellas finalizaciones de contrato que coincidían con el estado de suspensión contractual en la que incurría el trabajador con motivo de su enfermedad o patología.

Ante una nueva legalidad un nuevo sentir judicial. El Tribunal Supremo modificará su criterio y, conforme a la legalidad imperante, reservará la calificación de nulidad a aquellos despidos que se realizan en clara confrontación con los derechos fundamentales, no entendiéndose comprendidos los que se produzcan durante la incapacidad temporal del trabajador.

Desde entonces hasta la fecha ningún cambio se ha operado en torno a las consideraciones ya señaladas. Pese a ello, múltiples han sido los intentos por considerar que las extinciones durante estos períodos de suspensión lesionaban derechos fundamentales. Es cierto que la ley ya no prevé automáticamente este efecto de nulidad en los supuestos descritos, pero esta realidad no tiene que suponer indefectiblemente la imposibilidad de un pronunciamiento judicial de nulidad⁸⁴¹.

En concreto, el trabajador que se ha visto afectado por una medida extintiva encontrándose en situación de incapacidad temporal no se resiste a acudir a la jurisdicción social instando un procedimiento de despido a fin de que la extinción sea declarada nula. Los derechos que presuntamente pueden resultar quebrantados han sido los relativos a la prohibición de no discriminación, junto con el derecho a la salud, indemnidad y el derecho a la seguridad y salud laboral⁸⁴² en relación con la vida e integridad física.

En lo que hace al período de prueba, las consideraciones son similares. Si se pudiera predicar con éxito la nulidad de la extinción por afección de derechos fundamentales, poca importancia tiene el dato del momento contractual en que nos hallemos; esto es, la

⁸⁴¹ STSJ País Vasco de 25 de noviembre de 2008 (AS 2009/972). Ya hemos afirmado la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo durante el período de prueba, aun cuando el trabajador se encuentre de baja por incapacidad temporal. No obstante, esta opción de desistimiento (como ocurre en cualquier otro supuesto) no es omnímoda, sino que se ha de ejercer sin cometer abuso de derecho. Así, en el presente se apreció que el cese obedecía a una “*ilícita motivación, extraña al objeto del período de prueba y de la facultad resolutoria*” e incluso se llega a afirmar que se lesiona gravemente el derecho a la dignidad. Concretamente, se trata de un trabajador que el primer día de prestación efectiva de servicios tiene un accidente y cuando no habían transcurrido catorce horas desde su acaecimiento el empresario procedió a desistirse por no superación del período de prueba.

Las presunciones inclinan al Tribunal a entender que estamos ante un despido, al no haberse acreditado ningún otro motivo que fundamentara la decisión extintiva.

⁸⁴² NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas”, op.cit.

conclusión judicial acerca de la eventual declaración de nulidad no depende de si el contrato se halla o no en prueba.

Deteniéndonos en el art.14 de la Constitución, lo primero que es preciso destacar es la definición de los derechos contenidos en el precepto reiterado. En lo que hace al derecho de igualdad, el máximo intérprete –y en esa línea se pronuncia el Tribunal Supremo⁸⁴³ – ha venido considerando que lo que garantiza el precepto constitucional es la posición de igualdad ante la ley, también en su vertiente de aplicación por parte de los poderes públicos⁸⁴⁴.

Como es sabido, el derecho a la igualdad no podrá ser interpretado como tratamiento idéntico para todos los ciudadanos, sino que “permite (y en ciertos casos, incluso obliga) a tratar de modo diferente lo que es diferente”⁸⁴⁵.

Concentrados en el derecho a la no discriminación (que no puede confundirse con el anterior de igualdad) con relación a las situaciones de incapacidad temporal, se observa cómo en el artículo 14 de la Constitución no se encuentra contemplada la enfermedad temporal⁸⁴⁶ (por contraposición a la que genera un estado de incapacidad en principio, al menos, permanente). En esta ocasión, es nuestra doctrina judicial menor la que sostiene que ambos conceptos no aluden a la misma realidad ni en el “lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico” legal⁸⁴⁷, por cuanto la discapacidad presupone una alteración permanente de la salud a diferencia de lo que ocurre con la enfermedad en la que el menoscabo en la lozanía es transitorio, tal y como interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 11 de julio de 2.006 (TJCE 2006/192).

Así, la inmersión en un proceso de enfermedad no es uno de los derechos constitucionalmente tutelados (como sí lo podría ser si el trabajador viese extinguido su contrato habiéndose declarado afecto

⁸⁴³ STS de 29 de enero de 2001 (RJ 2001/2069).

⁸⁴⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8346), 19 de enero de 1994 (RJ 1994/362), 23 de mayo de 1996 (RJ 1996/4612) y de 30 de diciembre de 1997 (RJ 1997/447).

⁸⁴⁵ RUBIO LLORENTE, F.: “La igualdad en la aplicación de la Ley”. [en línea]. Disponible en https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/rubio_llornte.pdf.

⁸⁴⁶ Es plenamente factible extinguir la relación laboral durante el período de incapacidad temporal, sin que esto suponga discriminación alguna, al no considerarse la enfermedad como un “*factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento*” –STC 34/1984, RTC 1984/34 - que es citada en STSJ Cataluña de 10 de noviembre de 2009 (AS 2010/33).

⁸⁴⁷ STSJ Cantabria de 12 de febrero de 1996 (AS 1996/900) con el Estatuto de los Trabajadores de 1.980; STSJ Cataluña de 19 de noviembre de 1997 (AS 1997/3934); STSJ Cataluña de 18 de octubre de 2002 (AS 2002/3456); STSJ Madrid de 2 de abril de 2004 (JUR 2004/237908); STSJ Madrid de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005/201157); STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2006 (AS 2006/2813); STSJ de Islas Canarias de 31 de julio de 2006 (AS 2006/3072); STSJ I. Canarias de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007/221980); STSJ Navarra de 27 de diciembre de 2006 (JUR 2007/89146); STSJ Madrid de 11 de marzo de 2008 (AS 2008/1241); STSJ Andalucía de 29 de enero de 2011 (RJ 2011/2069); STSJ Andalucía de 13 de julio de 2011 (AS 2011/2458).

a una minusvalía permanente) sin que pueda entenderse comprendida en la expresión que cierra el precepto “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Estas afirmaciones suponen que se descarte el efecto de nulidad a las extinciones cuando el trabajador tiene el contrato suspendido a causa de una incapacidad temporal.

De ser otra la interpretación, continúa el Tribunal, “*la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato*”. No tienen cabida, por tanto, en la expresión constitucional indicada ut supra todas y cada una de las circunstancias personales o sociales que definen (momentánea o definitivamente) a un sujeto.

Desde luego el Supremo no peca de ingenuidad y señala claramente cómo la razón que ha impulsado al empresario a deshacerse de ese trabajador que estaba en situación suspensiva ha sido la circunstancia de que no le es rentable, y efectivamente aun cuando este motivo no sea discriminatorio tampoco lo es lícito. Mas, esta es otra dimensión ajena al juego de los derechos fundamentales. La conclusión legal es que la decisión empresarial no resulta amparada en las causas de despido, lo que a la postre supone que sea calificada de improcedente.

A pesar de las palabras del Alto Tribunal no se debe desprender que la extinción contractual de un trabajador en incapacidad temporal nunca pueda ser considerada como discriminatoria. Se deja abierta la posibilidad de que sí constituya un factor discriminatorio en aquellas hipótesis en las que “resulte apreciable el elemento de segregación”.

Un ejemplo de esta situación sería – César Tolosa Tribiño⁸⁴⁸, GINÉS I FABRELLAS⁸⁴⁹, NAVAS-PAREJO ALONSO⁸⁵⁰- la extinción del trabajador enfermo de SIDA.

Sigamos con nuestra atención fijada en el artículo 14 de la Constitución y retomemos el estudio de la Sentencia del Tribunal

⁸⁴⁸ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Calificación de la extinción del contrato durante la situación de suspensión por incapacidad temporal: una nueva visión desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.” Actum Social n° 77-78, [en línea] Disponible en EDA 2013/1003251.

⁸⁴⁹ GINÉS I FABRELLAS, A.: “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 18/2010 parte de estudio, Ed. Aranzadi 2010, Aranzadi digital [en línea]. Disponible en BIB 2009/2050.

⁸⁵⁰ NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas”, op.cit.

Supremo de 12 de julio de 2.012⁸⁵¹ que antes quedó analizada solo desde el prisma de la obligación del experimento.

El presente proceso judicial se encauzó a través de un doble motivo de fondo, pues plantean los recurrentes no solo una posible lesión al orden constitucional sino también que la extinción incurre en abuso de derecho. De esta forma, la ilicitud de la medida extintiva se trata de alcanzar empleando dos vías alternativas.

Comencemos escudriñando qué ocurre con la presunta violación de los derechos fundamentales. El Tribunal Supremo desatiende los alegatos del recurrente en torno a la lesión del orden constitucional y recordando la naturaleza del acto extintivo durante la prueba afirma que “ Como se ha visto, el desistimiento del contrato de trabajo en período de prueba es libre, dentro de los límites marcados por el respeto a los derechos fundamentales y a la lógica de economía de costes de transacción que inspira a este instituto jurídico. Por tanto, el control judicial de los actos de ejercicio de esta facultad de desistimiento se ha de ceñir únicamente a estos aspectos. Más allá de ellos la intervención judicial afectaría al derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE), la cual impone al juez el respeto a las decisiones empresariales, siempre que tales decisiones hayan sido a su vez respetuosas con el marco legal y constitucional. De ahí que, una vez verificado que el cese del trabajador se ha producido durante el período de prueba, no resulte necesaria, ni siquiera pertinente, una indagación ulterior de los motivos de la decisión empresarial, salvo indicios de conducta inconstitucional, abusiva o fraudulenta; indicios que, insistimos, no concurren en principio en las decisiones de cese a raíz de una situación de incapacidad temporal por enfermedad o

⁸⁵¹ Previamente a este dictado, habría que destacar la STS de 3 de octubre de 2008 (RJ 2009/116). El supuesto de hecho es el siguiente: trabajador con categoría profesional de peón especialista-encofrador que presta sus servicios dos horas. Al día siguiente de iniciar la relación laboral, se cursa el parte de incapacidad temporal por contingencia común.

Al cabo de los diez días de comenzar la andadura profesional, la empresa comunica al empleado su baja por no superación del período de prueba.

La Sentencia de instancia y la dictada en suplicación desestiman la demanda y recurso interpuesto por el trabajador, tendente a que se declarara la improcedencia del despido, con base a la afirmación de que la extinción durante el proceso de incapacidad temporal no es discriminatoria.

El trabajador se dirige al Tribunal Supremo alegando como Sentencia de contraste la dictada por el TSJ de Murcia de 15 de mayo de 2002 (AS 2002/2184).

El Tribunal Supremo invoca su Sentencia de 16 de julio de 1986 (RJ 1986/4125) para mantener que el cese era lícito.

Descarta el Tribunal que la facultad extintiva del empresario se haya ejercido en abuso de derecho, básicamente porque alcanzar la conclusión contraria supondría negar un derecho al empresario convirtiendo “*el contrato en indefinido, al no poder ejercer el empleador su derecho resolutorio del contrato fuera del período de prueba*”.

Tampoco existe fraude de ley, por cuanto no se aprecia que la intención del empleador hubiera sido la de burlar la aplicación de la norma teniendo como amparo formal otra. Por último, no se produce lesión alguna a los derechos del trabajador y, concretamente, no ha habido discriminación.

En el mismo sentido STSJ I. Canarias de 8 de julio de 2002 (JUR 2002/248490); STSJ Andalucía de 22 de diciembre de 2003 (AS 2003/4214); STSJ Andalucía de 13 de mayo de 2008 (JUR 2009/149123).

accidente.” La circunstancia de estar inmerso en un proceso de incapacidad temporal –sea cual fuere la contingencia que lo habilite– no es indicio de conculcación del derecho a la no discriminación⁸⁵².

No obstante el estudio de la Sentencia no queda cerrado si no aludimos al voto particular emitido por la Excmá. Sra.Dña. Rosa María Viroles Piñol. Tras recordar la norma general que imposibilita la asimilación entre el cese durante el período de prueba con el que se produce por mor del despido, señala la excepción.

Las previsiones contempladas para el despido se exportarían al cese durante la prueba si existe “igualdad de razón jurídica”. Así, si el cese –en período de prueba o no– es discriminatorio, automáticamente se aplicaría el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Si ello es así, toda la doctrina que gravita sobre la posible vulneración de derechos fundamentales por la extinción del contrato de trabajo de una persona que se halla en situación de incapacidad temporal como consecuencia de un accidente de trabajo, ha de aplicarse al cese del trabajador en prueba. “ *Así, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba que afecte a un trabajador en las circunstancias del actor, la sola concurrencia de dicho estado es dato suficiente para configurar como improcedente la decisión empresarial por causa de discriminación.*”⁸⁵³

Pero es más, ahondando en las circunstancias concretas del supuesto, hay que destacar la circunstancia del breve interregno temporal que discurre entre el inicio de la prestación de servicios y el accidente (tres horas) y que el propio informe de investigación de accidentes impone la necesidad de establecer medidas correctoras, hechos estos que descartan que estemos frente a un desistimiento habilitado por el período de prueba y que abundan en la idea de que en realidad nos encontramos ante un despido tácito “*con vulneración de derechos fundamentales del trabajador cuyos indicios son evidentes*”.

Ante esta disparidad de criterios no podemos evitar preguntarnos cuál de las opiniones es más respetuosa con la legalidad constitucional y ordinaria.

El marco legal con el que se concibe el período de prueba permite el desistimiento libre empresarial sin que el mismo esté

⁸⁵² La STSJ Andalucía de 1 de julio de 1998 (AS 1998/3451) partió de la licitud de la extinción durante la IT de trabajador sometido a prueba, aunque apuntando que si la causa hubiera sido un accidente de trabajo podría sospecharse que existe un “*claro abuso de derecho*”.

⁸⁵³ Se salva expresamente la posible declaración de nulidad de la medida extintiva con base no solo a las “circunstancias concurrentes” sino a que no es objeto de la litis promovida por el trabajador.

limitado por la necesidad de que se consuman las experiencias que constituyen el objeto natural de este lapso temporal, conclusión esta que extraemos de la falta de consecuencias jurídicas previstas por el legislador ante el incumplimiento de las citadas pruebas y, específicamente, al no haberse previsto un período de mínima duración durante el cual haya de transcurrir la prueba.

Ante ello, la única constricción al poder de extinción libre empresarial vendría constituido por la lesión de los derechos fundamentales o que la conducta fuera constitutiva de abuso de derecho o fraude de ley.

En cuanto al primero de los aspectos (lesión de derechos fundamentales) en el momento en que se produce el dictado de la Sentencia, creemos que no existía base suficiente como para entender que la conducta empresarial hubiera lesionado el principio de no discriminación con base a la imposibilidad (ya expresada como teoría general relativa al despido durante la situación de incapacidad temporal) de englobar bajo el concepto de "discapacidad" la situación de enfermedad que atraviesa el trabajador.

Esta afirmación es independiente a la circunstancia relativa al momento concreto en que discurre la relación laboral, es decir, la imposibilidad de declarar la nulidad del acto extintivo es ajena a si nos enfrentamos ante un período de prueba o no se hubiere concertado este (o la decisión de extinción se hubiera alcanzado una vez se sobrepasa la prueba).

El régimen de extinción propio del período de prueba atraería para sí las previsiones legales en torno a la extinción -despido- por nulidad; así pues, para los mismos supuestos en los que está prevista la consecuencia de nulidad del despido podría argüirse la nulidad de la extinción del período de prueba (que, pasaría de ser un desistimiento a convertirse en un despido).

Pero aun cuando pudiera parecer que las posibles dudas de interpretación en los supuestos de alegación de discriminación ante la decisión empresarial de extinción (durante o no el período de prueba) se han disipado en atención a los argumentos judiciales, no podemos dejar de apuntar que los pronunciamientos de los tribunales (al menos los que hemos podido constatar) han cesado en el año 2.011 y con posterioridad a esta fecha, de nuevo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (concretamente el día 11 de abril de 2013⁸⁵⁴) ha

⁸⁵⁴ “ El Tribunal de Justicia señala que, contrariamente a lo que alegan los empleadores en ambos asuntos, el concepto de «discapacidad» no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional.” “El Tribunal de Justicia precisa en primer lugar que el concepto de «discapacidad» debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en

pronunciado otro fallo en el que la conclusión vertida difiere de la anteriormente manifestada.

El cambio de criterio se podría apoyar en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, instrumento ratificado y publicado en BOE de 21 de abril de 2.008 que asimila la discapacidad a las enfermedades de larga evolución que suponen una limitación del sujeto que las padece a interactuar socialmente⁸⁵⁵.

En efecto, con base a la ratificación por parte de la Unión de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2.009) se extrae un nuevo concepto de discapacidad que, en definitiva, ampara las situaciones en las que la enfermedad –ya sea incurable o no- entraña una limitación a la persona que la padece, si es de larga duración, impidiéndole la participación “en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”⁸⁵⁶.

De esta forma, situados en el plano de la mera suposición, sería posible un cambio de enfoque. Así el trabajador a prueba afectado podría interpretar la decisión de su empresario como discriminatoria, pero no considerando que la enfermedad se encuentre comprendida bajo la fórmula de “cualquier otra condición personal o social” sino que es sinónimo de discapacidad, concepto este último que sí podría entrañar la actitud de discriminación imputada, al estar expresamente contemplado en la norma constitucional de referencia

Este argumento –que tan solo exponemos a modo de hipótesis, toda vez que no ha sido refrendado jurisprudencialmente- nos conduciría a entender que la decisión de extinción empresarial (fuera cual fuere el momento concreto de la relación laboral en la que se alcanzara) podría resultar lesiva al derecho fundamental a la no discriminación por razones de discapacidad, en los supuestos de que el trabajador haya sido diagnosticado de una enfermedad cuya curación se prevea posible (pues, en caso de que sea irreversible estaríamos probablemente ante un supuesto de incapacidad

particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, si esta limitación es de larga duración”.

⁸⁵⁵ En el art.1.2 se incluye dentro del concepto de “personas con discapacidad”: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

⁸⁵⁶ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Calificación de la extinción del contrato durante la situación de suspensión por incapacidad temporal: una nueva visión desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op.cit.

permanente) a largo plazo. Se nos ocurre como ejemplo los supuestos de cáncer o patologías cardiovasculares.

Ciñéndonos al período de prueba, la decisión de desistimiento del empresario de un trabajador inmerso en un proceso de incapacidad temporal que se caracteriza por las notas antes descritas sí podría ser calificada en puridad como un acto de despido nulo.

Toda vez que según hemos ido manteniendo a lo largo de este comentario, opinamos que toda la doctrina vertida en torno a la discriminación opera con independencia de si se hubiera o no suscrito período de prueba, podremos encontrarnos en el futuro una base de cierto peso a fin de exponer ante la jurisdicción laboral que la extinción durante la prueba de un trabajador en incapacidad temporal, cuando la enfermedad (o accidente sufrido) suponga una limitación de su persona de cierto alcance temporal es discriminatoria, por cuanto ha tenido por motivo la situación de discapacidad del trabajador y esta razón sí se encuentra en el catálogo de razones discriminatorias censuradas por nuestro art.14 de la Constitución.

Pero salvo estas situaciones, entendemos que no existe ningún derecho fundamental en juego que permita trocar la calificación del acto de extinción libre y sin causa al que habilita el período de prueba en un despido nulo.

Mas nos quedaría por examinar la posibilidad de la declaración de improcedencia (que, de hecho fue la solicitada por el actor en la Sentencia que nos ha servido de pretexto para el presente comentario) del acto de extinción durante el período de prueba cuando el trabajador se halla en incapacidad temporal.

En puridad un acto de extinción que lesiona los derechos fundamentales de la persona no puede ser declarado como improcedente con independencia de que la finalización se lleve a cabo durante la prueba. Ello es así porque partimos de entender que el despido solo es improcedente cuando la alegación de causas por parte del empresario que habilitan a la máxima sanción no se ajusta a la realidad o bien la forma en la que se llevó a cabo la decisión de despido no se aquietó a las exigencias formales recogidas en la norma laboral.

Ninguna de estas circunstancias opera para los supuestos en los que se alega la contravención del orden constitucional y, concretamente, de los derechos fundamentales.

No obstante, es cierto que cuando la Sentencia se dictó sí había razones poderosas (económicas) para que el trabajador hubiera

solicitado en su demanda la consecuencia de improcedencia del acto extintivo durante el período de prueba, prefiriendo que el juez declarara la improcedencia sobre la nulidad. En aquel momento histórico concreto la realidad jurídico-laboral era otra bien distinta a la que hoy nos circuncida.

A efectos prácticos, la declaración de nulidad –de haber sido acogida- hubiera supuesto el inmediato ingreso del trabajador en el ámbito de organización empresarial. Es más que probable que tal consecuencia no satisficiera al trabajador quien, a pesar de que hubiera tenido una Sentencia favorable a sus pretensiones se vería obligado a ingresar en su anterior puesto de trabajo con las incomodidades que esto le supondría (tanto a él como a su empresario) y en este caso sin obtener a cambio estabilidad en el puesto de trabajo.

Decimos que no obtendría estabilidad en el puesto de trabajo, por cuanto el contrato suscrito (del cual no se discute su ilicitud) era un contrato para obra o servicio determinado. Así pues, la declaración de nulidad de la extinción supondría que el trabajador continuara prestando sus servicios por cuenta ajena hasta en tanto en cuanto la obra no se ejecutara o el servicio no se prestara, esto es, en cualquier caso la declaración de nulidad le habría supuesto la posibilidad de continuar laborando temporalmente (no de forma indefinida).

Por el contrario, a la fecha de la interposición de la demanda (2010) era mucho más interesante defender la improcedencia. Con tal declaración se podría obtener no solo una indemnización superior a la actual (circunstancia esta que no creemos fuera valorada por la asistencia técnica para sugerir la forma de encauzar las pretensiones sostenidas por el trabajador, dada la exigua antigüedad en el puesto) sino, sobre todo, porque con independencia de cual fuera la opción final del empresario en torno a la readmisión del trabajador o la indemnización del mismo, sabía que sí podía contar con los salarios de tramitación desde la fecha del despido (tal y como se calificaría por la actora) hasta la de la Sentencia. Y esta consecuencia –máxime si tenemos en consideración los tiempos en la jurisdicción social, aun cuando sea un procedimiento de tramitación urgente- sí podía resultar conveniente a los intereses del trabajador.

Creemos que con la realidad jurídica vigente, este tipo de solicitudes no se van a precisamente multiplicar. La reforma procurada a través del Real Decreto Ley 3/2012 subsumida posteriormente en la Ley 3/2012 da un vuelco al tratamiento de los salarios de tramitación que –entendemos- afectará al planteamiento de pretensiones que proclaman la improcedencia de los actos extintivos llevados a cabo durante el período de prueba.

Baste con recordar que gracias a estos instrumentos normativos, los salarios de tramitación –reiteramos único argumento que a nuestro juicio puede impulsar la opción de solicitud de despido improcedente en esta materia concreta- ya no se deben en todo caso. El art.110.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social solo impone esta obligación pecuniaria en los casos en los que el empresario se haya decidido –ante una declaración judicial de improcedencia de despido- a optar por la readmisión del trabajador; en clara coherencia con el precepto reseñado se manifiesta el art.56.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Por esto nos preguntamos ¿qué puede ganar el trabajador incoando un pleito solicitando la improcedencia del acto extintivo si tal decisión empresarial se ha llevado a cabo durante el período de prueba?. Toda vez que la antigüedad del trabajador es insignificante, la posible indemnización es permítasenos la expresión de todo punto ridícula y tampoco, pues el empresario optaría (nos atrevemos a decir, siempre) por el abono de la indemnización abandonando la posibilidad de readmisión, tendría que soportar consecuencias económicas derivadas de la obligación del abono de salarios de tramitación. Así pues, salvo aquellos supuestos en los que la decisión de extinción empresarial se haya llevado a cabo cuando el trabajador disfrute de una mínima antigüedad y con independencia de la posible razón jurídica que asistiera al actor, las consecuencias de su acto procesal de interposición de demanda se convertirían en papel mojado.

Por eso nos atrevemos a continuar diciendo que los posibles procedimientos de despido instados alegando eventuales vulneraciones a derechos fundamentales se encauzarán alegando la nulidad del despido, consecuencia esta que –de otro lado- es mucho más respetuosa con la definición y el entendimiento legal de los supuestos extintivos de nulidad.

Una vez que hemos expresado el pronunciamiento acerca de la inexistencia de lesión de derechos fundamentales, pasemos ahora al examen del abuso de derecho que también se alegaba.

La doctrina de abuso de derecho parte del entendimiento de la necesidad de limitar el ejercicio de los derechos a fin de no menoscabar garantías, intereses y, en definitiva, derechos de terceros. Gracias a esta se logra asegurar un ejercicio social del Derecho en mayúsculas y garantizar una situación jurídica pacífica entre los integrantes de la sociedad.

Teniendo presente estas consideraciones, el Tribunal pasa a examinar las implicaciones que este cese empresarial tiene en lo que

se refiere a la consolidada doctrina de abuso de derecho, pero motivos fundados en "una consideración atenta a la realidad social de la gestión empresarial obliga a descartar tal calificación para la conducta del empresario". A esta constatación práctica hay que añadirle la circunstancia concreta de que las partes no habían pactado la interrupción de la prueba en los supuestos suspensivos a los que alude el artículo 14.3 del Estatuto de los Trabajadores, y esta omisión provoca que el empresario se encuentre en la tesitura de continuar o no con el contrato.

Relacionado con lo anterior, el Supremo fija su atención en examinar la desatención empresarial a procurar las "experiencias" objeto de la prueba. Estas no han podido efectivamente desplegarse con ocasión a la situación de "infortunio" que pesa sobre el trabajador que, "en última instancia, constituye una vicisitud del contrato de trabajo por causa inherente o atinente a la persona del trabajador".

En este sentido se ha de partir que la potestad extintiva desplegada durante la prueba no presupone un ejercicio desmedido del derecho, sino la consecuencia natural que caracteriza a la institución contenida en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. Estos argumentos le llevan al Tribunal a desatender las imprecaciones de la recurrente.

De cualquier forma, la Sentencia glosada ha sido muy criticada tanto por nuestra doctrina más autorizada como por los propios asertos de los Tribunales de Justicia al considerar, resumidamente, que de aceptar los planteamientos en torno a las consideraciones extintivas empresariales que vierte el Supremo se llega a la consideración del trabajador como carga, cosificando su persona.

Acaso por esta circunstancia, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse en el mismo sentido al indicado con posterioridad al pronunciamiento comentado⁸⁵⁷.

15.2.2.- Discriminación por razón de sexo: en especial el embarazo.-

Otra situación típicamente suspensiva de la relación laboral viene constituida por la maternidad a la que nuestro ordenamiento jurídico laboral le concede especial tratamiento y tutela.

El supuesto de hecho que ahora planteamos es la siguiente: trabajadora sometida al período de prueba que ve cómo su contrato se extingue a instancias del empresario durante su embarazo. Concretamente, al igual que ocurría con la incapacidad temporal, la

⁸⁵⁷ STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008/1183).

pregunta versa acerca de la extensión –y posibles limitaciones- de las facultades extintivas empresariales cuando el trabajador (en este caso trabajadora) afectada se encuentra no solo en período de prueba sino en estado de buena esperanza.

Las cuestiones dilucidadas ante nuestros tribunales han versado acerca de la posible lesión que, en estos singulares casos, se puede producir al derecho a la igualdad. Concretamente los alegatos de la trabajadora instando la nulidad de la extinción se basan en el art.14 de la Constitución y específicamente en lo que hace a la imposibilidad de discriminación por razón de sexo.

El estado de la cuestión es acaso muy claro cuando el empresario conoce la situación de embarazo de su trabajadora y procede a la extinción. Por eso, este argumento ha sido relativamente recurrente por nuestros tribunales a fin de declarar la nulidad del despido⁸⁵⁸, sin que sean aceptables los alegatos empresariales que tienden a desvirtuar la presunción de discriminación con base a la disminución de rendimiento de la trabajadora⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ STSJ C. Valenciana de 13 de julio de 2000 (AS 2001/587); STSJ País Vasco de 20 de marzo de 2001 (AS 2001/1942); STSJ Andalucía de 18 de julio de 2002 (AS 2002/4021); STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 2002 (JUR 2003/33583); STSJ Islas Canarias de 9 de diciembre de 2003 (AS 2004/416): la trabajadora acreditó su estado de embarazo y que el empresario lo conocía, por esta razón, al no advenir el empresario las razones concretas que le impulsaron a cercenar el vínculo, se declara la nulidad de la extinción. La Sentencia se apoya también en la reforma legal procurada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; STSJ C. Valenciana de 29 de diciembre de 2003 (AS 2004/1450); STSJ Murcia de 4 de julio de 2005 (AS 2005/2467): se declara la nulidad del despido de trabajadora embarazada por cuanto se aprecia un trato discriminatorio por razón de sexo, al no haber probado el empresario la razón de la extinción, habiendo la trabajadora ofrecido como causa indiciaria de esta su situación de embarazo. La empresa conoció del estado de la trabajadora a la semana de iniciar la relación laboral, finalizando el vínculo cuando no había transcurrido un mes, y a los diez días aproximadamente de haberse originado la situación de incapacidad temporal.

Creemos, no obstante, que la discriminación no es tan clara. Opinamos que la actitud empresarial hubiera sido idéntica frente a un trabajador que no hubiera podido cumplir con el contrato por cualquier causa (así, por incapacidad temporal en atención a diferente causa médica). Nos parece que especialmente hay que valorar la modalidad contractual frente a la que estamos. Se trata de un contrato eventual por circunstancias de la producción, esto es, la necesidad había que cubrirla en una fecha concreta, no siendo susceptible de atender ese exceso de pedidos más allá de ese concreto momento; STSJ Madrid de 11 de julio de 2005 (JUR 2006/92511); STSJ La Rioja de 11 de octubre de 2005 (AS 2005/2894); Sentencia del TSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2005 (AS 2006/216); Sentencia del TSJ de Castilla y León de 21 de febrero de 2007 (AS 2007/2851): la coincidencia temporal entre la comunicación del embarazo y la extinción fue valorada en el sentido de apreciar la existencia de despido y de su declaración como nulo.

La empresa trató de acreditar que existía un dato objetivo por medio del cual se procedió a la extinción. Se trataba de un documento interno donde se valoraba negativamente la prestación de servicios de la trabajadora. La duda estribó en conocer cuál era la fecha real a la que respondía la redacción del documento; en este sentido, invoca los preceptos del Código Civil dedicados a esta cuestión –art 1.225 a 1.228 CC-. Al ser un documento privado y existir dudas acerca de la data real del mismo, no sirve este como prueba para desvirtuar la duda acerca de cuál era la causa por la que se procedió a la extinción, por lo que el pronunciamiento final es el de la nulidad de la extinción; STSJ Madrid de 18 de febrero de 2008 (JUR 2008/130426) valorando la coincidencia cronológica entre la comunicación del embarazo –y necesidad de reposo- y el acto extintivo; STSJ Navarra de 7 de marzo de 2008 (JUR 2008/288271).

⁸⁵⁹ STSJ Islas Canarias de 26 de julio de 2002 (AS 2003/2385).

Ahora bien, la consecuencia judicial no es automática. Esto es, embarazo conocido no es igual, en todo caso, a nulidad. El empresario habrá de desplegar todo el arsenal probatorio para probar que su decisión de extinción no se vio influida por el próximo estado de maternidad de su trabajadora⁸⁶⁰.

A contrario sensu se ha venido rechazando el pronunciamiento de nulidad cuando el empresario conocía del estado de gravidez de la trabajadora en el momento inicial de la contratación⁸⁶¹, pues esta circunstancia conlleva la ausencia de indicio discriminatorio y, por ende, no se invierte la carga probatoria. La exigencia de conocimiento empresarial, de otro lado, deriva del principio de seguridad jurídica ex art.9.3 de la Constitución.

Así en los supuestos de desconocimiento empresarial de la situación de embarazo de la trabajadora, la tendencia judicial ha sido la de desvirtuar la sospecha de discriminación, lo que a la postre supone conceder relevancia jurídica al acto de desistimiento empresarial⁸⁶². Los problemas en esta situación se pueden producir

⁸⁶⁰ STSJ Madrid de 25 de noviembre de 2003 (AS 2004/2249): la trabajadora informó a la empresa de su estado de embarazo. La empresa acreditó que la razón de la extinción estribó en un deficitario conocimiento del trabajo desempeñado, aportando datos que corroboraban esta conclusión; STSJ Galicia de 5 de mayo de 2005 (JUR 2006/82184); STSJ Andalucía de 9 de febrero de 2006 (JUR 2006/241987); STSJ de Andalucía de 12 de abril de 2007 (AS 2007/3397): Una vez expuesto el indicio de discriminación -que en este supuesto fue la coincidencia entre la extinción durante el período de prueba y la situación de embarazo de la trabajadora- la carga de la prueba se invierte teniendo el empresario que acreditar que su voluntad de resolver no estuvo viciada por un afán discriminatorio. En el concreto supuesto, el empresario pudo acreditar que la extinción obedeció a móviles ajenos a la desigualdad (la trabajadora no era apta para el puesto de trabajo, conclusión esta que se aprecia de los hechos probados). STSJ Cataluña de 14 de julio de 2008 (JUR 2008/314862): Efectivamente se probó que la empresa conocía del estado de embarazo de la trabajadora, pero también que la misma había presentado hojas de gastos que no se correspondían con los que efectivamente había causado. No es nulo; STSJ Cataluña de 10 de marzo de 2009 (AS 2009/1905): se aprecia que la empresa no logró desvirtuar la presunción de lesión del derecho fundamental invocado por la trabajadora; STSJ Castilla y León de 29 de abril de 2009 (AS 2009/1169): el Tribunal analiza los siguientes datos para concluir que no existió despido: existencia de informes que valoraban negativamente el trabajo de la empleada, constancia de la contratación de otras trabajadoras embarazadas, extinción de otros contratos por no superación del período de prueba; STSJ de C. Valenciana de 30 de junio de 2010 (JUR 2010/417671): la empresa conocía el estado de gestación previamente a su contratación. El 50% de la plantilla estaba compuesto por mujeres.

⁸⁶¹ STSJ Castilla y León de 23 de julio de 2002 (AS 2003/67) que, al descartar la sospecha de discriminación, no entra a analizar las razones concretas que impulsaron al empresario para extinguir el contrato; STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2009 (AS 2009/2873); STSJ Madrid de 26 de mayo de 2.014 (AS 2014/2443): *“el simple hecho de embarazo no es un indicio como tal cuando la situación de la actora era conocida antes de la contratación”*.

⁸⁶² STSJ Castilla y León de 20 de enero de 2003 (AS 2003/316); STSJ Aragón de 18 de junio de 2003 (AS 2003/2224): se descarta el móvil discriminatorio, por cuanto la primera noticia del estado de embarazo se produjo cuando se comunicó el aborto. La extinción se llevó a cabo el mismo día en que se le notifica el cese del embarazo, lo que a nuestro juicio puede asimilar esta situación con la que se produce en una incapacidad temporal; STSJ Galicia de 18 de marzo de 2004 (JUR 2004/140677) la finalización del contrato se produce a los seis meses de gestación, aun cuando el empresario desconocía esta situación -circunstancia esta que, a nuestros ojos, resulta al menos cuestionable- y se logra acreditar la existencia de quejas de las compañeras sobre la labor de la trabajadora; STSJ País Vasco de 22 de octubre de 2004 (JUR 2005/17471); STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2006 (AS 2006/2429); STSJ Madrid de 18 de julio de 2006 (AS 2006/3409): la empresa no aportó datos referentes a la razón por la que

en torno a la prueba de ese desconocimiento empresarial, para lo cual puede resultar útil que la ignorancia no era particular del empresario sino que el embarazo no era conocido por terceros (testifical) y, de cualquier manera, nos inclinamos a pensar que –al menos en la teoría– la exposición del indicio de discriminación (que le corresponde a la parte actora) precisamente consistiría en la probanza de que el empresario era conocedor de su estado⁸⁶³.

Pero, a diferencia de lo que ocurría con los supuestos de extinción durante la incapacidad temporal, el problema aquí se agrava por cuanto el ordenamiento laboral (a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre⁸⁶⁴) se hace acopio de la preocupación latente de garantizar el derecho de la trabajadora a ser madre e incluye dentro de la lista de causas que generan la nulidad del

decidió la extinción, no obstante la empleada tampoco exhibió indicio alguno que alertara de la inversión de la carga probatoria.

La trabajadora estaba en situación de incapacidad temporal por el embarazo, mas no constaba que hubiera comunicado este estado al empresario, por lo que el tribunal estima que falta “*ese indicio expresivo de la supuesta discriminación*”; STSJ de Andalucía de 25 de julio de 2007 (AS 2008/228). Sienta la siguiente premisa: la trabajadora no comunicó su embarazo al empresario. A continuación cita las sentencias del Tribunal Supremo relativas a la nulidad del despido de trabajadoras embarazadas, en las que se exigía el conocimiento empresarial del estado de gravidez de su trabajadora para apreciar la consecuencia de la nulidad.

Así pues, al no conocerse el estado en el que se encontraba la trabajadora, no se puede concluir con la nulidad de la extinción. También Sentencia del TSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007 (AS 2007/3242). El conocimiento no había de ser necesariamente por comunicación expresa de la trabajadora, bastaba con que el dato fuera conocido en el centro de trabajo o fuera notorio. STSJ Madrid de 10 de noviembre de 2009 (AS 2010/29).

⁸⁶³ Acaso la duda acerca de si era o no necesario el conocimiento empresarial del estado en el que se hallaba la trabajadora fue fomentado por el art.10 de la Directiva 92/85/CE de la que es heredera nuestra norma, pues en la normativa comunitaria sí se exigía expresamente que este extremo fuera conocido por el empresario: cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba”, Revista de Derecho Social núm. 63. Julio 2013. Ed. Bomarzo. Pág. 145.

STSJ C. Valenciana de 17 de diciembre de 2004 (AS 2005/223): para que opere la inversión de la carga probatoria no basta con el mero dato del embarazo, sino que “*a partir del tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio*”. En el presente, la trabajadora afirma haber puesto de manifiesto su estado al empresario, mas esta aseveración no fue acreditada en el acto del plenario. Así pues, no ofreció la trabajadora el “*principio de prueba o indicio expresivo de la supuesta discriminación*”.

A ello hay que aunarle la existencia de datos que permiten concluir que la labor desempeñada por la trabajadora no era impecable (no atendía correctamente a la clientela, llegaba tarde al trabajo) y, en definitiva, hacen pensar que la razón que motivó la extinción contractual no fue la alegada por la empleada. Ausencia de discriminación.

A nuestro juicio, la sentencia no debería haber valorado los datos que efectivamente le dan la razón al empresario. Esto es, siendo la extinción durante el período de prueba libre, el empresario nada ha de demostrar. Así, bastaba con decir –y argumentar– que la trabajadora no había expuesto indicio alguna que hiciera inferir ese trato discriminatorio y, por lo tanto, descartándose el móvil discriminatorio, la empresa era libre para desistir. Pues, en caso contrario –siempre según nuestra opinión– se incurre en la siguiente contradicción: por un lado se dice que no hay indicio de discriminación pero acto seguido se analiza la causa por la que se pone fin a la relación laboral. Esto es, creemos que solo si se aprecia discriminación o cualquier otra violación a un derecho fundamental es cuando se deben empezar a valorar y a indagar acerca de las razones que barajó el empresario para extinguir, en caso contrario estos motivos son del todo punto intrascendentes.

⁸⁶⁴ El texto legal responde al art.10 de la Directiva 92/85/CE.

despido el supuesto de extinción durante el embarazo⁸⁶⁵, haciéndole merecedor de un singular tratamiento, por medio del cual se ha de predicar la nulidad automática del acto extintivo que afecta a la trabajadora embarazada, sin exigirse ningún otro requisito adicional. Siendo ello así, cabe preguntarse –y la inquisición sobrepasa a la dimensión meramente teórica- si el mismo régimen previsto para el despido es de aplicación también para los supuestos en los que se acuerde el cese durante el período de prueba de trabajadora en estado de gestación.

Los pronunciamientos de nuestras Salas de lo Social prácticamente eran unánimes a la consideración de la relevancia del motivo real extintivo cuando nos hallábamos ante estas peculiares situaciones⁸⁶⁶, pero, a pesar de todo, el tema a debatir era delicado y susceptible de generar inseguridades, tal y como se puede comprobar de la lectura de determinados asertos judiciales⁸⁶⁷ que extendían el ámbito de protección y preconizaban la atracción del régimen de la nulidad del despido a los supuestos en los que se alegara la nulidad de la extinción del período de prueba. Esto suponía –en esta singular situación de embarazo- que a la trabajadora le bastaba con mostrar (ya no demostrar) su estado de buena esperanza para hacerse merecedora del singular tratamiento legal que se le dispensa al despido nulo cuando se encuentra embarazada.

Ante este panorama, clarificante ha resultado la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2013, de 10 de octubre (dictada en recurso de amparo).

⁸⁶⁵ Art.55.5. “Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a)

⁸⁶⁶ STSJ Castilla y León de 16 de junio de 1994 (AS 1994/2362). El tribunal entiende la nulidad porque aunque el instituto del período de prueba es acausal, lo que no se puede extinguir con base formalmente a esta causa siendo la ratio decidendi otra.

⁸⁶⁷ STSJ de Madrid de 26 de abril de 2004 (AS 2004/2420): la mera circunstancia del embarazo presupone la nulidad de la extinción. La trabajadora no habrá que exponer ningún indicio que haga presumible la discriminación, basta tan solo que se encuentre en esta especial situación para que la protección dispensada por nuestro ordenamiento jurídico aparezca. En estos supuestos, el empresario habrá de exponer los argumentos para acreditar la procedencia de la extinción. Considera, por tanto, que hay que dar el mismo tratamiento a todos los tipos de extinción si la trabajadora afectada se encuentra embarazada; STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2005, (AS 2005/649): “*La anterior doctrina aplicada al presente supuesto exige que la naturaleza jurídica del período de prueba quede alterada en aras a un interés superior objeto de tutela, la maternidad*”. No entendemos que la consecuencia de nulidad suponga la modificación del entendimiento del período de prueba.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2013⁸⁶⁸ en definitiva va a dilucidar acerca de si es preciso exponer indicios que adviertan de la posible existencia de discriminación o, por el contrario, existe una tutela objetiva de la situación de embarazo. Esta disquisición supondrá a la postre conceder relevancia (si la alternativa es la primera de las expuestas) al conocimiento del empresario de la situación de su trabajadora o (en el caso de que entendamos que se ha urdido un sistema de protección idéntico que para el despido) no conceder importancia alguna a la previa información del empresario sobre el estado de gestación de la trabajadora cesada durante la prueba.

Lo primero que interesa destacar del pronunciamiento son las razones argüidas por la parte recurrente que se cifran en la existencia de vulneración del derecho a la igualdad de la ley en su vertiente de discriminación por razón de sexo y la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Los hechos que constan como probados, pueden resumirse sucintamente en: trabajadora con período de prueba de dos meses, siendo la duración inicial de la relación laboral de seis meses. La empleada estaba embarazada en el momento en que fue contratada (de diez semanas), circunstancia esta que no consta hubiera sido conocida por la empleadora. Cuando restaban veinte días para que finalizara la prueba, la empresa dio por extinguido el vínculo con base a la no superación de la citada prueba.

En principio aquí nos encontramos con varios escollos para que prospere la argumentación de la antes actora, y que en su día sirvieron a la sentencia de instancia y de suplicación para desestimar las pretensiones de nulidad, a saber:

- a. El embarazo no era conocido por el empresario.
- b. El embarazo no era una circunstancia sobrevenida tras el contrato.

El máximo intérprete constitucional entiende que no son exportables las garantías pergeñadas para el despido en los

⁸⁶⁸ Resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la STS de 18 de abril de 2011 (RJ 2011/5814). Contiene un voto particular suscrito por Excmo. Sr. Don Fernando Salinas Molina, Excmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Fernández, Excmo. Sr. Don Jordi Agustí Julia, Excma. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Excma. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol y Excmo. Sr. Don Manuel Ramón Alarcon Caracuel. Destacar, (como así lo hace LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba, op. cit., pág. 146 y 147) que en este se propugna un entendimiento extenso del término “despido” para amparar aquellas extinciones que se producen durante la prueba, siendo esta la interpretación que se desprende de la Directiva 92/85/CEE y la aplicada en STJUE de 11 de noviembre de 2010, Caso Danosa, C-232/09.

supuestos en los que la extinción se lleve a cabo latente la prueba. De esta manera, reafirma el criterio sostenido por el Tribunal Supremo y fundamenta su decisión en el criterio legal claro de constreñir la protección únicamente para los supuestos de despido, sin que sea posible interpretar analógicamente que otras hipótesis extintivas también se favorecen de este mismo régimen.

No se ha de olvidar que el criterio de integración analógico ha de ser empleado rigurosamente, exigiéndose una identidad entre –en nuestro caso– el despido causal y la extinción durante la prueba⁸⁶⁹, pues solo si concurren estos presupuestos puede hacerse realidad la seguridad jurídica.

A salvo queda la posibilidad de instar la nulidad si el cese (al que habilita el período de prueba o el que se produce por cualquiera de las causas extintivas que reconoce nuestra norma laboral) se produjo en atención a circunstancias que suponen la lesión de derechos fundamentales, lo que –circunscritos al problema hoy debatido– se produciría cuando el desistimiento se ejerza como reacción al estado de embarazo en el que se encuentra la trabajadora.

Mas si el empresario (como ocurría con el supuesto específico que se planteaba a su conocimiento) era del todo ajeno al estado de gestación de su trabajadora, no está obligado a rebatir esa presunta discriminación⁸⁷⁰.

Por estas consideraciones entiende que la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es plenamente respetuosa con los mandatos constitucionales, sin que se pueda aplicar la doctrina vertida en Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2007⁸⁷¹,

⁸⁶⁹ Entendemos que este argumento es otro más que abunda en la idea de la imposibilidad de asimilar conceptualmente la extinción durante la prueba con el despido. Así, la Sentencia recuerda que “*mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, (...) el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 ET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales*”.

⁸⁷⁰ Este concreto empleador, no obstante, sí había aportado datos que redundaban en la idea de que el cese lo fue en atención a que la trabajadora no había alcanzado el nivel de ventas exigido y que a la par del acuerdo de esta decisión de extinción, también finalizó la relación laboral con otro empleado que había sido contratado a la vez que la recurrente. A nuestro juicio, los argumentos empresariales (aunque sea acertado que los expusiera en el plenario e insistiera posteriormente en los mismos) carecen de relevancia alguna, si no se aporta un indicio razonable de lesión al derecho fundamental (en este caso, a la no discriminación) por cuanto el acto de extinción durante la prueba es totalmente libre.

⁸⁷¹ Trabajadora que habiendo sufrido abortos hubo de instar su baja en repetidas ocasiones. La empresa no desvirtuó el claro indicio discriminatorio expuesto por la demandante.

por cuanto –y esta es la clave- allí sí se expusieron indicios razonables de discriminación por razón de sexo.

Conclusión: no existe conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Hemos de distinguir entre el supuesto de nulidad objetiva (aplicable en los despidos⁸⁷²) y la nulidad radical (que se puede invocar en estas especiales situaciones de cese durante el período de prueba de trabajadora embarazada), siendo necesario por tanto aportar el indicio discriminatorio para lograr la apreciación de la conculcación constitucional en los supuestos de extinción durante la prueba, tal y como ocurre con cualquier el resto de invocación de violaciones a los derechos fundamentales⁸⁷³.

Pero no hemos acabado porque si bien este fue el sentir mayoritario, la Sentencia no termina aquí. Referencia hay que hacer al voto particular que formula el Ilmo. Magistrado D. Andrés Ollero Tassara, y otro más que emitirá el Ilmo. Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhieren la Ilma. Magistrada Dña. Adela Asua Batarrita y los Ilmos. Magistrados D. Luis Ignacio Ortega Álvarez y D. Juan Antonio Xiol Ríos.

El primero de los votos particulares suscribe el fallo general aun cuando introduce una serie de matices. Parte de la consideración de la importancia del conocimiento empresarial del estado de embarazo para dirimir la cuestión y la subsiguiente dificultad de la trabajadora en orden a la probanza de este extremo y, en este aspecto, cuestiona el efecto que supone el gravamen excesivo en la carga probatoria que debe desplegar la recurrente.

El otro motivo por el que cuestiona la Sentencia son los argumentos empresariales en orden a la razón por la cual no ha de apreciarse la vulneración alegada y que se centran en los motivos que ha barajado el empleador para cesar durante la prueba.

⁸⁷²Aunque anteriores a la Sentencia comentada: STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011 (AS 2011/2457): la doctrina constitucional y jurisprudencial no resulta aplicable por cuanto no hay despido y el cese en el período de prueba no se puede asimilar a este. La extinción contractual durante el período de prueba de mujer embarazada no goza de la presunción de nulidad ex art. 55.5.b) del ET: STSJ de Madrid de 2 de noviembre de 2012 (AS 2013/155).

⁸⁷³ STSJ Extremadura de 3 de diciembre de 2012 (AS 2013/622); STSJ de Madrid de 22 de DICIEMBRE de 2011 (AS 2012/154); STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2013 (AS 2014/981), considera el indicio por el conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora, la circunstancia de que esta no era la primera vinculación laboral con la misma empresa y la inconsistencia del argumento empresarial de que hubiera realizado una defectuosa labor. Este pronunciamiento contiene un voto particular en el que se expresa la opinión del magistrado tendente a entender que no existió discriminación, apreciándose que las dos vinculaciones laborales (la pasada y la actual) lo eran para la realización de cometidos profesionales diferentes; STSJ C. Valenciana de 6 de mayo de 2014 (AS 2014/1569).

Por el contrario, el segundo de los votos particulares sí disiente de la opinión mayoritaria, entendiendo que sí se produjo lesión al derecho de igualdad.

La línea de razonamiento discurre de este modo: el art.55.5 del Estatuto de los Trabajadores encuentra su entroncamiento directo no en el mandato del legislador ordinario, sino en el constitucional y es consecuencia inmediata del art.14 de la Constitución. Desde esta perspectiva, ha de entenderse comprendida bajo el amparo de la nulidad objetiva cualquier supuesto de cese o extinción contractual de trabajadora embarazada, pues el legislador al *"limitar el alcance del art. 55 ET, ha dejado extramuros de su ámbito objetivo parte de los supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas ha de contar, por mandato directamente deducible del art. 14 CE, de una protección reforzada, entre los que se encuentra, precisamente, la extinción en período de prueba."* De esta manera, las trabajadoras embarazadas *"disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE."*

Se abunda en la idea de que tanto en los supuestos de despido de mujer embarazada como de ceses durante el período de prueba de estas, se produce la *"conurrencia del factor protegido"* (aquí, el embarazo) y la *"existencia de un perjuicio asociado"* (en este caso, la extinción del contrato de trabajo). Pero más aún, ha de advertirse que la afectación a la situación de la trabajadora es más intensa en los supuestos en los que el cese se lleve a cabo durante la prueba, por cuanto su situación de precariedad laboral es mayor que en el resto de vínculos laborales sin concertación de la cláusula probatoria.

La dispar concepción legal del período de prueba y del despido no es causa suficiente para implantar un *"distinto y menos intenso régimen de tutela antidiscriminatoria"*.

Ante tal decisión mayoritaria del Tribunal, voces de nuestra doctrina se han levantado entendiendo que el criterio que implanta desde este aserto ha supuesto *"un obstáculo importante"*⁸⁷⁴ en la

⁸⁷⁴ FERNÁNDEZ PRIETO, M.: "La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea", Revista de Derecho Social núm.69, enero 2015, Ed. Bomarzo, pág.221. Califica a esta Sentencia como "quizás la resolución más polémica por regresiva de la jurisprudencia del TC en relación con la tutela del embarazo".

Por su parte, LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba", op.cit., pág. 145 parte su estudio desde la Sentencia del TC 92/2008 que otorgó el amparo a una trabajadora embarazada despedida sin que tal extremo fuera conocido por el empresario. Las razones del Tribunal estriban en la conculcación al art.24 de la Constitución, por cuanto resulta irrazonable la acreditación del conocimiento cuando no es exigida por la Ley de Conciliación. En el mismo sentido recuerda la STC 124/2009, de 18 de mayo.

tutela de la mujer embarazada. Así, LOUSADA AROCHENA⁸⁷⁵ realiza un recorrido histórico en torno a la protección de las trabajadoras embarazadas frente al despido y la tutela dispensada a ellas, engarzando esta protección en el seno del art.14 de la Constitución, en línea con lo expresado en el voto discordante y extendiendo la protección a las situaciones de extinción durante la prueba. La conclusión sería la misma incluso de admitir que la tutela al embarazo no tiene engarce constitucional, sino tan solo legal todo ello por obra del art.4 del Código Civil⁸⁷⁶ y sin que tal opción suponga pervertir la naturaleza jurídica del período probatorio, por cuanto existen “elementos objetivos” cuales son el deber de experimento y la nulidad de la reprobación “en los cuales la empresa puede sustentar su decisión para eludir la prohibición de despido.”⁸⁷⁷

Entendemos, no obstante, que la decisión propugnada por LOUSADA AROCHENA no es la pensada por nuestro texto constitucional. “Pero dicho queda que de la Constitución no deriva una exigencia de tutela objetiva y automática para la trabajadora embarazada, por lo que opera el clásico juego de la aportación de indicios suficientes y la inversión de la carga probatoria”⁸⁷⁸.

Situados en este punto creemos que podemos establecer el vínculo con respecto a los supuestos anteriormente analizados de cese durante la incapacidad temporal. Si la causa que origina esta es el embarazo de la trabajadora, inevitablemente debemos entender que estamos ante un supuesto de nulidad⁸⁷⁹ –en las hipótesis de cese en el trabajo durante la prueba-.

Nótese, no obstante que el juego de las presunciones podría sufrir un quiebro en aquellos supuestos de cese durante la situación

⁸⁷⁵ . LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba”, op.cit., pág.152

⁸⁷⁶ Un examen, a nuestro juicio más sosegado y profundo acerca de los criterios para la aplicación analógica posibilitada por el art.4.1 del Código Civil es el realizado por SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba”, Revista Aranzadi Doctrinal núm.8/2013. [En línea]. Disponible en BIB 2013/2390.

⁸⁷⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba”, op.cit., pág. 154.

⁸⁷⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba”, op.cit.

⁸⁷⁹ STSJ Andalucía de 28 de marzo de 2011 (AS 2013/2190).El indicio aportado por la trabajadora sobre su real estado de embarazo y conocimiento de este por parte del empresario para intentar acreditar que la razón de la extinción durante el período de prueba fue discriminatoria, fue rebatido con éxito por el empresario al acreditar que la razón de la extinción fue por motivos estrictamente profesionales. A mayor abundamiento, destaca cómo la plantilla en su mayor parte está compuesta por mujeres a las que no consta haya sido denegados los permisos familiares; STSJ Cantabria de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012/389973); STSJ Castilla La Mancha de 2 de junio de 2014 (JUR 2014/137396). Expone el “*panorama indiciario*” de discriminación estableciendo como causa del cese el dilatado período de baja médica como consecuencia de un embarazo problemático, sin que la empresa destruyera esta presunción en el procedimiento.

de embarazo de la trabajadora en prueba que logra acreditar en el procedimiento judicial de despido la ilicitud de la cláusula probatoria (y, por ende, su inexistencia). En estos supuestos en los que formal – pero no materialmente- el cese está amparado en la no superación de la prueba, se provocaría el desplazamiento de la carga probatoria al aportarse un dato objetivo de nulidad de la extinción⁸⁸⁰.

15.3.- Otros derechos fundamentales alegados.-

Si bien es cierto que en los pedimentos formulados por el trabajador de forma mayoritaria invocan la vulneración de los derechos fundamentales a los que en párrafos precedentes se ha hecho alusión, existen otros supuestos dirimidos ante judicial presencia en los que se ha invocado la lesión de otros derechos también contemplados constitucionalmente como fundamentales.

Básicamente, se han tratado de las siguientes invocaciones:

15.3.1.- Derecho de indemnidad.-

Definido este derecho por nuestro Tribunal Constitucional⁸⁸¹ como “ la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos”, para entenderlo lesionado habrá que valorar especialmente las circunstancias que rodean tanto al cese del trabajador como a la reclamación que pudiera ser instada previamente por este⁸⁸² y, en cualquier caso, su conculcación se produciría cuando el empresario reaccione a modo de respuesta, frente a la acción judicial o los actos preparatorios a esta llevados a cabo por el trabajador.

Esta primera afirmación supone que carecen de consistencia los argumentos tendentes a exponer la lesión del artículo 24 de la Constitución Española cuando no existe reclamación previamente presentada por el trabajador⁸⁸³, esta no ha llegado a conocimiento

⁸⁸⁰ STSJ Cataluña de 25 de septiembre de 2014 (AS 2014/3151) al declarar no aplicable al contrato el período de prueba previsto para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, entiende que existe despido y al estar la trabajadora embarazada se declara nulo el mismo.

En sentido contrario, toda vez que –a nuestro juicio- no existía normativa que amparara otra conclusión: STSJ Andalucía de 26 de febrero de 2008 (AS 2009/1221).

⁸⁸¹ Destacamos: STC 7/1993 (RTC 1993/7), STC 14/1993 (RTC 1993/14), STC 54/1995 (RTC 1995/54), STC 140/1999 de 22 de julio (RTC 1999/140) y STC 199/2000, de 24 de julio (RTC 2000/199).

⁸⁸² STSJ Cataluña de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010/178103): “*En el presente caso, no consta la existencia de violación de derecho fundamental, pues no es obviamente tal el que la decisión extintiva se funde en la actitud mostrada por la trabajadora de poner pegas a su formación inicial, al solicitar el cambio del día programado*”

⁸⁸³ STSJ Andalucía de 20 de febrero de 2008 (AS 2008/2720). No se aprecia la lesión del derecho fundamental, al no constar acción alguna del trabajador, ni reclamando ni denunciando. Descartándose que la decisión de extinción durante el periodo de prueba obedecería a un motivo espurio (reacción ante el

empresarial⁸⁸⁴ o no se ha encauzado jurídicamente⁸⁸⁵ y, por supuesto, cuando es la propia conducta del trabajador la que se puede y debe tildar de abusiva⁸⁸⁶.

Al igual que ocurre con cualquier otro supuesto de alegación en la conculcación de derechos fundamentales, presentado el indicio que hace generar sospechas fundadas en el tribunal de la posible lesión, será a la parte empresarial a la que corresponde probar que la decisión de extinción se alcanzó por causas ajenas a los motivos alegados por el trabajador⁸⁸⁷. Pero, volvemos a insistir, el indicio ha

ejercicio de acciones judiciales) sino en la legítima voluntad empresarial de extinguir el vínculo pendiente el período de prueba.

⁸⁸⁴ STSJ Cataluña de 11 de enero de 2007 (JUR 2007/221092): no se considera indicio de lesión de derechos fundamentales la circunstancia de que hubiera habido reclamaciones a la empresa en relación con la jornada laboral, pues ni tan siquiera hubo constancia de que el trabajador hiciera llegar personalmente su queja a la Dirección, ni con antelación a la decisión de extinción empresarial reclamación judicial alguna.

⁸⁸⁵ STSJ País Vasco 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/322153). Estima que no se han ofrecido indicios de que se haya vulnerado tal principio, puesto que lo único probado fue que el trabajador había presentado quejas en relación a conceptos salariales que figuraban en el contrato suscrito. La circunstancia de que fuera Secretario general de un sindicato profesional no es suficiente para mostrar el indicio, es más, dado que tiene esa cualificación profesional debía saber los resortes legales para encauzar la acción de reclamación.

⁸⁸⁶ STSJ de Islas Canarias de 18 de noviembre de 2004 (AS 2004/3710): el trabajador plantea demanda sobre modificación de condiciones de trabajo. Se extingue posteriormente su contrato de trabajo durante el período de prueba.

Se descarta la aplicación de la garantía de la indemnidad, estimándose que la conducta empresarial era “razonable y proporcionada”. Descendiendo al terreno concreto, se observa cómo el trabajador se había opuesto a realizar su cometido laboral los fines de semana y festivos a pesar de que estaba obligado a hacerlo.

El tribunal, que previamente a desestimar el recurso del trabajador ha realizado un extenso recuerdo sobre la figura del período de prueba, entiende que es el propio trabajador el que incurre en abuso de derecho y provoca con su actuación discriminación con respecto a sus compañeros. En concreto, el empleado accede a un puesto de trabajo mejor remunerado que el resto, conociendo las condiciones en que había prestarse este –los otros empleados no solicitan el trabajo a pesar de ostentar una cualificación superior que la parte actora- y ahora intenta burlar las condiciones de su desempeño.

Al no apreciarse –en nuestra opinión muy atinado el juicio- conculcación de derecho alguno, no hay que entrar en las razones por las cuales el empresario puso fin a la relación.

⁸⁸⁷ STSJ C. Valenciana de 11 de mayo de 2004 (AS 2004/3507): el actor tenía previamente a la contratación experiencia profesional dilatada en la actividad para la que fueron requeridos sus servicios laborales. Había presentado reclamación laboral junto con otro personal de la empresa. Se procede a la extinción de la relación laboral vigente el período de prueba, al igual que ocurre con otros compañeros.

La Sentencia entiende que el acto extintivo de la empresa lo fue en represalia por las acciones ejercitadas y que, habiendo expuesto el trabajador el indicio de discriminación por este motivo y no habiendo alegado la empresa otros motivos diferentes para poner fin a la relación, se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, declarando la nulidad del despido.

La conclusión, a nuestro juicio, es acertada mas los argumentos entendemos que olvidan cómo se ha de concebir el período de prueba. La Sentencia hace hincapié en la experiencia dilatada del prestador de servicios, mas esta circunstancia es –a nuestro juicio- del todo punto intrascendente. El período de prueba no solo está para demostrar la valía profesional del trabajador (la sentencia afirma que “*teniendo en cuenta la cualificación profesional del trabajador*”) sino también para valorar otras circunstancias que entran de lleno en la esfera del empleado como persona y que son las relativas a sus cualidades personales que se proyectan profesionalmente o cómo se adapta al concreto puesto de trabajo.

A nuestro juicio, el error estriba en la propia concepción de la que parte el tribunal (ya vista en el apartado que tiene como sentido analizar el objeto de prueba). En efecto, el tribunal señala que el período de

de ser serio sin que sea suficiente con la mera alegación al derecho presuntamente infringido⁸⁸⁸.

Ese indicio de lesión al derecho fundamental bien puede ser presentado cuando se muestra la coincidencia temporal entre la reclamación del trabajador y la decisión de su cese⁸⁸⁹ o de los hechos presentados se deduce un comportamiento claramente infractor del empresario⁸⁹⁰, pero tal y como observamos sí exige una actuación previa del trabajador tendente a la reclamación o a la preparación de esta en la vía judicial, comprendiéndose no solo la presentación de la papeleta de conciliación, sino también denuncias ante la Inspección de Trabajo e incluso la puesta en contacto con letrado para iniciar la acción procesal correspondiente⁸⁹¹.

prueba está concebido como " *un período de conocimiento de las aptitudes y experiencia previa del trabajador*".

Así pues, a nuestro modo de ver, la Sentencia partiendo de que se habían aportado indicios que hacían pensar presumiblemente que se había incurrido en discriminación y no habiendo la empresa desvirtuado este principio de prueba, se debería haber ceñido a determinar la nulidad por esta razón, sin entrar en la "cualificación profesional del trabajador", pues mantener esta tesis sería tanto como afirmar que es imposible la suscripción del período de prueba en los supuestos en los que el trabajador tuviera experiencia previa en el puesto de trabajo, con independencia de que fuera o no idéntica la persona del empresario.

STSJ Cataluña de 2 de octubre de 2008 (AS 2008/3117): se entendió que el cese de la relación laboral durante el período de prueba fue una represalia porque el trabajador presentó denuncias ante la policía por el comportamiento del empresario vulnerando su derecho a la integridad física y moral. Se consideró probado que el empresario, de forma persistente, realizó insinuaciones de tipo sexual (despido nulo).

⁸⁸⁸ STSJ C. Valenciana de 4 de junio de 1993 (AS 1993/3058). No se apreció la existencia del indicio, al no haber conexión entre la extinción y la circunstancia de haber solicitado el trabajador permiso para acudir al médico.

⁸⁸⁹ STSJ Islas Canarias de 23 de enero de 2004 (AS 2004/690). El trabajador, previamente al cese, había interpuesto una demanda de reclamación de cantidad, entendiéndose posteriormente que la extinción durante el período de prueba violaba su derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE y que también tiene su reflejo en el art.4.2.g) ET).

En primer lugar, la Sentencia comentada resume la doctrina constitucional en torno a este derecho. Se completa con el análisis de la inversión de la carga probatoria.

En el presente supuesto, la extinción contractual coincide con la fecha en la que tuvo lugar el acto de conciliación (penúltimo día del plazo estipulado para la prueba) en el que no hubo avenencia. Previamente, la empresa había extinguido (en fechas distintas) otros contratos de trabajadores que no habían reclamado judicialmente contra ella.

Estos datos son barajados por el Tribunal, entendiéndose que efectivamente constituían un indicio del trato discriminatorio sufrido y, al no haber el empleador expuesto dato alguno que permita desvirtuar tal presunción, se inclina por entender que la extinción del contrato es nula al violarse el derecho comentado.

STSJ Cataluña de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2007/335204). Reclama por despido improcedente, pues estima que la extinción lo fue por haber interpuesto varias denuncias ante la Inspección de Trabajo.

El tribunal descarta la apreciación del indicio de vulneración del derecho fundamental, al comprobar que las denuncias se presentaron con posterioridad a la decisión de extinción.

STSJ Madrid de 21 de julio de 2009 (JUR 2009/479587). Descarta la alegación de la vulneración por el transcurso prolongado de tiempo que medió entre la reclamación judicial efectuada por el trabajador y la decisión de extinción del empresario (más de siete meses). A ello había que unirle el dato de que el trabajador posteriormente a la reclamación había sido integrado en la plantilla de la empresa (con antelación, el vínculo prestaciona no había sido laboral).

⁸⁹⁰ STSJ Cataluña de 13 de julio de 1999 (AS 1999/6483). Reclamación previa en orden a solicitar las condiciones laborales que les correspondían (personas en situación de irregularidad). Se estimó que la razón de la extinción fue tratar de impedir el acceso a la tutela judicial efectiva ex art.24 CE.

⁸⁹¹ STSJ País Vasco 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/322153): "*alguna actividad que anticipa la posterior acción judicial - un contacto telefónico del abogado, una denuncia ante la ITSS*"

15.3.2.- Derecho de libertad sindical.-

El primer derecho no se suele alegar aisladamente, sino que es invocado junto al de igualdad. En esta clase de procedimientos el trabajador entiende que la decisión de cese en período de prueba tan solo obedeció a su condición como sindicalista.

En estos supuestos, para algunos Tribunales⁸⁹² es bastante con la acreditación de la condición de representante sindical para que se produzca la inversión de la carga probatoria, mientras que otros⁸⁹³ no estiman que esta circunstancia produzca tal efecto indefectiblemente.

En cualquier caso es interesante conocer las circunstancias concretas que rodean la situación empresarial a fin de otorgar o no credibilidad a la presencia del indicio de discriminación por esta razón. Así, si se contempla que en la trayectoria de las relaciones laborales empresariales ha existido una fuerte imbricación de los agentes sociales el indicio no aparece con nitidez, por lo que la sola manifestación de la actora de reunir la condición de representante de los trabajadores no puede desvirtuar el principio general que establece la carga probatoria procesal⁸⁹⁴ y que conduciría, a la postre, a restar relevancia a la invocación de la demandante.

⁸⁹² STSJ C. Valenciana de 17 de noviembre de 2004 (AS 2004/3876). Para el tribunal consta el indicio, a saber: la afiliación sindical y la cualidad de ser representante de los trabajadores en la anterior empresa adjudicataria del servicio.

En análogos términos, la Sentencia del mismo Tribunal de 27 de mayo de 2004 (AS 2004/3687). Dos trabajadores que pertenecían al sindicato UGT. Se presentaron a elecciones sindicales en la anterior empresa adjudicataria.

⁸⁹³ STSJ Islas Canarias de 27 de julio de 2009 (AS 2009/2566). No estamos en presencia de un indicio de tal naturaleza cuando tan solo constan las simples aseveraciones del empleado que aseguraban que se le discriminó, porque durante el tiempo de la relación laboral trató de conseguir más afiliados para su sindicato. Es curioso, no obstante, cómo en el pronunciamiento que ahora comentamos, a pesar de desvirtuar el alegato de la parte trabajadora, se pasa a dilucidar de las razones concretas de la extinción y cómo estas quedaron probadas por medio de la exhibición de un informe de evaluación negativa de servicios prestados. Por esta razón, pensamos que la disparidad de criterio judicial con respecto al primer bloque de pronunciamientos tan solo es aparente o formal. Así, la Sentencia consultada que negaba la consideración de indicio al dato antes explicado no obvia las razones reales de la extinción, sino que plasma cuáles han sido estas y, lo que es más significativo, valora la relevancia de las mismas a efectos de otorgar o no credibilidad a la falta de superación de la prueba. Entendemos que si el indicio no estaba presentado, ninguna relevancia jurídica ostentan las verdaderas razones elucubradas por el empresario para desistir.

Por el contrario, sin entrar en los motivos del cese: Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 9 de julio de 2004 (AS 2004/3349): No es suficiente indicio de discriminación “*la militancia política y sindical*” del trabajador, pues en caso contrario estas circunstancias supondrían por sí solas “*un cierto blindaje en la relación laboral*”.

⁸⁹⁴ STSJ Castilla y León de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2004/74804): no fueron suficiente los alegatos del actor para apreciar indicios de discriminación, dada la fuerte raigambre de los agentes sociales en la empresa demandada, las amplias facultades que ellos ostentaban en la misma y la no acreditación de reclamación o actitud de defensa de intereses sociales del trabajador demandante.

15.3.3.- Derecho a la libertad de expresión.-

Al igual que ocurría con los anteriores derechos, es susceptible de ser invocado junto con el derecho a la no discriminación. El supuesto de hecho a examinar lo constituyen las manifestaciones del trabajador que vigente la relación laboral cuestiona la conducta empresarial y la ulterior acción de su empleador de extinción durante el período de prueba.

La credibilidad del indicio –de lesión del derecho a la libertad de expresión del art.20 de la Constitución- puede lograrse cuando se prueba la coincidencia temporal entre los comentarios del trabajador y el cese laboral⁸⁹⁵.

El derecho a la libertad de expresión, en alguna ocasión, se ha invocado con relación al de intimidad, honor y propia imagen (art.18 de la Constitución) los cuales, conforme a consolidada doctrina del Tribunal Constitucional⁸⁹⁶ se extienden al ámbito laboral⁸⁹⁷.

15.3.4.- El derecho a la salud, a la integridad física y a la dignidad.-

Tal y como recogíamos, uno de los derechos invocados ante la jurisdicción social a fin de hacer valer la nulidad de la extinción durante el período de prueba era el derecho a la salud e integridad física (art.15, 40.2 y art.43.1 de la Constitución) que el trabajador entendía mermado por cuanto su empresario había adoptado la decisión de zanjar la relación laboral cuando estaba incurso en una situación de incapacidad temporal.

⁸⁹⁵ STSJ de País Vasco de 11 de diciembre de 2007 (AS 2008/1077). Trabajadores que habían visto extinguido sus contratos durante el período de prueba, según las alegaciones del actor como represalia empresarial por haber participado en una rueda de prensa (en la que, entre otros puntos, se solicitaba la dimisión del director de la entidad empresarial). Se entiende -por el empleado afectado- que se ha sufrido una discriminación, por cuanto el resto de sus compañeros sí había podido expresar su opinión sin por ello ser sancionados, a diferencia de lo ocurrido con el demandante, habiéndose aprovechado el empresario de la temporalidad del vínculo en que se traduce el período de prueba.

La cercanía entre la extinción y las manifestaciones vertidas públicamente, no hacen creíble que la motivación empresarial de proceder a la resolución fuera un insatisfactorio resultado de la prueba (máxime si tenemos en cuenta que la extinción se produjo cuando restaba poco tiempo para que finalizara el período de prueba).

El tribunal trae a colación la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los trabajadores. Finalmente, concluye en la nulidad del despido por conculcación del derecho a la libertad de expresión. Este derecho, aprecia el tribunal que es invocado indirectamente por los recurrentes “*por la vía de la igualdad*”.

⁸⁹⁶ Así, Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril.

⁸⁹⁷ STSJ Madrid de 8 de junio de 2000 (AS 2000/3198). No infiere del comportamiento empresarial dato alguno que le haga pensar en la existencia de manifestaciones que persigan chantaje sexual (entrega aislada de regalo). El argumento decisivo fue la aseveración de lo que para una persona es ofensivo para otra no tiene necesariamente que serlo.

Como se puede comprobar, en las demandas judiciales se prefiere no alegar únicamente el derecho a la salud, por cuanto este no es un derecho fundamental. De ahí que se prefiera la conexión entre este derecho y el de integridad física que sí tiene el rango de derecho fundamental y cuya conexión ha sido en ocasiones contemplada por el propio Tribunal Constitucional⁸⁹⁸.

El matiz es importante, por cuanto la circunstancia de que exista cierta conexión entre el derecho a la salud con el de integridad física no nos puede hacer concluir –si empleamos la razón judicial– en la confusión entre ambos, por cuanto existen supuestos en los que no existe relación de vinculación entre los dos⁸⁹⁹. Así, solo se aprecia la conexión en las hipótesis o bien que se trate de actuaciones materiales que dañen la integridad corporal o bien sea como consecuencia de órdenes empresariales que contravengan sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, poniendo en peligro la salud del trabajador.

Estas consideraciones se traducen en la estimación de que la decisión de extinción empresarial durante el período de prueba no atentan a la salud e integridad física en el sentido antes manifestado, lo que supone la imposibilidad de acceder a las pretensiones de nulidad del actor y subsidiariamente de improcedencia⁹⁰⁰.

Con estas decisiones judiciales se desecha la interpretación de parte conducente a entender que de mantener la validez de la extinción empresarial podrían producirse situaciones en las que el trabajador vea quebrada su salud, al no continuar con el tratamiento médico o rehabilitador por miedo a perder su puesto de trabajo. El Tribunal Supremo, en respuesta, indica que el empleado se encuentra protegido aun cuando su contrato finalice al existir una prestación a su favor a cargo de la Seguridad Social⁹⁰¹.

De igual modo, es frecuente que junto a la alegación de trasgresión de los derechos anteriormente aludidos, en la demanda de despido nulo se haga referencia también al atentado que la

⁸⁹⁸ STC 35/1996 (RTC 1996/35) y STC 220/2005 (RTC 2005/220).

⁸⁹⁹ STSJ Madrid de 11 de marzo de 2008 (AS 2008/1241).

⁹⁰⁰ STSJ de País Vasco de 14 de junio de 2005 (AS 2005/2284). No solo no es nula la extinción sino tampoco improcedente, por cuanto para poner fin al vínculo no hay que alegar causa alguna, aun cuando el tribunal, para abundar en su conclusión de que no existe despido expone que le constan datos para asegurar que el trabajo desempeñado no alcanzaba el rendimiento exigible. De nuevo insistimos que, a nuestro modo de ver, esta última aseveración es de todo punto inoportuna, por cuanto entendemos que al tribunal le está vedada la indagación de las concretas causas examinadas por el empresario para ejercer su libre desistimiento, una vez que se ha adverbado que no existen razones lesivas a derechos fundamentales o que constituyan abuso manifiesto de derecho.

⁹⁰¹ NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas”, op.cit.

conducta extintiva proferida por el empresario ha causado al derecho la igualdad y no discriminación⁹⁰² o bien a la dignidad⁹⁰³.

⁹⁰² STSJ C. Valenciana de 6 de octubre de 2004 (AS 2004/3770).

⁹⁰³ STSJ Madrid de 11 de marzo de 2008 (AS 2008/1241).

Capítulo VII.-

Las regulaciones especiales del período de prueba

XVI.- JUSTIFICACIÓN.-

Hasta el momento hemos tratado de abordar lo que viene a constituir el régimen jurídico ordinario de la institución probatoria. No obstante, el examen del instituto resultaría incompleto sino aludiéramos a las particularidades que pueden acaecer en torno al mismo con ocasión de la concertación de determinadas relaciones laborales especiales o como consecuencia de la suscripción de modalidades contractuales particulares.

Se trata, en casi todos los supuestos, de adecuar el tratamiento probatorio a las particularidades que presentan determinadas relaciones de trabajo. No obstante estas especialidades en materia probatoria, presente se ha de tener -a lo largo de este análisis- la función que cumple el instituto de la prueba. En este sentido, consideramos de relevancia no olvidar que el período de prueba constituye una excepción al principio de estabilidad en el empleo, lo que supone que no es posible -so pena de quebrantar la naturaleza jurídica del instituto probatorio- realizar interpretaciones extensivas que pudieran vaciar de contenido la norma general en materia de extinción contractual.

Abundando en esta idea, presente hemos de tener que uno de los elementos consustanciales al período de prueba es precisamente su duración limitada en el tiempo y ajustada a la realidad de la ocupación a la que se destina el trabajador. El cumplimiento de esta exigencia dota de sentido a la prueba, al entenderse esta como lapso estrictamente necesario para que el empresario pueda comprobar si acertó con la contratación.

En primer lugar, nos encontraremos ante determinadas modalidades contractuales muy específicas que por el destino al que van llamadas permiten excepcionar -en todo o en parte- el régimen y tratamiento del período de prueba regulado en el precepto base (artículo 14 del Estatuto). Esto es lo que ocurre con el contrato en prácticas y acaso lo que se pretende también que acaezca con el contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

El segundo grupo engloba a las relaciones laborales especiales. Si ya desde su propia concepción se entendió oportuno dotarles de este calificativo para escindirlas de los vínculos ordinarios, parece también coherente la dotación de un régimen probatorio propio que se adecue a la idiosincrasia que presentan. Se parte de la idea de que situaciones laborales que presentan notas particulares merecen de un tratamiento legal particularizado. Esta es la filosofía que inspira el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, precepto este que nos presenta una amalgama de prestaciones de servicio que, sin dejar de participar de las notas propias a una relación laboral, cuenta con su regulación específica o especial para abordar su tratamiento.

La lista de ocupaciones que reseña el artículo no es, a la vista de la cláusula abierta que contiene, una enumeración taxativa de las relaciones laborales especiales, dejándose abierta la posibilidad normativa futura (a través de ley) de nuevas inclusiones de trabajos que gozan de particularidades de relevancia, siendo esta la razón por la que se estima conveniente la adaptación de las normas laborales preexistentes.

Nuestro interés hacia estas relaciones se circunscribe al ámbito del período de prueba. Si diferente es el régimen jurídico que explica las relaciones laborales especiales, diverso puede ser también el tratamiento que se le puede dispensar al instituto probatorio. En lo que se refiere a este, y tal y como pretendemos examinar, en determinados supuestos la regulación especial vendrá solo a colmar la general contemplada en el art.14 del Estatuto, pero en otras hipótesis no existirá el complemento sino una auténtica sustitución del precepto genérico⁹⁰⁴.

XVII.- EL PERÍODO DE PRUEBA EN LOS CONTRATOS FORMATIVOS.-

17.1.- Consideraciones previas.-

Dentro de las posibilidades que nuestro ordenamiento laboral articula, queremos incidir en dos relaciones laborales que siendo ordinarias o comunes presentan unas connotaciones particulares no compartidas por el resto de las modalidades contractuales, ya sean estas indefinidas o eventuales.

Como es sabido, nuestra normativa arbitra una dual alternativa laboral con vistas a las necesidades empresariales. De esta forma, se distingue entre la contratación indefinida (ideada para responder a vacíos empresariales que, en principio, no tienen coto) y la temporal

⁹⁰⁴ En contra, estableciendo que la normativa especial “complementa” la norma general, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. “El período de prueba en el contrato de trabajo”, op.cit., TOL 4.143.427.

que está destinada a atender coyunturalmente a requerimientos empresariales específicos.

No obstante, también aparece en nuestro escenario de relaciones laborales una serie de contratos que atienden más que a la necesidad empresarial, nos atrevemos a decir, a pretensiones del trabajador que, de otro lado, se ajustan a las inquietudes empresariales. Con la previsión de estas modalidades se viene a implantar un particular “deber de aprender”⁹⁰⁵ que asume el trabajador.

Si examinamos el precepto que descende a su regulación (art.11 del Estatuto de los Trabajadores) se puede extraer que en los dos subgéneros contractuales previstos legalmente –a saber, el contrato en prácticas y el de formación y aprendizaje- el punto de atención se sitúa en el trabajador joven que desea incorporarse al mercado laboral⁹⁰⁶ y que, o bien dispone en su haber la formación técnica (que no práctica) que le cualifica o bien que carece de la preparación necesaria para ser atractivo desde el punto de vista laboral y se le ofrece esta oportunidad de trabajo que, simultáneamente, redunda favorablemente desde el prisma de su formación.

17.2.-El contrato de trabajo en prácticas.-

La aparición del contrato en prácticas se remonta a la Ley de Relaciones Laborales⁹⁰⁷, si bien no es hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 cuando se identifica plenamente “con los titulados y su formación”⁹⁰⁸. En este texto se trató de responder –a través de esta modalidad contractual- a una doble necesidad; de un lado, facilitar el acceso al mercado laboral de personas dotadas de una cualificación teórica y de otro, acabar con la precariedad en la que se encontraban los individuos que poseyendo una titulación prestaban sus servicios a través de figuras ajenas al ámbito laboral

⁹⁰⁵ PRADOS DE REYES, F.J.: “Los contratos de trabajo en prácticas y para la formación: modificaciones a su régimen jurídico” (II), AL 20, 1985, pág.1022.

⁹⁰⁶ No somos ajenos a las experiencias normativas relativamente recientes de nuestro legislador de atender a la específica inserción de jóvenes a través del contrato eventual de primer empleo joven creado por el art.11 de la Ley 11/2013, de 26 de julio. Es cierto que al compartir con los contratos formativos la finalidad que, sobre todo el de prácticas posee, también podría haber sido merecedor de un trato especial en cuanto a la prueba se refiere. Mas no estamos aquí defendiendo que en todo tipo de relaciones laborales en las que se presente una connotación de inserción laboral sea necesario un ajuste del régimen de prueba, sino tan solo tratamos de explicar la razón bajo la cual –y a nuestro juicio- se ha inspirado el legislador para presentarnos un régimen probatorio diferente del que nos tiene acostumbrados.

⁹⁰⁷ PRADOS DE REYES, F. J.: “El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación”, Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social, nº 2, 1.985 . Dialnet [En línea]. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2852268.pdf, pág.32 y pág.33.

⁹⁰⁸ FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Los contratos formativos en prácticas*, Epígrafe 2: Capítulo I. Configuración general de la institución. Marzo de 2014. Disponible en Tirant on line [en línea]. Documento TOL4.140.482.

(fundamentalmente por medio de becas). Se partía del convencimiento de que la persona aun cuando disponía de los conocimientos teóricos adecuados al desempeño de la función, carecía de las habilidades prácticas que también se requerían⁹⁰⁹; de igual modo, con la introducción en nuestro ordenamiento del contrato en prácticas se logró limitar “también los posibles abusos cometidos al amparo de otro tipo de relaciones –especialmente la de los becarios de empresa- que si bien formalmente resultaban ajenas al ámbito laboral, encubrían situaciones en realidad muy cercanas a la integración profesional dentro de la empresa”⁹¹⁰.

Continuando con la tendencia en el pasado iniciada, actualmente el contrato en prácticas se identifica con la presencia de un sujeto sobradamente preparado desde el punto de vista técnico que, no obstante, carece de experiencia profesional de cierta entidad. De esta forma, necesariamente para formalizar una relación de esta naturaleza tendremos que contar con un aspirante a operario que posee una titulación, al menos, de grado medio (o títulos equivalentes) o que cuenta con un certificado de profesionalidad que le habilita para el ejercicio de la profesión concreta a la que se le va a destinar laboralmente⁹¹¹.

Por esta razón no solo se le van a exigir una serie de requisitos atinentes a su formación previa, sino también tendentes a garantizar que efectivamente el empleo de esta modalidad se destina efectivamente al fin para el que fue creado y la forma concreta de asegurar que la finalidad normativa se cumple es exigir que entre la finalización de los estudios idóneos y la presente vinculación laboral no haya transcurrido un dilatado período de tiempo que, como norma general, se establece en cinco años⁹¹² y que la ocupación profesional del trabajador sea acorde con la previa formación apprehendida.

De igual modo, y dado que es un contrato de naturaleza temporal, la relación laboral tendrá una duración máxima de dos años (ampliables hasta tres en los supuestos en los que así se haya

⁹⁰⁹ PRADOS DE REYES, F.J: “El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación”, op.cit., pág. 32 explicaba el nacimiento de este contrato en la necesidad de atender al sector “más directamente afectado por la crisis de empleo” y, de otro lado, por “las insuficiencias de aplicación prácticas de la formación teórica”.

⁹¹⁰ *Ibidem*, pág.33.

⁹¹¹ El Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, se adecua a la nueva realidad formativa. Con anterioridad a esta norma, los naturales destinatarios eran personas que tenían una titulación universitaria o de formación profesional de grado medio y superior, así como las titulaciones reconocidas como equivalentes oficialmente.

⁹¹² Si la persona contratada estuviera afectada de una discapacidad, el período se amplía a siete años y, en cualquier caso y hasta en tanto en cuanto la tasa de desempleo nacional no descienda por debajo del 15%, se hace posible el empleo de esta modalidad contractual sea cuando fuere el momento de terminación de estudios, siempre que el trabajador tenga menos de treinta años (art.13.1 y Disposición Transitoria Primera de la Ley 11/2013, de 26 de julio).

previsto a través de convenio colectivo sectorial o de ámbito inferior), sin que se pueda concertar por un lapso inferior a seis meses.

En clara coherencia con la finalidad normativa a la que va destinado, se establece la tajante prohibición de que un trabajador pueda ser contratado en prácticas por la misma titulación más allá del tiempo máximo legal, todo ello con independencia de que el empleador sea diferente. Es una previsión lógica si pensamos que esta modalidad atiende fundamentalmente a que el trabajador pueda incorporar en su acervo la experiencia práctica de la que en un principio carecía y que constituía el principal óbice para su incorporación laboral.

Abundando en esta idea, y por si pudiera existir alguna duda, se precisa explícitamente que no es causa legalmente habilitante para volver a acudir a esta clase contractual cuando el trabajador continúa con la realización de las primitivas funciones encomendadas, aun cuando la titulación que origine el segundo contrato sea diferente a la que sustentara la primigenia relación laboral en prácticas.

A contrario sensu, sí sería factible que el trabajador tuviera sucesivos contratos en prácticas cuando a pesar de haber transcurrido el período máximo legal de duración contractual, las ulteriores contrataciones descansaran sobre diferentes títulos y entrañaran ocupaciones diversas a las desempeñadas en el pasado, siendo -por lo demás- acordes a la formación técnica de la que el trabajador dispone.

Hasta aquí pincelado queda el esbozo de este contrato⁹¹³, pero, ¿qué ocurre con el período de prueba?.

En un momento anterior ya expresábamos que el origen de esta modalidad contractual se remontaba a la Ley de Relaciones Laborales. No obstante la previsión legal de la figura analizada, no se aprecia entonces una inquietud del legislador de dotar de un régimen propio al período de prueba cuando se convenía esta singular relación. De hecho, la única referencia específica a la prueba se hace de cara al futuro de las hipotéticas relaciones laborales a entablar. En este sentido, sí se descende al detalle acerca de si era o no factible concertar un período de prueba al trabajador que tras su relación temporal en prácticas continuaba prestando sus servicios para idéntica empresa, amparado bajo otra cobertura contractual. En estos

⁹¹³ Junto con las notas apuntadas, que entendemos de relevancia para abordar la materia probatoria, se pueden reseñar otras características de esta relación, cuales son la necesidad de que conste por escrito a través de modelo oficial y la retribución que será señalada a través de convenio colectivo y, en defecto de este, no podrá ser inferior al 60% - durante el primer año- ni menor al 75% -para el resto del tiempo contratado - del salario a percibir por otro trabajador que desempeñe el mismo puesto de trabajo o uno equivalente.

supuestos, y siempre y cuando la nueva contratación se celebrara sin solución de continuidad con relación al contrato en prácticas, estaba vedada la conclusión de la prueba, salvo que la práctica laboral anterior no hubiera agotado en si misma el período de duración máximo previsto para la prueba, en donde sí era factible concertar este período probatorio solo y exclusivamente por el tiempo que restaba para agotar su plazo máximo. En definitiva, el período en prácticas se absorbía en el previsto para la prueba⁹¹⁴.

Continuando con esta tendencia se iteran las previsiones normativas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, lo que denota la intención del legislador de no establecer diferencia alguna con respecto al régimen general de la prueba.

Y esa es la conclusión a la que también llega el Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio, que desarrolla el contrato en prácticas y para la formación; pero este texto nos trae una innovación –aun cuando no sea de gran entidad- pues, a diferencia de sus precedentes, aparece una referencia explícita al período de prueba. Su régimen y regulación se remite expresamente a las previsiones normativas generales contenidas en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores⁹¹⁵. De otro lado, se sigue insistiendo en el descuento de las prácticas para la concreción temporal futura del período de prueba, en las hipótesis de sucesión contractual.

La situación se reitera por el Real Decreto 1992/1984, de 31 de octubre, que viene a sustituir al anterior comentado en un intento de hacer más atractiva empresarialmente la figura contractual.

El cambio se opera a través de Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, y se incorpora en el Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, permaneciendo –en sustancia⁹¹⁶- invariable hasta la fecha.

La trascendencia de la modificación estribaba en que el período de prueba para el contrato en prácticas dejará de regularse íntegramente por la normativa básica y pasará a tener su propio diseño en el art. 11.1.d) del Estatuto⁹¹⁷ que, en la actualidad, se manifiesta bajo estos términos:

⁹¹⁴ Art.8.1.f) de la Ley de Relaciones Laborales, Ley 16/1976, de 8 de abril.

⁹¹⁵ El artículo Tercero del Real Decreto mencionado establece –con relación al contrato en prácticas-: DOS. “Podrá establecerse un período de prueba conforme al artículo catorce del Estatuto de los Trabajadores”. Alusión también –superflua- al período de prueba en el art.2 estableciendo que este contrato escrito debía incluir la duración de aquel.

⁹¹⁶ La ampliación del ámbito subjetivo del contrato en prácticas para incorporar nuevas titulaciones, ha provocado la necesidad de que varíen también las previsiones temporales en orden a la duración máxima temporal de la prueba.

⁹¹⁷ Redacción dada por Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

“Salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el período de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3.”

Varios son los aspectos que nos gustaría destacar partiendo del precepto enunciado. En primer lugar, la constancia a favor del tratamiento convencional en materia de duración de la prueba, tal y como aparece en el régimen ordinario de la misma. Se reconoce, por tanto, prioridad aplicativa a las disposiciones convencionales que versan sobre el período de prueba para el contrato en prácticas, sin que los máximos que el artículo establece puedan entenderse como derecho indisponible para las partes negociadoras. Se cierra así el círculo de coherencia entre la norma general y la especial prevista para los contratos en prácticas.

Sentada la anterior aseveración, el segundo punto a incidir sí constituye lo que la primera especialidad en torno al tratamiento de la prueba y que hace referencia a la duración máxima legal. En defecto de previsión convencional ad hoc, los topes legales no son los que hasta el momento hemos venido estudiando sino que se acoplan a la titulación ostentada por el sujeto contratado. Así, si el trabajador está en posesión de grado superior o certificado de profesionalidad de nivel 3 el plazo máximo (subsidiario) es de dos meses; por el contrario, si se trata de un trabajador con una titulación inferior (grado medio o certificado de profesionalidad nivel 1 y 2) el lapso se acorta a un mes.

Esta afirmación legal redundante en la idea del destino al que naturalmente viene llamado el período probatorio. Si de lo que se trata es de saber si el sujeto-trabajador (con independencia de la relación concreta entablada) cumple las expectativas profesionales y personales requeridas para el puesto, y dado que el contratado en prácticas necesaria e irremediabilmente ha de ser destinado a un puesto acorde a su titulación teórica, es plenamente ajustado a Derecho establecer diferencias temporales en atención a su formación técnica. De esta forma, el trabajo más cualificado (preparación superior) habilita una duración superior del período de prueba.

Anteriormente, desde 31 de diciembre de 2006 hasta junio de 2010, la redacción del precepto era: Artículo 11.1.d) Estatuto de los Trabajadores: “Salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el período de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión de título de grado superior.”

Hasta aquí la previsión legislativa. Por su parte, la doctrina a la lectura del precepto –así FERNÁNDEZ DÍAZ⁹¹⁸- denota en su redacción ciertas asperezas que podrían ser limadas. La crítica surge de la falta de correspondencia entre los estudios legalmente reflejados y los que en la práctica existen actualmente. Ante esta constancia se apunta la conveniencia de adecuar las titulaciones a las que alude el precepto por los nuevos títulos (grados) que hoy por hoy están implantados.

La segunda crítica es la relativa a la regulación legal de los tiempos y en atención a qué circunstancia se fijan. Así, mientras que el tratamiento común hace depender los máximos a la categoría y funciones realmente desempeñadas, el art.11.1.d) lo hace con relación a la titulación que se ostenta⁹¹⁹.

Entendemos, no obstante, que el precepto es susceptible de una lectura inversa que no solamente consigue ser coherente con el entendimiento del contrato en prácticas sino con la propia comprensión de la figura del período de prueba.

El contrato en prácticas depende inexorablemente de la titulación que posee el trabajador. El destino que ha de ofrecérsele al empleado es una función acorde a sus estudios -pues ese es el objeto de la relación contractual, ex art.11.1.a) del Estatuto de los Trabajadores- lo que supone que a la postre el señalamiento de los topes se haya hecho en consideración a la actividad efectivamente desarrollada.

A pesar de ello no está exenta de crítica la elección legal por esos tiempos mensuales concretos que, acaso, puedan resultar insuficientes a los fines pretendidos.

De cualquier forma, los máximos legales –tal y como reiteradamente se ha proclamado- lo son a falta de las previsiones convencionales específicas. Las partes –al igual que ocurre con el tratamiento genérico de la prueba- podrán modificar al alza o a la baja a través de convenio colectivo. De nuevo aquí se aprecia el amplio margen que se dispensa a la autonomía colectiva⁹²⁰.

El tercer aspecto de reflexión hace alusión al silencio legal en torno a cómo se ha de producir la contemplación convencional del período de prueba en los contratos en prácticas. No surge ninguna duda si el convenio colectivo de aplicación establece de forma diáfana

⁹¹⁸ FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Los contratos formativos en prácticas*, op.cit.

⁹¹⁹ A pesar de las modificaciones que ha sufrido el precepto, la conexión entre la duración de la prueba y la preparación técnica del trabajador ha sido una constante invariable en el art.11.1.d) del ET. El único cambio operado –a través de Real Decreto 10/2010, de 16 de junio- lo ha sido a fin de guardar la coherencia con respecto a las nuevas titulaciones que eran susceptibles de amparar el contrato en prácticas.

⁹²⁰ GARCÍA RUBIO, M.A.: “El desistimiento durante el período de prueba”, op.cit. destaca este aspecto frente al “papel más limitado de la ley”.

cuál es la duración máxima del período de prueba en los concretos supuestos de concreción de una relación laboral en prácticas, pero a falta de esta previsión normativa explícita (esto es, cuando los agentes negociadores señalan tan solo un solo tratamiento temporal de la prueba en términos diversos a los planteados por el legislador), ¿qué ocurre?. Desde una dimensión teórica cabe defender que esta uniformidad en el tratamiento temporal se extiende a todas y cada una de las modalidades contractuales posibles, pero también es factible argüir que la única previsión no vincula a los trabajadores en prácticas sino al resto, por cuanto no se ha descendido a este detalle con respecto a las prestaciones en prácticas.

A propósito de esta reflexión, DE VAL⁹²¹ abogaba por la necesidad de que se especificara convencionalmente la duración de la prueba para los contratos en prácticas, negando que se produjera la vinculación de la duración de la prueba establecida con carácter general a estos trabajadores. En estas situaciones en las que no se menciona expresamente el tratamiento temporal de la prueba para los trabajadores en prácticas, necesaria y supletoriamente habrá de acudir al régimen que ya hemos reseñado del artículo 11.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, en atención a la máxima de la especialidad.

Esta tesis doctrinal ha sido refrendada por nuestra doctrina judicial⁹²² que entiende que para que vincule un plazo probatorio distinto del fijado por el art.11 del Estatuto de los Trabajadores no basta con que el convenio colectivo haga referencia al genérico período de prueba, sino que deberá especificar claramente, en alguna de sus estipulaciones, qué tratamiento temporal se le ha de dispensar a la prueba en los contratos en prácticas.

Retomemos el estudio legal. La última atención legal hace referencia a contadas situaciones suspensivas del contrato de trabajo y al tratamiento que ha de dispensárseles en lo que se hace al contrato de trabajo, lo que a su vez tendrá repercusiones también sobre la prueba:

“Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.”

⁹²¹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.96. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Los contratos formativos en prácticas*, op.cit.

⁹²² STSJ País Vasco de 13 de octubre de 2004, (AS 2004/2885); STSJ País Vasco de 13 de octubre de 2004 (JUR 2005/18131); STSJ Madrid de 26 de febrero de 2008, (EDJ 2008/27444); STSJ Andalucía de 16 de diciembre de 2008 (AS 2009/672).

Siendo el contrato en prácticas una modalidad netamente temporal de prestación de servicios, existen una serie de situaciones contractuales susceptibles de ser tenidas en consideración a la hora de determinar el plazo máximo de duración de la relación laboral. Así, si el trabajador incurre en alguno de los hechos causantes enumerados en el inciso del precepto no solo tendrá la protección que al efecto dispensa nuestro sistema de Seguridad Social, sino que tendrá incidencia en la propia relación laboral, la cual se extenderá hacia el futuro prolongándose por encima de la duración final pactada por el mismo lapso temporal en el que el vínculo quedó suspendido.

Esta aseveración legal supone ineludiblemente –a nuestro juicio- que idéntico efecto sea proyectado sobre todas y cada una de las cláusulas contractuales y, como no podría ser una excepción, también sobre el período de prueba que de igual forma experimentará una interrupción en su cómputo y su ampliación futura equivalente.

La conclusión que acabamos de exponer la realizamos no tanto en virtud de la idiosincrasia propia que posee la prueba en los casos en los que esta se incluya en un contrato en prácticas, sino en atención a la especial naturaleza que tiene esta modalidad contractual. Ante ello, entendemos que no es de aplicación la norma general, sino que tras la lectura del párrafo antes transcrito, mantenemos que la única interpretación posible –en atención a su literalidad y también con base a una exégesis teleológica- es que el efecto *ope legis* ante las situaciones suspensivas es la interrupción del contrato de trabajo y formando parte del mismo el período de prueba, el destino de este corre idéntica suerte.

Con esta precisión mantenemos otra diferencia –nada desdeñable- que estriba en el efecto automático de la paralización de efectos de la prueba una vez el trabajador se encuentra en alguna de los supuestos mencionados. Así, a diferencia de lo que ocurría con la norma general por medio de la cual se reservaba la consecuencia paralizante de la prueba tan solo para los casos en los que las partes manifestaran expresamente su voluntad en tal sentido, si nos encontramos ante un supuesto suspensivo descrito legalmente la consecuencia ineludible –no siendo requerimiento *sine qua non*- es el de la interrupción del cómputo del plazo probatorio, pues ese es el efecto previsto para todo el contrato en prácticas.

Distinta es la conclusión a la que entendemos llega FERNÁNDEZ DÍAZ⁹²³, al reflejar en el apartado propio al período de prueba del contrato en prácticas la siguiente mención: “Por último, con carácter general su duración se computa en tiempos de efectiva ejecución del

⁹²³ FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Los contratos formativos en prácticas*, op.cit.

trabajo. Por ello, en principio todas las situaciones de suspensión de la relación provocan la interrupción del tiempo de prueba, que continúa su cómputo con la reincorporación del trabajador, salvo en los supuestos de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento, que sólo interrumpe el cómputo cuando haya acuerdo en tal sentido entre las partes (art. 14.3.2.º ET)".

Reexaminemos el apartado legal y más concretamente la razón de la previsión. Siendo cierto que el legislador ha previsto un efecto automático de paralización en lo que se refiere al cómputo de la íntegra relación laboral, ¿qué circunstancias habrán sido tenidas en consideración para estimar la conveniencia de la presente medida?. A nuestro juicio la razón estriba en los intereses del trabajador; a fin de que este no se vea desprotegido ante determinadas situaciones que inciden notablemente sobre su salud o sobre su dimensión más personal y se encuentre, acaso, en la disyuntiva de decidir no conceder relevancia jurídica a estas realidades vitales so pena de ver terminada su relación laboral sin haber podido durante el tiempo en el que se encuentra inmerso en las situaciones suspensivas haber realizado su prestación de servicios, dando al traste con el objetivo al que va destinado el contrato (practicar conocimientos previamente adquiridos) se establece este automático efecto de paralización que, de otro lado, no perjudica al empresario (o al menos no le irroga unas desventajas superiores a las que le supondría de encontrarse ante el efecto inverso de no interrupción del cómputo).

Situados en este punto no acertamos a ver qué razón podría impulsarnos a sostener una consecuencia diametralmente opuesta para el período de prueba. Expresado de otra manera y con la mente puesta en la opción que descartamos. Imaginemos que efectivamente el contrato paraliza su duración temporal pero no así en lo que hace al período de prueba. Nos encontraríamos ante una realidad contractual segmentada: de un lado con un contrato que se interrumpe y de otro con una prueba anudada a ese contrato que sí va continuar desplegando sus efectos, a menos que las partes previeran otra consecuencia. El régimen de la prueba ha de seguir al de la relación laboral en la que se encuentra, pues el período probatorio no nos sitúa ante una dimensión diferente a la del contrato de trabajo.

La última precisión de la que quisiéramos dejar constancia es la atinente a la posibilidad de que el trabajador que otrora estuvo contratado en prácticas, tras la finalización de esta prestación de servicios continúe prestando su labor bajo distinta modalidad contractual. No obstante al existir una previsión legal idéntica para el contrato para la formación y el aprendizaje pospondremos su estudio para el apartado correspondiente. Baste ahora con señalar que el Real Decreto Ley 18/1993 "parte de un distinto y más razonable

tratamiento normativo de esta materia⁹²⁴ que sustancialmente perdura hasta nuestros días. En efecto, ahora el trabajador que finaliza su contrato en prácticas (sea cual fuere la duración de su contrato o si hubo o no período de prueba anterior) no podrá someterse a prueba alguna cuando el nuevo contrato se celebre sin solución de continuidad⁹²⁵.

17.3.- El contrato para la formación y el aprendizaje.-

El segundo de los contratos formativos es el contrato para la formación y el aprendizaje y, junto con el anteriormente estudiado contrato en prácticas "constituyen modalidades específicas destinadas a fomentar el empleo de jóvenes trabajadores"⁹²⁶. La peculiaridad de esta modalidad de contratación reside en la alternancia que se produce en su transcurso entre la prestación laboral y la formación que se le dispensa al trabajador, pretendiendo con ello alcanzar dos importantes metas: de un lado preparar técnicamente al trabajador y de otra aportarle la oportunidad para que desarrolle con su trabajo los conocimientos teóricos.

Es esta una modalidad contractual de reconocida raigambre histórica⁹²⁷, pese a los vaivenes en cuanto a la nomenclatura se refiere, llegando a nuestros días con esta designación. Se encuentra contemplada genéricamente en el art.11. 2.a), siendo el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, el responsable de su desarrollo reglamentario.

Al ser peculiar su misión, sus destinatarios (futuros trabajadores) vienen predefinidos legalmente. El criterio que se ha empleado para determinar el ámbito subjetivo es el relativo a la edad, de tal forma que solo será posible acudir a este contrato si el empleado -contando con la edad mínima para acceder al mercado laboral- es menor de 25 años.

No obstante este límite (que, de otro lado, no se ha mantenido inmóvil en los distintos instrumentos normativos de su regulación) se ve en la actualidad alterado como consecuencia de la indeseable situación en la que se encuentra nuestro mercado laboral. Ante esta se ha estimado conveniente ampliar coyunturalmente (hasta en tanto

⁹²⁴ VALDÉS DAL-RE, F.: "El contrato en prácticas". Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1994, tomo 1, pág. 254. Editorial LA LEY. La Ley digital [en línea]. Disponible en La Ley 576/2001.

⁹²⁵ Recogiendo este mandato, STSJ Andalucía de 9 de octubre de 2002 (JUR 2003/36316).

⁹²⁶ PRADOS DE REYES, F.J.: "El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación", op.cit., pág.42.

⁹²⁷ Se contempla en la Ley de Contrato de Trabajo (Decreto de 26 de enero de 1.944), aun cuando la doctrina señala que su "auténtico precedente" se encuentra en el art.7 de la Ley de Relaciones Laborales (HERRAÍZ MARTÍN, M.S.: "El contrato para la formación: nueva legislación y jurisprudencia". Revista Doctrinal Aranzadi Social, 2006, num. 18/2006 parte Estudio. Aranzadi digital [en línea].Disponible en BIB 2006/1993).

en cuanto el nivel de desempleo no se sitúe en un margen inferior al 15%) la franja a la edad de 30 años.

El segundo requisito es atinente a la preparación técnica del trabajador, pues necesariamente habrá de carecer de la titulación suficiente como para poder suscribir un contrato en prácticas.

Acaso las peculiaridades más destacadas de este contrato temporal son la imposibilidad de que los servicios contratados lo sean a tiempo parcial y, por supuesto, esta obligación de compaginar trabajo con estudios.

Al igual que ocurría con el anterior contrato examinado también existe una duración máxima (de tres años), y una mínima (que en esta ocasión se cifra en un año, aunque susceptible de ser minorado hasta seis meses en función de las necesidades empresariales organizativas o productivas).

A pesar de las especialidades que entraña esta modalidad de contratación, tanto la anterior normativa (Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo) como la actual vigente (Real Decreto 1529/ 2012, de 8 de noviembre) ha optado por una remisión expresa en bloque al régimen común probatorio⁹²⁸, lo que de otro lado denota que no existen dudas al respecto de la posibilidad de que se fije una cláusula probatoria en este tipo de contratos⁹²⁹.

La conclusión alcanzada en torno al contrato en prácticas y qué tratamiento había de dispensársele a la prueba en las hipótesis de continuidad laboral se reitera para esta modalidad contractual, sin

⁹²⁸ Art.10 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre: “1. Respecto al período de prueba en los contratos para la formación y el aprendizaje, se estará a lo dispuesto con carácter general en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores.”

Previamente, el Real Decreto 1361/1981, de 3 de julio que sí remitía la regulación de la prueba aplicable a los contratos en prácticas a lo dispuesto con carácter general por el Estatuto, guarda silencio en torno a qué ocurre con respecto a la prueba acordada en el contrato de trabajo para la formación. Siguiendo esta tendencia el sucesivo Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, la Ley 32/1984, de 2 de agosto que modificó el art.11 del Estatuto, el Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, la Ley 10/1994, de 19 de mayo y el Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo.

⁹²⁹ Las dudas acerca de la posible inclusión de la cláusula probatoria en este tipo de contratos se formularon por parte de nuestra doctrina (SEMPERE NAVARRO, A.V; CARDENAL CARRO, M., “Fomento del empleo juvenil: los contratos formativos” citados por DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 98, nota 220) ante el silencio legal precedente y la especial virtualidad de la presente modalidad contractual. Por su parte, PRADOS DE REYES, F.J.: “El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación”, op.cit., pág.46 defendía –a la luz de la modificación operada a través de la Ley 32/1984 y con base a las previsiones contenidas en el Real Decreto 1994/1984- que “las peculiaridades ...ni se oponen al período de prueba, ni por tanto justificarían la excepción a la posibilidad de pactar un período de prueba”.

STSJ Galicia de 28 de febrero de 2001 (AS 2001/215). Señala la coincidencia entre el objeto del período de prueba fijado en cualquier otra modalidad contractual y al que viene llamado en el contrato para la formación y el aprendizaje, aun cuando este Tribunal enuncia que también incide en que se le otorga la posibilidad al empresario para conocer la “*capacidad de aprender y practicar una profesión u oficio*”.

que sea posible concertar el período probatorio -art.10.2 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre⁹³⁰-, si tras la finalización del contrato para la formación y el aprendizaje la persona continuara vinculada con la misma empresa.

17.4.- Previsiones comunes en torno a la prueba.-

En un momento anterior de nuestro análisis anticipábamos que en materia probatoria existía una previsión específica que era aplicable a las dos modalidades contractuales formativas.

Así, para el contrato en prácticas nos encontramos con el art..11.1.f) del Estatuto de los Trabajadores: “Si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración de las prácticas a efecto de antigüedad en la empresa.”

En lo que se refiere al contrato para la formación y el aprendizaje, será el art. 10.2 del Real Decreto 1529/2012 el encargado de abordar idéntica cuestión: “2. Si al término del contrato la persona trabajadora continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración del contrato para la formación y el aprendizaje a efectos de antigüedad en la empresa.”

La idea de ahondar en el tratamiento de la posible prueba que sucede a un contrato en prácticas no es de inspiración moderna. Como ya hemos comentado, y de conformidad con el panorama normativo anterior, no se cercenaban las posibilidades probatorias como consecuencia del anterior vínculo pero sí es cierto que se ajustaba la duración de la prueba posteriormente convenida, computándose a los efectos de su tope máximo el tiempo en prácticas.

No obstante, en la actualidad la previsión se altera logrando –a nuestro juicio- alcanzar la coherencia legal en atención a la finalidad de la institución probatoria, pues no es que se restrinja su empleo sino que se cercena su admisión. El empresario a través de la relación precedente (con independencia de la denominación de esta) ya conoce in situ al trabajador y si le ofrece, tras la terminación del contrato de prácticas, suscribir nueva relación lo hace movido en la confianza de que ese concreto empleado satisface sus requerimientos tal y como ha venido haciendo; así pues, nada nuevo podría aportarle la prueba.

⁹³⁰ Denótese que la previsión no se contempla para esta modalidad contractual en el Estatuto, sino en la normativa de desarrollo.

Idénticos comentarios merece el período de prueba subsiguiente a un contrato para la formación y el aprendizaje. Se parte de la atinada previsión a la que hemos hecho alusión de que el trabajador que finaliza un contrato de estas características no podrá ser sometido a prueba como consecuencia de una sucesiva contratación para la misma empresa.

No obstante, los preceptos –a pesar de su reconocida conveniencia- siembran dudas más que razonables: ¿la prohibición de concertación de la prueba es absoluta, esto es, con independencia de la homogeneidad entre las funciones inicialmente convenidas –a través de cualquier contrato formativo- y las que ahora asume?. La doctrina de nuevo se divide.

DE VAL⁹³¹ es de la opinión de entender que en la mente del legislador estaba la situación de continuidad en la misma prestación de servicios, pues “de lo contrario no se entendería el motivo de la limitación, en la medida que el empresario conoce las aptitudes profesionales del trabajador para el desempeño del puesto ocupado durante la formación, pero no para la ejecución de otras funciones distintas aunque sea en la misma empresa. Mantener la prohibición absoluta de la cláusula de prueba cuando los dos contratos, aun para desempeñar diferentes funciones son consecutivos en el tiempo va en contra de la finalidad de la norma”. De esa forma, es más que oportuno indagar acerca de si existe concomitancia entre las tareas asignadas, por cuanto sí tiene relevancia a los efectos de determinación de la licitud de una posible prueba, manteniendo que tan solo estaría prohibido en el caso de coincidencia entre unas y otras funciones.

En el polo opuesto se sitúa BALLESTER PASTOR⁹³² que defiende la imposibilidad de concertación del período de prueba aun cuando las funciones no se correspondan con las anteriormente detentadas. La única condición que ha de cumplirse es que exista una sucesión contractual⁹³³; pues si no fuera así –y en función del tiempo transcurrido entre las contrataciones- sería factible incluir una prueba al lejano trabajador aun cuando se tratara de la misma actividad. De esta forma se concibe a la prohibición –con el matiz expresado- como absoluta y, “En consecuencia resulta irrelevante la averiguación sobre las funciones desarrolladas con anterioridad y las posteriores”⁹³⁴.

⁹³¹ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.128.

⁹³² BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit.pág.42 y pág.43.

⁹³³ Conforme al marco legal por ella estudiado y por DE VAL TENA, la prohibición se establecía cuando el nuevo contrato se celebraba “sin solución de continuidad”. En la actualidad, tal referencia se ha sustituido por el requerimiento de continuar en la empresa.

⁹³⁴ BALLESTER PASTOR. M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 39.

En el presente dilema expresamos nuestra discrepancia con BALLESTER PASTOR, entendiendo que la alternativa acertada es la sostenida por DE VAL por ser –a nuestro juicio- esta la opción más coherente con el entendimiento global del instituto probatorio, sin que sea óbice la expresión literal del legislador –que no hace distinciones entre las tareas asignadas en una y otra contratación- por cuanto creemos que el poder legislativo tenía presente para establecer la proscripción el supuesto típico y ordinario que concurre en el tráfico laboral: ofrecer la continuidad en el puesto a una persona que anteriormente ha mostrado su pericia. El contrato en prácticas no actúa a modo de blindaje de la cláusula de prueba cuando las funciones asignadas a través de distintas contrataciones posteriores suponen el ejercicio de técnicas, habilidades y conocimientos diferentes a los desplegados a través de aquel.

Siguiendo con el argumento, y situándonos desde el punto de vista de una de las preocupaciones más constantes del legislador (la proscripción de abuso de derecho), nos parece más atinada la visión de DE VAL. El período de prueba sirve con utilidad al interés empresarial que desea conocer lo más exactamente posible a su empleado.

Una persona puede ser muy válida para ostentar un determinado puesto pero no así para ejercer otro y esta premisa es independiente a si previamente ha suscrito un contrato formativo o si se empleó otra clase de contrato. Así pues, no se observa el peligro de abuso de derecho cuando a través de la segunda relación laboral se prevé un período de prueba en aquellos casos en los que el destino profesional del trabajador no coincida con el primitivo. No vemos cuál es la razón por la cual hay que sostener tajantemente que es posible un nuevo período probatorio si el primer vínculo no lo fuera formativo (siempre, insistimos, que las funciones no sean las mismas) y negar la posibilidad de acudir al instrumento de la prueba cuando, a pesar de ser las funciones distintas, previamente la contratación lo fue en prácticas o para la formación.

Sostener una conclusión como la que expresa BALLESTER es, a nuestro juicio, pervertir el sentido de la prueba y llegar a afirmar que la prueba recogida para estos contratos formativos no es la misma que la que se señala con carácter genérico en el artículo 14.

Pero es que, además, si fuera así se estaría disuadiendo al empresario de contar con el trabajador para otros puestos en su empresa, circunstancia esta que no creemos sea la pretendida por el legislador.

El legislador regula la situación general y lo que comúnmente puede ocurrir en nuestra realidad empresarial. Lo normal –por

habitual- es que el trabajador que ha terminado su relación formativa pueda continuar en la empresa a través de otra modalidad contractual ejerciendo la misma función que anteriormente desempeñaba (esa es la que le interesará cubrir al empresario porque a partir de la finalización del contrato formativo es probable que tenga que atender la necesidad que antes le era cubierta por ese trabajador) y se nos antoja como excepcional los supuestos en los que el ofrecimiento laboral del empleador vaya destinado a la cobertura de otro puesto de trabajo. Así pues, sostenemos que la previsión legal acoge lo que puede ocurrir normalmente: nulidad del período de prueba cuando previamente se han venido desempeñando las mismas funciones.

De cualquier forma, sí hubiera sido deseable que, ante la disparidad de opiniones doctrinales y dado que el legislador ha reformado el precepto, se hubiera aprovechado para eliminar de una vez por todas las posibles dudas teóricas existentes al respecto.

El último apunte va destinado al cambio de la dicción legal. La inoperancia e ilicitud de la prueba se condicionaba antaño a que concurriera en la situación analizada circunstancias tales para hablar que ambos contratos se habían celebrado "sin solución de continuidad". Por el contrario, ahora se requiere continuidad en la empresa. La expresión primitiva, a nuestro juicio, es más laxa que la actual. Así, para apreciar la existencia o de esa "solución de continuidad" no existen fórmulas apriorísticas de solución, debiendo contemplarse los distintos vínculos contractuales para saber si las distintas relaciones laborales obedecen, en realidad, a una única verdad contractual. Por el contrario, el cambio de expresión puede haber obedecido a una intención distinta, cual es la de restringir la aplicación del precepto a tan solo los supuestos en los que se produzca una continuidad fáctica y temporal entre una y otra relación (la finalización del primer vínculo se acompaña inmediatamente de la suscripción de una nueva) que, en definitiva, se traduciría en la práctica a ceñir los supuestos de nulidad de la prueba a la concurrencia del dato de la fecha.

No hemos encontrado ningún pronunciamiento que albergue tales disquisiciones y bajo nuestro juicio debería prevalecer una interpretación continuista de la previsión, por la ya reiterada funcionalidad del período de prueba.

XVIII.- EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES.-

18.1.- Marco normativo.-

Aparece en nuestro escenario de relaciones laborales una nueva modalidad contractual que se subsume en la genérica clasificación de relaciones laborales indefinidas y que vendrá a sustituir al contrato de fomento a la contratación indefinida.

Esta nueva clase de contrato se contempla por vez primera en el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Posteriormente, y de la mano del art.4⁹³⁵ de la Ley de Reforma Laboral de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio), se consolida la figura denominada entonces y ahora "contrato indefinido de apoyo a emprendedores". De esta forma, la relación laboral indefinida se podrá encauzar a través de un contrato indefinido ordinario o hacerlo –siempre que concurren en las partes los requisitos legales específicamente requeridos por la normativa- a través de esta clase de contrato laboral.

Detengámonos en el nomen iuris. A pesar de lo que a primera vista pudiera sugerirnos, el contrato no está destinado para aquellos empresarios que reúnan en su persona la cualidad de ser "emprendedores" (entendiendo como tales aquellos que inician su trayectoria empresarial), sino que se trata de un contrato cuyo ámbito subjetivo está reservado para aquellas empresas (empresarios) que tengan un número determinado de empleados (menos de cincuenta), sin exigirse más que este dato cuantitativo para que se abran las puertas a esta modalidad contractual⁹³⁶.

Retrocedamos mínimamente para tratar de escrutar a qué obedece esta modalidad contractual. La intención –expuesta en la Exposición de Motivos tanto del Real Decreto como de la Ley- es facilitar la contratación en las empresas de pequeña y mediana dimensión que constituyen el grueso de nuestro tejido empresarial

⁹³⁵ Nótese cómo este contrato se inserta dentro de las denominadas medidas de "Fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo" tal y como destaca MORENO VIDA, M.N.: "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad", op.cit., pág. 101.

⁹³⁶ MORENO GENÉ, J.: "La constitucionalidad del período de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio", op.cit., pág.312. Este autor compara la modulación experimentada en la norma general del art.14 del ET con relación al ámbito subjetivo de este nuevo contrato. Recordemos que el régimen ordinario legal de la prueba, en lo que hacía a la duración, distinguía las empresas que tenían menos de veinticinco trabajadores del resto, previéndose un incremento del lapso probatorio para las de la primera clase. Contrastando esta previsión con la que ha supuesto la norma debatida para los trabajadores indefinidos con contrato de apoyo a emprendedores, se colige inmediatamente cómo el resultado "no resulta comparable"

(sin que, insistimos en esta idea, se limite su empleo a las empresas de nueva creación⁹³⁷). Así pues, la primera reflexión que podemos realizar es que es un contrato enfocado claramente para apoyar al empresario y este leitmotiv no es disimulado ni tan siquiera en la propia designación al contrato: contrato indefinido de apoyo a emprendedores, observándose claramente cómo el acento descansa más en la persona del empleador que en la del trabajador.

Sin que sea nuestro propósito analizar pormenorizadamente este contrato, sí entendemos oportuno reseñar las principales características definitorias por cuanto inciden sobre la materia a estudiar. Siendo el objetivo promocionar la contratación indefinida⁹³⁸, se dota al empresario contratante de una serie de ventajas económicas que se concretan en la reducción de cuotas a abonar a Seguridad Social y, eventualmente, en el disfrute de una serie de incentivos fiscales (condicionados a la concurrencia de los presupuestos legales). Estos beneficios económicos se otorgarán a modo de acicate a la contratación indefinida, toda vez que no es precisamente esta opción a la que se tiende en nuestro mercado español, especialmente en el momento en que se promulga el Real Decreto y posteriormente la Ley.

Ahora bien esta clase de contrato no se inserta –al menos aparentemente– con tintes de permanencia en nuestro escenario laboral, por cuanto solo será factible acudir a esta modalidad contractual hasta en tanto en cuenta el nivel de desempleo nacional no se sitúe en una tasa inferior al 15%⁹³⁹. Esta salvedad, que marca el ámbito temporal de la norma, no es original sino que apareció en la

⁹³⁷ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: "El período de prueba de un año como medida legal ambivalente de flexibilidad laboral en la reforma de 2012" en VV.AA *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed.Tirant lo Blanch 2013, [en línea], disponible en Tirant on line, TOL3.962.609.

⁹³⁸ GUERRERO VIZUETE, E.: "Estabilidad en el empleo y reforma laboral: la debilitación de un principio", op.cit., pág.99 señala las concomitancias existentes entre los objetivos perseguidos por la reforma de 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo) y a los que se tiende a través de la reforma de 2012. La autora nos indica cómo la solución a los problemas del empleo ha sido afrontado empleando idénticas estrategias, lo que nos hace situarnos ante "un círculo vicioso" (op.cit., pág.100).

⁹³⁹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: "El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad", Revista de Derecho Social núm.59, julio 2012, Ed. Bomarzo, pág.115. Destaca la imprecisión de la norma en torno a su derogación, por cuanto no se aclara si es automática o precisa de un instrumento normativo al efecto.

Por su parte, BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: "Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo", op.cit., pág.12 enuncia que, a su juicio, no puede entenderse la medida como temporal por cuanto "se está describiendo una condición ("incertus an")", siendo todo el contrato y no solo el período de prueba el que queda sometido a ella.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.: "Una ruta bajo sospecha: hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos (acerca de la reforma laboral 2012 del gobierno del Partido Popular)", Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social núm.34 (2013), pág.71, señala que la tasa de desempleo del año 2011 era del 22,85%. Indicar que, a fecha de junio de 2.015 esta alcanza el 22,5%.

tramitación parlamentaria, dando así lugar a la Disposición Transitoria novena que señala este alcance⁹⁴⁰.

Entendemos que estamos en condiciones de dejar apuntados sus principales rasgos:

a. La empresa contratante necesariamente ha de contar con menos de cincuenta trabajadores⁹⁴¹ en el momento en que decide acudir a esta modalidad.

Pero, a pesar de lo que pudiera parecernos a simple vista, esta limitación es más teórica que real, dado que la mayor parte de nuestro tejido empresarial está compuesto por empresas de pequeña y mediana dimensión, tal y como se ha encargado de poner de manifiesto de forma unánime la doctrina e incluso el propio legislador en la Exposición de Motivos.

b. No se puede emplear esta vía de contratación si en los seis meses anteriores se hubieran extinguido contratos y dichas extinciones hubieran sido declaradas improcedentes, cuando lo que se trata de cubrir es un puesto de trabajo del mismo grupo profesional en el mismo centro de trabajo⁹⁴².

c. La modalidad de contratación lo será indefinida y se pueden concertar los servicios ya sea a tiempo completo o bajo jornada parcial.

d. Formalización a través del modelo oficial.

⁹⁴⁰ SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “Incumplimiento por España de los Tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba”, Revista de Derecho Social, núm.64, octubre 2013, pág.120.

⁹⁴¹ Esta singular delimitación del ámbito subjetivo ha procurado que la doctrina, MORENO VIDA, M.N.: “La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit., pág.103, vea en su regulación cómo este contrato “nace con un objetivo de empleo selectivo”.; por su parte PÉREZ REY, J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento de empleo”, Revista de Derecho Social núm.57 (2012) Ed. Bomarzo, pág. 53, realiza una serie de reflexiones en torno al umbral legal y su conexión con los criterios de determinación de la representación unitaria, y la ausencia de otros parámetros adicionales “como el volumen de negocio, el balance general o la mayor o menor autonomía de la organización, lo que puede provocar que el contrato sea utilizado por empresas que sólo son pequeñas por lo que al número de trabajadores se refiere”.

⁹⁴² No se incluyen dentro de la prohibición, las precedentes extinciones de los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores que se hubieran producido durante el período de prueba, “lo que -MORENO VIDA, M.N.: “La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad, op.cit., pág.105 permitirá una continua rotación de trabajadores en los puestos de trabajo”. En el mismo sentido, señalando que “Se permite así el encadenamiento sin límites del CAE que puede dar lugar a una enorme rotación de trabajadores y a mantener con «cobertura temporal permanente» determinados puestos de trabajo.”, se pronuncia PÉREZ REY, J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento de empleo”, op.cit., pág.65.

En lo que hace al régimen jurídico de este contrato se declara la plena aplicación de cuanto dispone el Estatuto de los Trabajadores y, específicamente, en lo que señalen los convenios colectivos de aplicación para las relaciones laborales indefinidas (aunque esta idea posteriormente habrá de ser revisada).

Con este contrato, además, se pondrá fin al contrato de fomento a la contratación indefinida que surgió a través de Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo (siendo posteriormente convalidado a través de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre⁹⁴³) al que viene a sustituir. Las concomitancias entre uno y otro contrato se sitúan en la vía de intenciones. En ambos los objetivos coinciden⁹⁴⁴: animar al empresario a que se decida emplear trabajadores no eventualmente y para ello se emplea (al menos aparentemente) idéntica técnica consistente en otorgar beneficios económicos al empresario contratante, lo que de otro lado denota cuál es la principal preocupación políticamente correcta que disuade o anima al empleador a contratar.

Inevitablemente la pregunta que a continuación surge -y a la que trataremos de dar respuesta- es por qué se piensa que esta nueva clase contractual indefinida sí va a conseguir el efecto que tanto en el más reciente pasado como en el presente se pretende, teniendo en consideración que los medios explícitamente empleados para lograr idéntico objetivo son, básicamente, los mismos; para resolver esta cuestión reaparece con luz propia, de nuevo el período de prueba que, tal y como pretendemos examinar, es el resorte inicialmente escondido para hacer realidad de manera más o menos artificial el fomento de la contratación (y, deliberadamente, hemos omitido el calificativo de "indefinida").

Destacable es el dato relativo al origen del contrato indefinido de apoyo a emprendedores, puesto que nos hace avanzar en lo que hace a su comprensión. A diferencia de lo que ocurrió con la Ley 63/1997 -que fue fruto de un previo diálogo y consenso social- el Decreto que genera la aparición de la Ley 3/2012 no cuenta con la misma legitimidad de partida, por cuanto vio la luz sin concertación

⁹⁴³ La Disposición Adicional Primera de la Ley 63/1997 es la responsable de incluir en nuestro panorama normativo legal la modalidad comentada. No obstante, este precepto será derogado a través de Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo y posteriormente por Disposición Derogatoria Única c) de la Ley 12/2001, de 9 de julio, siendo esta última norma legal la que se encarga del tratamiento del contrato de fomento de la contratación indefinida hasta el Real Decreto Ley 10/2012.

⁹⁴⁴ A pesar de ello, y tal y como la doctrina ha destacado, "no se puede hablar realmente de continuidad entre el nuevo contrato de apoyo a los emprendedores y el anterior contrato de fomento de la contratación indefinida" MORENO VIDA, M.N.: "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad", op.cit., pág.101. La razón para tal conclusión nos remite al tratamiento del período de prueba en el actual contrato indefinido para emprendedores, por lo que demoramos su explicación al apartado subsiguiente.

social previa⁹⁴⁵. Esta circunstancia ha de ser tenida en consideración, pues explica la respuesta social ante la medida normativa.

La última anotación hace referencia a la controvertida reforma laboral donde se inserta y que ha supuesto modificaciones de envergadura en lo que ha venido siendo nuestro modelo de relaciones laborales. Si ya entre líneas se ha podido inferir que este contrato indefinido ha suscitado polémica, necesario es dejar constancia que la crítica no se ha ceñido a este, sino que se ha extendido a la ley que le da vida y que regula cuestiones laborales heterogéneas, habiéndose instado por los agentes legitimados para su planteamiento recursos y cuestiones de inconstitucionalidad contra el contenido normativo⁹⁴⁶, trascendiendo incluso al plano internacional a través de la incoación de las oportunas reclamaciones⁹⁴⁷.

De nuevo somos espectadores del clásico conflicto de intereses sobre el que gravitan las políticas públicas de empleo: las expectativas empresariales y las que exhibe el trabajador o lo que es

⁹⁴⁵ BAYLOS GRAU, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, Revista de Derecho Social núm.57, enero 2012, Ed. Bomarzo, pág.9. “El RDL 3/2012 es un texto legal que impulsa de manera decisiva un proceso de desregulación de las relaciones laborales, ya iniciado en la Ley 35/2010 y que asume un profundo rechazo de la acción sindical “. Ya en la página 10 se afirma que “La norma nace acompañada del desprecio a los procedimientos democráticos. No ha respetado el derecho de información y consulta previa con los sindicatos representativos que garantizan tanto nuestro ordenamiento como el europeo en materia de política social, no reúne los requisitos de urgente necesidad que la constitución exige para que el gobierno pueda legislar por vía de urgencia, y se ofrece un texto cerrado en el que la hostilidad hacia la acción sindical y las condiciones de empleo y trabajo es su principal característica.”

⁹⁴⁶ Auto del TC 43/2014, de 12 de febrero (RTC 2014/43) en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Tribunal número 34 de Madrid contra el RDL 3/2012. Se avala el empleo a la utilización por el Gobierno del Real Decreto Ley como medida para regular aspectos del mercado laboral. Se emplea como argumento de la licitud la especial y urgente situación de crisis económica y desempleo (voto particular del magistrado Valdés Dal-Re, al que se adhieren otros dos magistrados, que discrepa de la opinión mayoritaria). De igual forma, se salva la constitucionalidad de las medidas alcanzadas en torno a las consecuencias indemnizatorias que entraña la declaración de improcedencia de un acto de despido, sin apreciarse la vulneración al derecho al trabajo invocada.

STC 119/2014, de 16 de julio (RTC 2014/119) que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012. A este aserto le dedicaremos nuestra atención en un apartado propio y próximo.

STC de 22 de enero de 2015 que dilucida las cuestiones planteadas por grupos del parlamento del PSOE y de la Izquierda Plural contra la Ley 3/2012, al instar recurso de inconstitucionalidad. De igual modo, fijaremos nuestra atención en este pronunciamiento al abordar la problemática constitucional que plantea el período de prueba regulado para esta clase de relación de trabajo.

Se salva la constitucionalidad de la reforma operada en el art.41 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que la opción legal que se consagra acerca de la posibilidad de reforma unilateral (por el empresario) de las condiciones de trabajo está condicionada a la concurrencia de determinados presupuestos y a la circunstancia de que hayan resultado fallidos los intentos de acuerdo anteriores. De igual modo se rechaza el argumento del recurrente tendente a considerar que la reforma ha traído una modificación de la regulación del despido colectivo de tal envergadura que lo convierte en acausal y se reafirma, también, la imposibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer cláusulas de jubilación forzosa con base a garantizar que la retirada laboral sea una opción voluntaria e individual y, como argumento adicional, en atención a la situación económica de crisis y alta tasa de desempleo.

⁹⁴⁷ CCOO y UGT alegaron la vulneración que entrañaba la reforma de 2012 a los Convenios número 158 de la OIT y la Recomendación número 166. Más adelante nos detendremos en estas argumentaciones.

lo mismo entre “el objetivo de “protección del trabajador”, finalidad típica de la norma laboral, por un lado, y el objetivo de fomento de la ocupación o de “protección del trabajo”, finalidad típica de la norma de política de empleo”⁹⁴⁸.

18.2.- La regulación del período de prueba.-

En un principio hemos sostenido que la regulación del contrato indefinido de apoyo a emprendedores sigue los postulados normativos señalados en el Estatuto de los Trabajadores. De esta manera, los derechos detentados y las obligaciones asumidas por las partes a través de esta singular modalidad de contratación en nada difieren del resto de los empleados. No obstante, y a pesar de ser cierta esta afirmación, el propio precepto que alumbró este contrato (art.4 de la Ley 3/2012) descarta la plena aplicación del art.14 del Estatuto de los Trabajadores a estos trabajadores. Y aquí es donde nos vamos a detener.

Interesante en este punto es echar la vista atrás para contrastar la redacción primitiva (aquella que se fijó en el Real Decreto Ley) y los actuales términos bajo los cuales se expresa el art.4 de la vigente Ley 3/2012⁹⁴⁹. La situación normativa bajo la cual estamos sujetos actualmente es la que a continuación reflejamos:

Artículo 4.3: “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 periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. *No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación*”.

Esto es, la modificación –con respecto a la regulación prevista en el Real Decreto 3/2012- estribó en la inclusión de la última previsión que nos hemos permitido señalar en cursiva.

⁹⁴⁸ MORENO VIDA, M.N.: “La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm.34, julio 2013. Iustel [en línea]. RI §413561, pág.97.

⁹⁴⁹ Curioso resulta comprobar cómo el texto contenido en el Real Decreto Ley 16/2013 de 20 de diciembre, justifica la limitación del período de prueba para los contratos eventuales arguyendo la consabida finalidad de conservación en el empleo. Se parte, por tanto, de la idea de que un dilatado período de prueba –y no solo las modalidades contractuales eventuales- incide negativamente en este objetivo que aún hoy se quiere conseguir.

La primera impresión que nos merece el precepto es, al menos, de sorpresa. Se está remitiendo la cláusula del período de prueba a la regulación genérica contemplada en el artículo 14 del Estatuto, no obstante se excepciona de su aplicación el período máximo (dispositivo) que allí se señala, pues en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores el plazo de la prueba “será de un año en todo caso”⁹⁵⁰. De esta forma, la duración del plazo de prueba aparece desconectada de la cualificación del trabajador (pues no se señala en atención a la ocupación que ostente el empleado) y de lo que pudiera haberse establecido en el convenio colectivo de aplicación.

Ante este inicial descuadre con la norma básica estatutaria por el doble motivo apuntado, no tarda en alzarse nuestra doctrina que proclama la falta de razonabilidad de la previsión legal, incidiendo en la desconexión entre la duración del período probatorio con la actividad laboral efectivamente desarrollada.

Así, la estupefacción doctrinal no puede ser contenida calificándose la opción legislativa -SEPÚLVEDA GÓMEZ⁹⁵¹- como una “medida sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico desde que se regulara por vez primera el período de prueba por ley”.

Pero exploremos con mayor detenimiento la expresión legal “será un año en todo caso” referida a la duración de esta prueba. La lectura atenta de la misma alienta a que los operadores jurídicos planteen inicialmente dos posibles interpretaciones de la norma.

La primera es la glosa literal que conduce inexorablemente a entender que lo que está pretendiendo el legislador es la aplicación automática (“en todo caso”) del período de prueba, de tal forma que no cabe espacio alguno ni para que la autonomía colectiva señale los requisitos en torno a la duración máxima de la misma, ni para que las partes contractuales que van a quedar sujetas al compromiso laboral puedan elegir su concertación o no, y sin que, de otro lado, tengan en sus manos la opción de la modulación de la intensidad temporal.

La segunda interpretación desecharía la aplicación del criterio hermenéutico literal y optaría por una exégesis más respetuosa con lo que hemos venido entendiendo hasta el momento por la institución probatoria. De esta forma, si bien es cierto que la duración es taxativa (fijada en el plazo de un año), las partes –dada la expresa remisión que hace el precepto a la regulación general de la prueba en

⁹⁵⁰<http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/websae/portal/es/empresa/comunicarContratacion/tiposContratos/indefinidosTransformaciones/indefinidos/index.html?tipoContrato=1>. [Fecha de la consulta 3/04/2015].

⁹⁵¹ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “El período de prueba de un año como medida legal ambivalente de flexibilidad laboral”, op.cit.

todos sus extremos, con la excepción de su duración- podrían elegir libremente someterse o no a esta situación inicial contractual⁹⁵².

De las dos alternativas, como hemos afirmado, la más congruente con la naturaleza a la que va destinada la prueba es la segunda opción. Se lograría salvar de esta forma la llamada que el legislador desde la propia concepción de la figura ha realizado a las partes para que, voluntariamente, se acojan a la prueba y, de otro lado, atender a lo que se enuncia como objetivo legal: promover la contratación indefinida.

Ya observábamos desde el inicio del presente cómo la forma ad solemnitatem era claramente exigible para entender surgida la prueba, siendo esta un requisito incontrovertido a la hora de entender nacido el pacto. El principio de autonomía de la voluntad se erigía de esta manera en uno de los axiomas inspiradores del período de prueba. Lógicamente, si sostenemos que las partes no tienen margen alguno, ya sea para convenir la prueba o para precisar su alcance, dicho requisito formal que supone la aparición y constitución de la prueba se desvanecería en su integridad.

A pesar de estas lógicas dudas de interpretación que surgieron en los comienzos de la andadura del precepto (cuando incluso no se había sancionado la Ley que convalida el Real Decreto), la doctrina se posicionó mayoritariamente en la opción de interpretación literal. Se entendía así que lo que se pretendía con la regulación especial de la prueba en este tipo de contratos de trabajo era "imponer, de modo imperativo, la realización del periodo de prueba durante el plazo de un año cuando se concierte un contrato de apoyo a los emprendedores"⁹⁵³.

⁹⁵² Así, PÉREZ REY, J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento de empleo", op.cit., pág.58: "No tendría sentido, por lo demás, impedir a las partes pactar duraciones inferiores para el período de prueba o, lisa y llanamente, prescindir del mismo y seguir acogiéndose al CAE con el objetivo exclusivo de disfrutar de los incentivos a él reservados. Naturalmente estos comportamientos serán infrecuentes pero no hay motivo para descartarlos."

De la misma opinión, BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: "Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo", op.cit., pág.8.

⁹⁵³ ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y LUCAS DURÁN, M.: "El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social". Marzo 2011. Recuperado de Actum Social, EDA 2012/1004034.

En contra: LLEÓ CASANOVA, B.: "Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de Seguridad Social" en *Incidencia de las reformas de 2012 en la contratación laboral y en la formación profesional*. 03/2013. Coordinadores: RODRÍGUEZ PASTOR, G.E. y ALFONSO MELLADO, CARLOS A. Tirant asesores [en línea]. Disponible en TOL3.657.715

BAZ RODRÍGUEZ, J.: "El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad", op.cit., pág. 96, alberga sus dudas en atención al panorama legal del que se hace eco el art.14 del ET y la aplicación de los principios interpretadores, aun cuando resalta que no ha sido esa la tendencia iniciada por el Servicio Público Estatal.

Esta postura se ve refrendada por la expresión categórica (“en todo caso”) normativa y por la propia andadura práctica del contrato. Tal y como se expresó en el precedente epígrafe, el modelo contractual al que hacemos referencia necesariamente tenía –y tiene– que materializarse por escrito, siendo preceptivo hacerlo a través de un documento oficial que al efecto publica el Servicio Público de Empleo.

Pues bien, la curiosidad lleva a comprobar a la doctrina cómo en ese modelo aparece ya prerredactada la cláusula de prueba. A diferencia de lo que ocurre con otros extremos de la relación laboral en donde existe un margen (léase espacio) para que las partes puedan modular el contenido concreto del compromiso (así ocurre no solo con los datos personales de los contratantes o el inicio de la actividad concertada, sino los atinentes a la jornada, horario vacaciones o salario) en la estipulación segunda del contrato ya aparece junto al carácter indefinido de la prestación de servicios, y sin posibilidad real y material de atemperar nada, la expresión final legal “y se establece un período de prueba de un año en todo caso”⁹⁵⁴.

Pero, y a pesar de ser esta la interpretación más secundada, no faltan opiniones más benevolentes hacia el legislador, como la de DE HEREDIA RUIZ⁹⁵⁵ que defiende una postura contraria, entendiendo que lo que el precepto indica son máximos de derecho indisponible para las partes. En este sentido, arguye que la expresión debatida no se refiere “al hecho de que siempre deba tener esta duración, sino que las distinciones que contiene este precepto entre “técnicos titulados” y “demás trabajadores”, por un lado, y la dimensión de la plantilla, por otro, no son preceptivas. Además, defiende la posibilidad de que a través de negociación colectiva se pudiera establecer un plazo de prueba inferior, siempre y cuando no estableciera la distinción entre estos grupos de trabajadores.

Desgraciadamente esta línea de pensamiento no es la que está imperando en la práctica de nuestras relaciones laborales. Sin menospreciar ni un ápice su esfuerzo de encauzar la figura de esta especial prueba con el genuino entendimiento del sistema probatorio implantado por la norma del Estatuto de los Trabajadores, a fin de lograr la coherencia con los principios básicos que presiden en la

⁹⁵⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “El nuevo contrato indefinido de apoyo a emprendedores: luces y sombras” en *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social (Coordinadores). Tirant Asesores [en línea]. Disponible en TOL3.962.637. “Es más, la cláusula recogida en el modelo oficial bien podría ser calificada como una interpretación extensiva contra legem, en la cual el órgano administrativo encargado de elaborar el modelo se ha excedido de sus funciones, arrogándose la cualidad de intérprete auténtico de la norma, convirtiendo cuanto debiera ser potestativo en obligatorio.”

⁹⁵⁵ DE HEREDIA RUIZ, B.: “Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, op.cit., pág. 8 y pág.9.

rama laboral, entendemos que no ya en el contrato sino en la norma no hay espacio para que la autonomía de la voluntad se despliegue (ni individual ni colectiva) en el sentido antes propuesto. La aparición de la cláusula probatoria como parte integrante del contrato generará la convicción a las partes de la imposibilidad fáctica de su inamovilidad, generando en la mente de los contratantes –a nuestro juicio fundadamente- la imposibilidad de su retoque.

Pero es que, además, entendemos que la defensa de esta tesis no se puede, lamentablemente, pretender con base a que lo que el legislador actual realmente quería era no distinguir entre las distintas cualificaciones profesionales, a diferencia de lo que ocurre con la norma general de la prueba. Siendo cierto que efectivamente la norma contenida en la Ley 3/2012 no realiza distinciones entre ocupaciones –y este es uno de los aspectos más cuestionados, controvertidos y criticados- o plantilla, la norma general no exige tal escisión. Tal y como vimos el art.14 del Estatuto de los Trabajadores en lo que a duración se refiere es de carácter dispositivo y esta consecuencia es predicable no solo de los tiempos establecidos supletoriamente, sino también de los criterios empleados a fin de establecer los distintos períodos temporales de prueba. De esta forma, el convenio podrá emplear otros parámetros que resulten más idóneos para las concretas vivencias empresariales y que únicamente encontrarán sus lindes en la proscripción del fraude de ley y/o el abuso de derecho.

De alguna manera atender a la literalidad de la expresión debatida es obedecer también el espíritu de la Ley 3/2012. La pérdida del inicial protagonismo de los agentes sociales está presente desde la concepción del propio texto legal en el que, como ya señaláramos, no hubo espacio alguno para su intervención. Lo que establece la Ley no es un máximo de carácter indisponible, sino una duración única aplicable para todas las relaciones laborales indefinidas de apoyo a emprendedores, pues esta es la conclusión que se infiere no solo de la lectura del precepto sino incluso si comparamos la técnica legislativa empleada para referirse a materias pertenecientes al *ius cogens* en contraste con las barajadas para formular mecanismos que entran de lleno en el derecho disponible de las partes.

Sí es cierto que existe una excepción legalmente consagrada que imposibilitaría el acceso a la prueba y que ya ha quedado reflejada en párrafos precedentes. Esta hace referencia a la imposibilidad de pactarse el período probatorio cuando previamente el trabajador había realizado las mismas funciones en la empresa.

Maliciosamente queremos ver en esta expresión legal el pensamiento que subyace del legislador de que en realidad lo regulado en este singular precepto en nada tiene que ver con el

período de prueba, pues en el caso de que realmente hubiera estado pensando en el que se recoge en la norma estatutaria, la referencia - acogida en tramitación parlamentaria- bien podría haber sido soslayada por innecesaria, toda vez que se infiere claramente de la lectura del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores a la que el precepto dice remitirse. Además, tal y como expone MORENO VIDA, "esta cuestión [refiriéndose a la imposibilidad de la reprobación] prácticamente no tendrá eficacia práctica, dado que el trabajador difícilmente tendrá capacidad para pactar nada, y, aparte de los incentivos económicos, la utilización de este nuevo contrato por el empresario vendrá motivada por esta característica sustancial del mismo⁹⁵⁶".

Siendo ello así nos encontramos ante un período de prueba anual que vinculará a las partes por la única razón de haber concertado un contrato indefinido de apoyo a emprendedores -con la salvedad antes vista- sin atender ni a la formación previa del trabajador, ni a las ocupaciones a las que se le efectivamente se le destina ni a ninguna otra característica que define su concreto desempeño laboral. La consecuencia es irremediable: durante el período nada despreciable de un año el empresario podrá "probar" a su trabajador sea cual sea el destino laboral de este y decidir sin expresar causa o motivo (pues todos son relevantes, a salvo la lesión de derechos fundamentales) su continuidad laboral. Toda la problemática suscitada en torno a los contornos de una figura con tanta solera jurídica como es la prueba y específicamente acerca de la obligatoriedad o no del experimento resulta, en comparación con el nuevo diseño normativo del instituto probatorio, nimia.

Pero, y prescindiendo de si es o no excesivo el concreto plazo probatorio, detengámonos en una consideración previa que hace referencia a la postura silente en la que se ha colocado a los agentes negociadores. Volvamos otra vez a las consideraciones de MARTÍN VALVERDE. Un aspecto en el que se detiene en su exhaustivo estudio es el relativo a "Los problemas de jerarquía normativa en la regulación del período de prueba"; aunque en un principio pudiéramos opinar que las opiniones allí vertidas no guardan relación con el apartado que pretendemos abordar, al escudriñar el análisis que realiza este autor sobre esta particular cuestión, observamos cómo sus planteamientos no solo no han quedado obsoletos sino que ponen de manifiesto el estado de la cuestión presente, cuando el legislador en esta particular norma alude al período de prueba aplicable ope legis para la modalidad contractual de contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y a su posible justificación.

⁹⁵⁶ MORENO VIDA, M.N.: "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad", op.cit., pág.105.

Retrocedamos en la construcción del período de prueba regulado por la norma básica laboral. Recogíamos en uno de los apartados de este análisis cómo la negociación colectiva había mostrado ser el instrumento natural para la regulación de los períodos máximos de duración de la prueba. Así pues, con la aparición de esta singular norma (Ley 3/2012) no solo se quiebra el entendimiento final y sustancial del período de prueba, sino el papel singular que los agentes sociales han venido cobrando en esta materia.

Las palabras del legislador cercenan absolutamente el margen de maniobra de los negociadores concretos que conocen (o, al menos ese era el sentir del legislador que procura el cambio en la regulación de los topes del artículo 14) mejor que el Estado las singularidades y peculiaridades de las prestaciones de servicio que en esa concreta empresa se llevan a cabo. Así, en virtud de este argumento, no existía instrumento mejor que el convenio colectivo para acomodar la duración de la prueba a los dictados concretos del trabajo que se tenía que desempeñar en una específica empresa.

No se entiende –por cuanto no se razona– por qué se ha restado el protagonismo a la negociación colectiva, máxime si en la realidad laboral nos encontramos con que escasas son las empresas de pequeña dimensión que tienen representación social. Nos parece mucho más coherente con nuestro actual sistema de relaciones laborales (aun cuando inmersos en crisis económica) dotar de instrumentos jurídicos a estos agentes sociales allá donde estén efectivamente constituidos. Esta solución, y no la de imposición de límites legales, es mucho más acorde (a nuestro juicio) con la idea de flexibilidad laboral a la que se pretende llegar.

Pero tras ello efectivamente asombra el plazo concreto elegido por el legislador. El precepto –que no distingue de categorías, funciones o titulaciones– se contrapone abiertamente con el examen judicial consolidado acerca de las duraciones excesivas del período de prueba. Así, y a pesar de que nuestra jurisprudencia haya contemplado con recelo aquellos lapsos probatorios que se dilataban en el tiempo (y, en este sentido, como ya tuvimos la oportunidad de examinar, no hacía ni tan siquiera falta que la prueba alcanzara un año) por cuanto no se correspondían con la finalidad de lo formalmente pretendido, y establecían la necesidad de que los períodos probatorios se ajustaran a la realidad de los servicios convenidos, nos encontramos con que el actual hacedor de la norma haciendo caso omiso a las posibles y fundadas sospechas de abuso de derecho mostradas en la praxis, opta por incluir un pacto obligatorio no solo en su origen sino también en cuanto a su duración se refiere.

Pero es que, además, este plazo de un año contrasta abiertamente con otras especiales regulaciones de la prueba, a las que, de otro lado, no les sería de aplicación - siguiendo a RODRÍGUEZ PIÑERO, VALDÉS, CASAS BAAMONDE- el precepto debatido ⁹⁵⁷ .

Al efecto baste señalar las previsiones legales en torno al período probatorio del personal de alta dirección (que aquí alcanzaban su máxima dimensión temporal). En este sentido, tal y como después abordaremos, en esta relación laboral especial se amplía el normal lapso hasta ser el de nueve meses pero, y con independencia de la opinión que este plazo nos pueda reportar, el fundamento que ampara esta singularidad está en directa conexión con las funciones desempeñadas. Esa razón de ser no es compartida con la regulación de una prueba que se destina a cualquier tipo de trabajo con independencia de cuáles sean los particulares requerimientos profesionales (y personales).

Ahondando en esta idea se puede constatar cómo la duración que entraña el período de prueba es un elemento vertebral para determinar la licitud del mismo, lo que a su vez nos remite a las consideraciones en torno al principio de estabilidad en el empleo. Recordemos que, efectivamente, el período de prueba se engarza directamente en las prescripciones constitucionales contenidas en el art.38 de la Constitución pero, y aunque efectivamente se ha de admitir que esta institución es el instrumento idóneo para atender a una necesidad legítima del empresario (cual es la de conocer realmente a su trabajador), el derecho al trabajo del artículo 35 de la Carta Magna exige ineludiblemente que la prueba se vea limitada, so pena de que este último derecho se vea cercenado y esa necesaria limitación pasa ineludiblemente por poner coto razonable a su extensión temporal.

Ningún supuesto especial existe en nuestra legislación laboral que amplíe la prueba por el mero hecho de suscribirse una relación indefinida. El legislador cuando ha retocado el artículo 14 en orden al establecimiento de otros máximos, ha sido para disminuir la duración de la prueba (así lo ocurrido con los contratos temporales), lo que denota el pensamiento implícito de que el menor período probatorio redundaría en beneficio del trabajador.

⁹⁵⁷ GARCÍA BLASCO, J.: “Crisis económica, reforma laboral y reordenación del contrato de trabajo: entre el fomento de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo”, Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo, número 100/2012, especial sobre la reforma laboral de 2012, en la pág.91 recuerda las afirmaciones de RODRÍGUEZ PIÑERO, M, VALDÉS LEAL y CASAS BAAMONDE.

Ante este nuevo panorama normativo se observa cómo la inspiración tradicional de proteger los intereses más mermados de la parte que asume la posición de empleado no es la que presidía en la mente del legislador más actual, lo que a su vez nos hace plantearnos ¿qué puede haber llevado a nuestro legislador a establecer un período de prueba que automáticamente se aplica sin necesidad siquiera de que las partes lo prevean o modulen su temporalidad, esto es que se fija como “regla de derecho necesario absoluto, de orden público”⁹⁵⁸?

La primera explicación que nos asalta es el “argumento de la voluntad presunta”⁹⁵⁹. A quién mejor que acudir que a MARTÍN VALVERDE quien enunciaba que es “inaceptable por su artificiosidad: no se puede pensar que en las representaciones mentales que está en la base del consentimiento en el contrato de trabajo se ha contado siempre con una fase inicial probatoria cuando el supuesto que se contempla es precisamente el contrario”⁹⁶⁰.

Acaso otro de los posibles razonamientos se encuentra en la “afirmación rotunda del principio de flexiseguridad, máxima esta recogida por las normas comunitarias”⁹⁶¹, pero aun cuando sea esta aseveración de todo punto cierta, no se ahogan con ella las ansias de escudriñar las razones de fondo que abogaban por la presente apuesta legal.

Tal vez puede entenderse que estamos ante un modelo quizás importado –SEPÚLVEDA GÓMEZ⁹⁶²- del ordenamiento laboral griego, y concretamente como consecuencia de las reformas llevadas a cabo en el año 2010 en ese país. Pero nuestro ordenamiento laboral parte de una premisa que no se comparte por el griego: la causalidad de la extinción⁹⁶³. En nuestro marco de relaciones laborales no se puede poner fin a la relación laboral si no existe un motivo que avale tal decisión, siendo esta una consecuencia a la que viene llamado el art.35 de la Constitución y, el período de prueba –aquel que se regula en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores- es la excepción. Lo que no se puede admitir es que el tratamiento de la salvedad legal

⁹⁵⁸GARCÍA BLASCO, J.: “Crisis económica, Reforma Laboral y reordenación del contrato de trabajo: entre el fomento de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo”, op.cit., pág.91

⁹⁵⁹ Expresión empleada por MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.101.

⁹⁶⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.101.

⁹⁶¹ MORENO VIDA, M.N.: “La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit., pág.98.

⁹⁶² SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “El período de prueba de un año como medida legal ambivalente de flexibilidad laboral en la reforma de 2012” op.cit., destaca cómo Grecia no ha ratificado –a diferencia de lo que ocurre en nuestro caso- el Convenio nº 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (ratificado por España el 26 de abril de 1.985).

⁹⁶³ Ibídem: “su legislación se caracteriza por la no exigencia de despido basado en una causa justificada, es decir, no existe un listado de causas que puedan amparar válidamente la decisión del empresario de despedir; lo que existe es la prohibición de abuso de derecho”.

sea tan amplio que lo que se conceptuó como singular se convierta en regla general.

Para el ordenamiento griego escasa relevancia jurídica tiene la institución probatoria, de lo que se infiere que cualquier tratamiento dilatado temporal de esta no tendrá incidencia alguna en cuanto al régimen ordinario de extinción. Con todo el razonamiento anterior queremos tan solo indicar que las fórmulas que se arbitran normativamente no se pueden exportar automáticamente con garantías de éxito a otros ordenamientos cuando las bases que sustentan los distintos sistemas nacionales son dispares entre sí.

Avanzando pues, y poniendo el acento de nuevo en la parte que resulta beneficiada de la regulación, se observa cómo si ya antes sosteníamos que el permítasenos llamarlo genuino período de prueba atendía fundamentalmente a los intereses legítimos del empresario, en este caso entendemos que son estos los únicos que se toman en consideración.

El pretendido carácter indefinido de este contrato decae al contemplar el régimen del específico (y a nuestro juicio mal denominado) período de prueba por cuanto la posibilidad que se le brinda al empresario de dar por finiquitada la relación durante una anualidad supone que aquella nota que formalmente la relación tiene, se posponga hasta en tanto en cuanto no haya transcurrido el citado año.

Esta aseveración nos hace compartir el pensamiento que casi uniformemente ha expresado nuestra doctrina.

En efecto, no podemos sino compartir el pensamiento de ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y LUCAS DURÁN, M.⁹⁶⁴ “El resultado no es otro que la admisión del despido «ad nutum» (Rodríguez-Piñero, Valdés y Casas) o un sucedáneo jurídicamente anómalo pero económicamente muy útil del despido libre y gratuito (Molina Navarrete)”. La consecuencia es la introducción de una regulación “extraordinariamente lesiva para los intereses de cualquier trabajador”⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y LUCAS DURÁN, M.: “El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social”. Marzo 2011. Actum Social. [En línea]. EDA 2012/1004034.

Por su parte, GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT””, op.cit., pág.295, cuya opinión le posicionaría próximo a MOLINA NAVARRETE.

⁹⁶⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.:” La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, Temas Laborales núm. 115/2012, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág.308.

En esta misma línea de pensamiento –nada original por nuestra parte- aflora una sensación latente en todo el discurso anterior. ¿En realidad estamos ante un verdadero período de prueba?

Ya hemos reseñado que para que vea la luz la prueba no sería necesario un acuerdo en orden a que surja⁹⁶⁶, pero es más ni tan siquiera es preciso que se establezca al inicio de la relación laboral. Si hemos sostenido –por ser un mandato claro legal- que la cláusula viene prerredactada en el documento que necesariamente ha de suscribirse y las partes contractuales tienen un plazo de diez días a fin de registrar su contrato en el Servicio Público de Empleo, es más que posible que una persona comience a prestar su labor sin un contrato escrito y al cabo de un período (corto, no obstante) de prestación de servicios se le presente para su firma, conociendo entonces –y no antes, como suponemos es el deseo del legislador del Estatuto- que su relación discurrirá por los vaivenes característicos de lo que supone el concierto de una prueba.

Amén de que la libertad contractual parece haber caído en el olvido, este ¿período de prueba? no es preciso que cumpla una finalidad concreta. Al imponerse en todo caso, no se acude a la prueba como medio para que las partes descubran si les interesa o no continuar con la relación. Tampoco tiene ninguna relación con la idiosincrasia del trabajo contratado, por cuanto se impone *ope legis*. Se convierte así en una “medida llave de flexibilidad interna o de gestión de la mano de obra durante el primer año de contrato”⁹⁶⁷, “rompiendo el equilibrio de intereses que debe presidir este tipo de pactos”⁹⁶⁸, provocando la “precarización de las condiciones de trabajo que se puede producir ...no sólo de la aceptación incondicionada por el trabajador de cualquier medida de flexibilidad interna impuesta por la empresa durante el año de desprotección que provoca este periodo de prueba, sino que puede llegar a los efectos negativos que en la relación de trabajo y en el mercado de trabajo se han venido produciendo por el abuso de los contratos temporales desde la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 32/1984, con grave merma de las garantías de los derechos de los trabajadores.”⁹⁶⁹

⁹⁶⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales*, 115/2012, Monográfico sobre la reforma laboral de 2012, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág.23.

Reflexiona acerca del alcance de la reforma de 2012 y la característica común que presenta esta acerca de la falta de intervención de la negociación colectiva cuando el legislador regula *ex novo* una materia

⁹⁶⁷ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “El período de prueba de un año como medida legal ambivalente de flexibilidad laboral en la reforma de 2012”, *op.cit.*

⁹⁶⁸ SUÁREZ CORUJO, B.: “Aspectos de dudosa constitucionalidad contenidos en la Ley 3/2012, de 5 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral” en *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Coord. Asociación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013. Tirant lo Blanch. [En línea]. Disponible en TOL3.962.628.

⁹⁶⁹ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “El período de prueba de un año como medida legal ambivalente de flexibilidad laboral en la reforma de 2012”, *op.cit.*

¿Qué similitud podemos encontrar entonces con la prueba regulada en el artículo 14?. Ninguna⁹⁷⁰, salvo que durante su transcurso las partes (singularmente el empresario) podrán poner fin a la relación laboral sin alegar motivo alguno, con la única precaución de que la voluntad extintiva se exprese sin consumir íntegramente el plazo y la imposibilidad de acudir a esta fase primera contractual cuando las partes previamente habían estado unidas. De esta manera, se está quebrando el principio de estabilidad en el empleo y desnaturalizando toda la concepción restrictiva de las capacidades que entraña la facultad de desistimiento.

Esto que se ha denominado período de prueba, bien podría haberse llamado contrato temporal acausal o más precisamente se trata de un contrato de naturaleza temporal a prueba que incluso puede hacer avivar en la memoria el antiguo contrato de lanzamiento de nueva actividad⁹⁷¹. Pero las consecuencias son más serias y de mayor envergadura jurídica, pues si bien es cierto que la previsión legal nos hace pensar en la introducción de un contrato temporal⁹⁷², lo cierto es que la posición en la que se coloca al trabajador sometido a la prueba es aún más débil que la que ostenta cualquier otro empleado temporal, por cuanto el trabajador sobre el que fijamos nuestra atención se escapa de “la protección de la contratación temporal (aplicación del régimen extintivo del contrato de trabajo y en concreto del despido, indemnización de finalización del contrato, presunción de indefinición frente al fraude de ley)”⁹⁷³

En este caso, si por vía de Real Decreto se hubiera introducido en nuestro ordenamiento una nueva modalidad contractual en este caso temporal sin requerirse para su concertación la alegación de

⁹⁷⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, op.cit., pág.310. Su afirmación es más contundente: “Dicho de otra manera, al legislador sólo le interesa un elemento propio del período de prueba, la facilidad de la extinción del contrato de trabajo; se utiliza el período de prueba como mecanismo extintivo, no como instrumento destinado a controlar la capacidad del trabajador”.

VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “Política de empleo y período de prueba de un año: crítica desde la doble perspectiva constitucional e internacional”, Temas Laborales núm.129/2015, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, pág.104 que plantea, a modo de pregunta, si realmente estamos frente a un período de prueba.

⁹⁷¹ ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y LUCAS DURÁN, M.: “El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social.”op.cit.

⁹⁷² MORENO VIDA, M.N.: “La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit., pág.105. “Este contrato puede ser así un contrato dirigido formalmente a fomentar la contratación indefinida pero que materialmente permitirá una contratación temporal no causal.”

⁹⁷³ CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La nueva reforma laboral”, coordinador VALDÉS DAL-RE, F, Relaciones Laborales, Nº 5, Sección Editorial, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, Año 28, pág. 1, tomo 1, Editorial LA LEY. [en línea]. Disponible en La Ley 2639/2012.

motivo alguno, entonces sí creemos que se hubiera logrado la coherencia entre el nombre y la sustancia.

De tal forma que nos encontramos, siguiendo a GORELLI HERNÁNDEZ⁹⁷⁴ con “una norma que amplía (sic) la capacidad extintiva del empresario y que en la práctica supone descomponer el carácter indefinido del contrato de trabajo exigido por esta modalidad”.

En definitiva, se ha introducido empleando el recurso artificial (aun cuando ingenioso) al período de prueba para tratar de ocultar un nuevo supuesto de extinción contractual⁹⁷⁵ y, concretamente, de desistimiento.

A pesar de las consideraciones antes vertidas, bien pudieran considerarse como excesivamente demagógicas al contemplar el art.4.7 de la Ley 3/2012 que se dedica a contemplar las condiciones bajo las cuales se van a mantener los beneficios explícitos que entraña para la persona del empleador la concertación de este tipo de contrato con esta clase de cláusula “probatoria”, inciso este que habrá de ser contemplado conjuntamente con el art.37.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre.

La lectura conjunta de ambos preceptos nos lleva a concluir que para poder consolidar las ayudas económicas -tanto las que se refieren al ámbito fiscal como al propio de Seguridad Social- será preciso mantener al trabajador en el puesto de trabajo durante al menos tres años. Esta aseveración bien podría dar al traste con lo mantenido hasta este punto, por cuanto es pensable que a la vista de estos últimos enunciados pocos serán los supuestos de terminación durante el período de prueba en el primer año de vida del contrato.

Pero, ¿realmente esta medida logrará disuadir al empresario de ejercer las posibilidades de desistimiento ad nutum que le ofrece este “período de prueba”? Tenemos nuestras dudas⁹⁷⁶ acerca de que la motivación que lleva al empresario a decidirse por esta modalidad de contratación estribe en la percepción de los incentivos fiscales (deducción de tres mil euros siempre que sea el primer trabajador y

⁹⁷⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, op.cit., pág.310.

⁹⁷⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: “Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012, Relaciones Laborales, Nº 23/24, Sección Monografías, Diciembre 2012, Año 28, pág. 121, Editorial LA LEY. [En línea]. Disponible en La Ley 18636/2012.

⁹⁷⁶ Ver las afirmaciones vertidas por SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “Incumplimiento por España de los Tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba”, op.cit., pág.120 y 121.

De igual modo, tal y como se observa de las alegaciones complementarias que constan en el informe en el año 2012 –cuarto informe complementario del Consejo de Administración, OIT, 321ª reunión, Ginebra, 13 de junio de 2014(pág.23, párrafo 94)- un 82% de estos contratos no han participado de los incentivos fiscales.

este sea menor de treinta años) o en el disfrute de determinadas bonificaciones de Seguridad Social (cuyas cantidades oscilan en función de qué tipo de desempleado sea el trabajador), pues la ventaja fiscal es residual –solo se aplicaría a un único trabajador- y la propia de Seguridad Social ya existía (aun cuando se rodeara de otras características) en la normativa anterior del contrato de fomento a la contratación indefinida y sigue configurándose como algo temporal (tres años de duración).

Esto es, con respecto a la segunda precisión efectuada, entendemos que si la razón por la cual ha desaparecido de nuestro ordenamiento laboral una modalidad contractual indefinida (contrato de fomento para la contratación indefinida) acordada entre representación social y gobierno fue la escasa virtualidad práctica de esta, ahora si se está reiterando el mismo incentivo tampoco se puede lograr el pretendido afán de contratación indefinida.

Así pues, ¿qué es lo que puede motivar a un empresario a contratar indefinidamente? ¿es descabellado aventurar que será por encima de otras, la posibilidad original que le brinda esta ley de desvincularse del vínculo jurídico sin asumir un coste –económico y social-?. No queremos con ello indicar que el empresario piensa en la extinción en el momento de la contratación; por el contrario, el empleador contrata para satisfacer una necesidad empresarial, pero desde luego el riesgo que todo vínculo entraña se minimiza si sabe que basta con la única emisión de su voluntad expresada en tal sentido para poner fin a la relación laboral cuando estime que esta, por la razón que fuere, no le es útil.

La pretensión formal del legislador a promover concienzudamente la contratación indefinida decae cuando se observa la regulación del contrato de nueva creación en, tal y como coincide unánimemente la doctrina, abierta confrontación con los principios tradicionales que inspiran el Derecho del Trabajo⁹⁷⁷. En definitiva, nos encontramos ante una posible “generalización de contratos formalmente indefinidos, pero que en la práctica no duren más allá del año; o bien que se extingan a los tres años de duración, cuando concluya el período bonificado de ayudas públicas”⁹⁷⁸.

⁹⁷⁷ ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y LUCAS DURÁN, M.: “El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social”. Marzo 2011, El Derecho [en línea], EDA 2012/1004034. Reflejan que la asunción empresarial de este contrato supone para el empresario que desea cesar al trabajador indefinido durante la prueba la inobservancia de los requisitos formales, indemnizatorios e incluso la propia aplicación de las normas sobre prohibición de encadenamiento de los contratos temporales dispuesto por el art.15.5 del Estatuto de los Trabajadores.

⁹⁷⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: (2012, febrero, 12) “Efectos incontrolados de la reforma”, EL PAÍS, recuperado de http://economia.elpais.com/economia/2012/02/12/actualidad/1329009978_726310.html. Este efecto también es puesto de manifiesto por las organizaciones sindicales CCOO y UGT cuando presentan la reclamación ante la OIT, con base a las aseveraciones vertidas por el Tribunal de Casación

Además, sin despegarnos ni un ápice sobre la realidad empresarial, la regulación de este amplio período de prueba en empresas de menos de cincuenta trabajadores “puede hacer casi desaparecer la contratación (temporal) en este tipo de organizaciones, y con ello, la actividad típica de las empresas de trabajo temporal”⁹⁷⁹, colocando a este particular trabajador indefinido en una situación de indefensión superior, incluso, que la representada por otro empleado temporal cuyo contrato dure indefectiblemente un año⁹⁸⁰. Así pues, el verdadero destinatario de este contrato no es el trabajador sino el empresario⁹⁸¹.

Pero aún podemos llegar a más: no es descartable que el empresario realice “Un simple cálculo de rentabilidad económica que pondere, por un lado, los costes indemnizatorios rebajados en 2012, y por otro, los incentivos económicos a percibir por la empresa a través del CIAE, permitirá a la empresa decidir si le conviene la sustitución de empleo protegido, por empleo desprotegido frente al despido; operación que podría incluso arrojar un beneficio económico.”⁹⁸²

de Francia con relación a la regulación del contrato “de nuevas contrataciones” en el que se exceptuaba el régimen normal del despido durante los dos primeros años de empleo de los trabajadores vinculados bajo la modalidad contractual indicada. Una de las apreciaciones del Tribunal, a modo de crítica, fue precisamente la rotación de empleo que iba a suponer este contrato que, a su vez, supondría la falta de generación de empleo.

⁹⁷⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, número 115, 2012, pág.31. Estas consideraciones se han visto refrendadas por datos constatables. Nos remitimos a las alegaciones complementarias efectuadas por CCOO y UGT y solicitadas con relación a la reclamación interpuesta ante la OIT por medio de la cual se informa (pág.22 del informe, parágrafo 94) del “impacto de la reforma laboral de 2012”: “El efecto de sustitución del contrato de duración indefinida de apoyo a los emprendedores en relación a los contratos temporales (prácticas, obra y servicio, formación, etc.) se observa en la caída en la contratación temporal. Por ejemplo, los contratos en prácticas caen un 18,4 por ciento en el período marzo de 2012-marzo de 2013, respecto al mismo período anterior”.

Este mismo autor en “Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012,” op.cit., señala que “el fuerte aliciente antes descrito del nuevo contrato para pequeñas empresas con amplio período de prueba, que igualmente juega materialmente en términos de competencia desleal con los contratos formativos donde la duración temporal acausal deja de tener el incentivo para las empresa que ofrecía anteriormente cuando no existía esta modalidad contractual.”

⁹⁸⁰ MORENO GENÉ, J.: “La constitucionalidad del período 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, diciembre de 2014. Iustel [en línea]. Disponible en Iustel RI §415514.

⁹⁸¹ AGUILAR DEL CASTILLO, M.C.: “La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores” Comunicación presentada a las XXXI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, “Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico”, celebradas en Cádiz, 13 y 14 de diciembre de 2012, [en línea] http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=0a177137-374b-4b0f-ab68-3e32041d0b8a&groupId=10128.

⁹⁸² BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, op.cit., pág. 93

Las afirmaciones precedentes tienen otro efecto nocivo que se extiende a posteriores contrataciones, cual es la llamada al encadenamiento de los contratos por cuanto “ni se prohíbe la sustitución por otro de igual naturaleza con otro trabajador a su conclusión, ni se exige que con el mismo se produzca una creación neta de empleo”⁹⁸³; cierto es que podríamos entender que este riesgo se aminora en virtud de la previsión legal que imposibilita acudir a esta modalidad (y, por ende, al período de prueba) cuando en los seis meses anteriores se hubiera procedido a extinguir de forma improcedente otros contratos y lo que el empresario pretende es dar cobertura a un puesto de trabajo perteneciente al mismo grupo profesional en idéntico centro de trabajo, no obstante, hecha la ley hecha la trampa: Tampoco es impensable que con el objetivo puesto en que no se produzca la pérdida de ventajas que supone la concertación de este tipo de vínculo laboral, se “juegue” de alguna forma con la adscripción a los grupos profesionales, de tal forma que las contrataciones subsiguientes a las extinciones improcedentes cubran puestos de trabajo que formalmente quedarían subsumidos en diferentes grupos profesionales. O incluso, aun cuando esta circunstancia nos parece menos realizable, que se determine la asignación laboral en diferentes centros de trabajo con el objeto de eludir la consecuencia legal⁹⁸⁴.

No obstante, y a pesar de que todas estas alertas estén encendidas, lo cierto es que si nos situamos en el terreno netamente práctico nuestro actual modelo de relaciones laborales no ha experimentado un cambio significativo en lo que se refiere a las clases de contratos empleadas. Así, continuamos acudiendo de forma preferente a la contratación temporal, aun cuando es cierto que de la comparación entre los datos suministrados por el Servicio Público de Empleo Estatal entre el último semestre de 2014 y el último de 2015, se observa una tendencia al alza del empleo de esta modalidad contractual⁹⁸⁵, resultando mayoritariamente –aun con excepciones– dirigido a la contratación de jóvenes.

⁹⁸³ *Ibidem*.

⁹⁸⁴ Destaca estas dos artimañas BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, *op.cit.*, pág.93. A nuestro juicio la asignación a diferente centro de trabajo no será una opción viable en la mayoría de los supuestos en los que la organización empresarial se focaliza en un único centro de trabajo, realidad esta común en empresas de pequeña e incluso mediana dimensión a las que va dirigida el contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

⁹⁸⁵ En junio de 2015, el número de contrataciones indefinidas –según datos publicados por el SEPE– fue de 126.856, mientras que los contratos temporales alcanzaron la cifra de 1.599.261. De entre los contratos indefinidos 11.720 lo fueron bajo la submodalidad de contratos indefinidos de apoyo a emprendedores. Fuente:

http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_avance/pdf/contratos/evolconindef_tem p.pdf. [Fecha de consulta 21 de julio de 2.015].

Centrándonos en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores correspondiente al mes de junio de 2.015, se observa cómo es el sector de hostelería el que experimenta un incremento mayor (3.488) seguido del comercio (2.795); de ahí que el grupo de ocupación destacado sea el número 5 (trabajadores

de servicios de restauración, personales, protección y vendedores de los comercios). Efectivamente, los jóvenes han resultado los destinatarios preferentes en este tipo de contratación (franja de edad de 20 a 34 años, preferentemente de 25 a 29 años. Fuente: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2015/emprendedores/Contratos_Emprendedores_1506.pdf. [Fecha de consulta 21 de julio de 2.015].

En mayo de 2.015, el número de los contratos que nos interesa fue de 11.335, sin que haya variación en lo que se refiere al sector, grupo de ocupación o edad preferente de contratación. Fuente: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2015/emprendedores/Contratos_Emprendedores_1505.pdf. [Fecha de consulta 21 de julio de 2.015]

En abril 2015, el total de las contrataciones indefinidas de apoyo a emprendedores alcanza a 10.676 personas en los mismos sectores, igual grupo de ocupación, pero aunque la edad del destinatario se centra principalmente en torno a 25 a 29 años (1.982), le sigue de 30 a 34 años (1582) y, en tercer lugar el sector deja de ser joven -de 35 a 39 años (1450)- para situarse en cuarto lugar las personas que cuentan de 20 a 24 años (1.437).

Fuente: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2015/emprendedores/Contratos_Emprendedores_1504.pdf. [Fecha de consulta 21 de julio de 2.015].

En marzo de 2.015 fueron 10.893 los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores. Se repiten los mismos sectores e idénticos son los grupos de ocupación. En lo que se refiere a la edad, de nuevo los jóvenes de 25 a 29 años se sitúan en primer lugar, seguidos por los de 30 a 34 años. En tercer lugar aparecen las personas que cuentan entre 35 a 39 años.

Fuente: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2015/emprendedores/Contratos_Emprendedores_1503.pdf. [Fecha de consulta 21 de julio de 2.015].

En el mes anterior, febrero 2.015, son 9.176 los contratos. Esta vez el comercio le gana la partida a la hostelería (2.352 de comercio frente a 2147). El grupo de ocupación coincide y también la tónica observada en el mes precedente en torno a la edad.

Fuente: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2015/emprendedores/Contratos_Emprendedores_1502.pdf. [Fecha de consulta 21 de julio de 2.015].

En enero de 2.015 contamos con 8.248 contratos de esta naturaleza. El sector de la hostelería se sitúa por encima del comercio aun cuando por escasísima diferencia (1.910 frente al comercio 1.905). No hay variaciones en lo atinente al grupo de ocupación y la misma tendencia en lo que se refiere a la edad. Fuente: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2015/emprendedores/Contratos_Emprendedores_1501.pdf. [Fecha de consulta: 21 de julio de 2.015].

De la observación de los presentes datos estadísticos se puede concluir en una tendencia al alza si se contemplan idénticos períodos del año 2.014. Así en junio de 2014 fueron 7.906 los contratos suscritos; en mayo de 2.014 alcanzaron el número de 8.220; en abril de 2.014 se cuenta con un total de 7.959; en marzo de 2.014 los registrados fueron 8.157; en febrero de 2.014, 10.012 personas resultaron vinculadas con esta modalidad y, en enero de 2.014 el total fue de 7.408.

Esta tendencia al alza –que sin entrar en exámenes económicos- puede obedecer a la recuperación del país y la salida de la crisis también se percibe si remontamos la vista más atrás. A título de ejemplo, durante el mes de junio de 2013, el número de contratos suscritos indefinidos de apoyo a emprendedores fue de 6.866, inferior, por tanto, a los que se firmaron el año que vio nacer a este contrato (en el mes de junio de 2012, el total fue de 8941).

Fuente: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html). [Fecha de consulta: 21 de julio de 2.015].

Teniendo presente la Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral (España 2014) elaborada por el Consejo Económico y Social aprobada en sesión ordinaria del pleno celebrada el 27 de mayo de 2015, se refleja que “En este panorama, el contrato de emprendedores acumuló casi 99.000 registros en 2014, en torno a un 20 por 100 más que en 2013, cuando había crecido un 12 por 100. Se trata de un aumento muy considerable que refleja, además, una trayectoria creciente, pero son pocos en el total, insuficientes para impulsar decididamente la contratación indefinida y muy por debajo de la anterior modalidad “de fomento”. Cabe apuntar que el uso de esta modalidad no parece venir impulsado por los incentivos económicos, dado que los celebrados sin deducciones fiscales fueron, en 2014, 93.300.” El citado órgano de participación institucional destaca que “Dado que uno de los elementos de su configuración es la permanencia por un año en “periodo de prueba”, es importante observar la vida media de estos contratos; no obstante, no se recoge por ahora en la información oficial este extremo, y sería conveniente subsanar esta carencia”.

El debate estaba servido y primero doctrinalmente⁹⁸⁶ y más tarde en sede judicial se plantean las dudas acerca de la verdadera naturaleza jurídica del contrato⁹⁸⁷, así como de la constitucionalidad del precepto en su referencia al ya reiteradísimo y entrecomillado período de prueba.

18.3.- Los planteamientos de inconstitucionalidad.-

18.3.1.-Antecedentes.-

El acometer una reforma laboral supone, en la práctica, que voces que representan a variados sectores se alcen emitiendo juicios de desaprobación⁹⁸⁸. Esta vivencia la hemos experimentado no solo con la reciente modificación pergeñada por el Real Decreto Ley 3/2012 y asumida en la Ley 3/2012 sino también en el pasado, escapándose tan solo de la crítica la Ley 32/1984 de 2 de agosto y la ya mencionada Ley 63/1997.

Pero, no se debe olvidar en una materia tan delicada y controvertida como la que ha supuesto el "período de prueba" en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores que, como en cualquier otra cuestión que se pueda plantear sea del ámbito que fuere, no se puede a priori identificar los supuestos de deficiente

⁹⁸⁶ MORENO VIDA, M.N.: "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad", op.cit., pág.109, quien –a pesar de la Disposición Transitoria Novena de la Ley 3/2012- sostiene la inconstitucionalidad "pues difícilmente se puede mantener, aunque sea temporalmente (si es que lo es y sin saber cuándo lo será), un ámbito de inaplicación del derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa."

AGUILAR DEL CASTILLO, M.C.: «La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores" op.cit., "Aunque el desistimiento no constituye despido cuando se produce durante el periodo de prueba, una duración tan amplia del mismo sin encontrar vinculación con la aptitud del trabajador para desarrollar adecuadamente su puesto de trabajo puede llevarnos a afirmar que la regulación prevista en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 es contraria al ordenamiento constitucional." Esta misma autora señala las contravenciones entre este contrato y el derecho consagrado en el art.24.2 de la Constitución.

TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012", op.cit. Señala la contravención al art.35 CE.

⁹⁸⁷ STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 (AS 2013/1754): "*el actual artículo 4 de la Ley 3/2012, introduce ex novo una figura contractual, el denominado contrato indefinido de apoyo a emprendedores, empleada en el caso de autos, que ha dado lugar a grandes controversias doctrinales, sindicales y políticas sobre su verdadera naturaleza jurídica y que incluso han motivado que se dude de su posible constitucionalidad. Así, para un sector doctrinal se trata más bien de una modalización del contrato ordinario por tiempo indefinido, puesto que 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 Estatuto de los Trabajadores, con determinadas particularidades y limitaciones que se establecen en dicho precepto. Sin embargo, otros autores consideran que su verdadera configuración jurídica se aproxima a la de un contrato temporal transformable en indefinido, caracterizado durante la "fase temporal" del primer año por la falta de indemnización empresarial o libre rescisión y en el que está ausente la nota de causalidad, como era tradicional en nuestro derecho laboral, con excepciones como el viejo contrato temporal de fomento del empleo*".

⁹⁸⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: "Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio (BOE, 15 de agosto)", Actualidad Laboral, N° 12, Sección Estudios, Diciembre 2014, pág. 1352, Editorial LA LEY [en línea], disponible en LA LEY 7948/2014.

técnica legislativa con la inconstitucionalidad de la norma. Queremos decir con ello, que a pesar de las debilidades que nuestra doctrina laboralista ha puesto de manifiesto en torno a esta figura probatoria, las conclusiones vertidas no pueden hacernos pensar irremediamente que estamos ante una medida a todas luces anticonstitucional.

Así, antes de entrar a analizar los argumentos de fondo que en la praxis se tuvieron en consideración para analizar la constitucionalidad del período de prueba en los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores, nos parece interesante advertir que lo que debemos examinar es la conformidad o no con el texto de la Carta Magna prescindiendo de análisis de oportunidad, a fin de emplear criterios exclusivamente constitucionales.

En lo que nos atañe, por tanto, nuestra atención queda centrada fundamentalmente en el art.35 de la Constitución y, dentro del mismo la faz del derecho constitucional que se resalta es la que hace referencia al principio de estabilidad en el empleo, lo que a su vez nos remitiría a la ya clásica disquisición acerca de si la extinción sin causa se restringe a los supuestos en los que aquella sea merecedora de la calificación de despido o, por el contrario, ampara cualquier fórmula de extinción del contrato de trabajo⁹⁸⁹.

Frente a este precepto constitucional se sitúa, en la cara opuesta, la libertad de empresa consagrada en el art.38 de la Constitución que engloba, básicamente, la libertad de contratación, la libertad de ordenación de los propios recursos empresariales y el diseño de los objetivos empresariales propios. No obstante esta formulación genérica, debemos ser conscientes que los derechos (y también el del art.35 de la Constitución) no pueden ejercerse omnímodamente, encontrando límites precisamente en atención a la necesidad de garantizar el efectivo disfrute en aquel derecho que constituye la razón de su limitación. Y, de entre los linderos del art.38 CE, nos interesa destacar (por cuanto incide en este estudio) el que viene constituido por el derecho al trabajo que surge como límite natural a la facultad disciplinaria máxima que ostenta el empresario. En atención a las consideraciones precedentes, podemos extraer la siguiente conclusión: "el despido libre no tiene cabida en nuestro texto constitucional"⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ Tal y como destaca NARANJO DE LA CRUZ, R.: "Cuestiones sobre el derecho al trabajo derivadas de la reforma laboral de 2012. Perspectiva constitucional", UNED, Revista de Derecho Político, núm.89, enero-abril 2014, pág. 95, el Tribunal Constitucional se ha inclinado por una postura más restrictiva del ámbito de extensión del art.35 CE, postura esta no compartida por el autor al entender que bajo su seno también quedaría amparada la extinción que se produce durante la prueba.

⁹⁹⁰ *Ibidem*, pág.98 y nota 12 reseñando la doctrina a favor.

De otro lado, que el despido libre no encuentre acomodo en nuestro sistema constitucional no significa la intangibilidad de la postura laboral del trabajador, por el contrario pueden existir –no aparece ningún obstáculo constitucionalmente insalvable- razones de peso, que solamente son predicables de la estructura empresarial, que se erijan en causas que habilitan la extinción y que, de otro lado, son independientes a la voluntad o quehacer del trabajador (tal y como ocurre en alguno de los supuestos legales que posibilitan el recurso del despido objetivo y/o colectivo)⁹⁹¹. De no concurrir estas causas, se genera el derecho en la persona del trabajador a percibir una indemnización, como norma general.

Pues bien, para procurar la convivencia armoniosa entre los dos dictados constitucionales, el Tribunal Constitucional ha consolidado una elaborada doctrina que pone el acento en los parámetros que se han de emplear en cada caso a fin de dilucidar si el asunto que se le trae a su conocimiento es susceptible de quebrar alguno de los derechos fundamentales que se invocan y que se reconduce al examen de la proporcionalidad, al juicio de necesidad.

Para ello se hace necesario observar de un lado el sacrificio, el grado en que resulta mermado el derecho que se alega infringido y, de otro la finalidad que se persigue con la expansión del derecho que resulta privilegiado, lo que a su vez nos remite a un juicio de adecuación que “queda satisfecho con tal de que la restricción del derecho constitucional se muestre apta para avanzar en ese sentido, cualquiera sea el grado en el que lo consiga”⁹⁹². En este sentido, se suele invocar específicamente la ya mencionada STC 22/1981 al ser este pronunciamiento un aserto en el que se observan similitudes con respecto a la cuestión que suscita nuestro actual interés. En esa Sentencia se planteaba la constitucionalidad del señalamiento legal de una edad de jubilación forzosa, para lo cual resultaba de utilidad examinar el alcance real de la previsión de la norma en cuanto a objetivos se refería (el empleo) y la compensación a recibir por el trabajador afectado por esa medida. Así pues, parece razonable y lógico tener presente estos parámetros a la hora de escudriñar la constitucionalidad de la reforma laboral en el punto planteado.

Pero, y aunque nos hayamos extendido más en este apartado de la Constitución, la doctrina más autorizada –ESCUDERO RODRÍGUEZ, LUCAS DURÁN⁹⁹³- no solamente alzó su voz exponiendo los argumentos tanto de crítica legal sino los que abogaban a favor de su inconstitucionalidad, sin ceñirse a la mera advocación del art.35

⁹⁹¹ STC 103/1990, de 4 de junio, RTC 1990/103.

⁹⁹² NARANJO DE LA CRUZ, R.: “Cuestiones sobre el derecho al trabajo derivadas de la reforma laboral de 2012. Perspectiva constitucional”, op.cit., pág.106.

⁹⁹³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Y LUCAS DURÁN, M.: “El régimen jurídico laboral del contrato: en especial, análisis de su período de prueba”, op.cit.

de la Constitución en el sentido antes enunciado, sino que junto a la dimensión antes estudiada se observaba que el impacto afectaba a la posibilidad que posee el trabajador de reaccionar contra las extinciones⁹⁹⁴, siendo estas dudas de inconstitucionalidad más que razonables en atención a “la prolongada y arbitraria extensión de dicho período, así como por su indisponibilidad”⁹⁹⁵.

Por su parte, BAZ RODRÍGUEZ⁹⁹⁶ expresa sus pensamientos bajo los siguientes términos: “Ciertamente la regulación del CIAE no equivale a la instauración de un modelo de despido libre o ad nutum, dado que no se elimina la protección frente al despido injustificado durante toda la vida de la relación laboral, sino solo durante un periodo temporal al inicio de la misma. Por lo que el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, desde este punto de vista, parece que debería centrarse esencialmente en ponderar la duración de la amputación (absoluta o cuasiabsoluta) de las facultades derivadas del derecho”. A juicio de este autor, la medida normativa tan solo podría ser constitucional si existiera “menor permisividad hacia la recontractación de trabajadores despedidos por la misma empresa tras la reforma de 2012; y exigencia estricta de no amortización de puestos de trabajo equivalentes mientras existan en la empresa trabajadores contratados a través de esta modalidad contractual”.⁹⁹⁷

AGUILAR DEL CASTILLO sin entrar en valoraciones acerca de “la oportunidad o no del contrato como medida de fomento del empleo” sí critica que “se utilice una figura como es el periodo de prueba, que legalmente no ve alterada su naturaleza más allá de su duración, para una finalidad distinta a la que constituye su propia esencia, atentando con ello derechos constitucionalmente reconocidos”⁹⁹⁸.

Estas consideraciones suponen, a la postre, la posible consideración de que la previsión legal “pospone” la efectividad del derecho a la estabilidad en el trabajo a que transcurra la prueba⁹⁹⁹ y

⁹⁹⁴ Ibídem, invocando también Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1994, de 27 de enero. Se apoya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, SUÁREZ CORUJO, B: “Aspectos de dudosa constitucionalidad contenidos en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, op.cit.

⁹⁹⁵ SUÁREZ CORUJO, B. “Aspectos de dudosa constitucionalidad contenidos en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, op.cit.

⁹⁹⁶ BAZ RODRIGUEZ, J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, op.cit., pág. 104.

⁹⁹⁷ Ibídem, op.cit., pág.107.

⁹⁹⁸ AGUILAR DEL CASTILLO, M.C.: “La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores”, op.cit.

⁹⁹⁹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: “ El contrato de apoyo a los emprendedores y el artículo 30 CDUEFUE. Reflexiones a propósito de la STSJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-117/14, Nistahuz Poclava”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm.40, mayo de 2015, Iustel [en línea] RI §415880: “En este caso, el favor a los intereses empresariales se lleva a cabo debilitando hasta el extremo el principio de estabilidad en el empleo durante el primer año de relación laboral, pues la

“limita” otro derecho fundamental: el relativo a la tutela judicial efectiva del art.24 de la Constitución¹⁰⁰⁰.

Pero los reproches de inconstitucionalidad no finalizan con el atentado a los derechos anteriores sino que se predica, de igual modo, una clara lesión del derecho a la igualdad ante la ley, la prohibición de la arbitrariedad en los poderes públicos (art.9.3 Constitución), el principio de seguridad jurídica (art.9.3 de la Constitución), destacándose la falta de proporcionalidad entre el derecho individual al trabajo y las políticas de empleo¹⁰⁰¹.

Hasta aquí el análisis de las posibles contravenciones a nuestro Derecho constitucional interno. No obstante, los reproches a la norma no se ciñen a este, pues determinados autores han visto cómo el artículo que regula el período de prueba para los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores son susceptibles de generar sospechas fundadas de quebrantamiento al Derecho internacional y, concretamente, al art.4.del Convenio 158 de la OIT que, al efecto, dispone: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio»¹⁰⁰².

Otro precepto invocado por nuestra doctrina¹⁰⁰³ ha sido el art.30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

extinción del contrato de trabajo durante ese periodo no requiere causa justificada ni entraña costes para el empresario.”

¹⁰⁰⁰ Esta es la idea expuesta por RODRÍGUEZ-PIÑERO, VALDÉS y CASAS BAAMONDE, recogida por ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y LUCAS DURÁN, M.: “El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores...” op.cit.

¹⁰⁰¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y LUCAS DURÁN, M.: “*El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores...*”, op.cit.: “Tachas de inconstitucionalidad avaladas por otros autores que consideran que o bien no se guarda la debida proporcionalidad entre el sacrificio del derecho individuales al trabajo y las políticas de empleo (Const art.35) (Molina Navarrete) o se conculcan el principio de igualdad ante la ley (Const art.14), la prohibición de arbitrariedad en los poderes públicos (Const art.9.3) y el derecho al trabajo (Const art.35.1) (Díez de Rábago) y, también, el principio de seguridad jurídica (Const art.9.3) (Aramendi).”

BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, op.cit., pág.14, aboga por la inconstitucionalidad al oponerse frontalmente al art.35 y art.14 de la Constitución.

¹⁰⁰² Entendemos oportuno recordar que no obstante esta previsión invocada, el art.2 del Convenio de la OIT “Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas:...b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable.”

¹⁰⁰³ SUÁREZ CORUJO, B.: “Aspectos de dudosa constitucionalidad contenidos en la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, op.cit., págs. 61-64. Destacamos, de entre sus argumentos: “Que es imposible sostener la naturaleza probatoria del primer año del CAE se demuestra además, y en segundo término, mediante el contrasentido que supone mantener distintas duraciones para el período de prueba no en atención a las dificultades de la experimentación, las características de la empresa u otras razones causalmente aceptables, sino exclusivamente en atención a la modalidad contractual que utilice el empresario.”

(que recoge el derecho del trabajador a obtener la tutela judicial en los supuestos de despido) y que se erige –tras la asunción por el ordenamiento interno- en pauta hermeneútica para la comprensión de nuestra normativa de derechos fundamentales y libertades públicas (por obra del art.10.2 de la Constitución).

Pese a lo que pudiera pensarse de la lectura precedente, no se está indicando con los preceptos presuntamente infringidos que el período de prueba esté prohibido en todo caso, sino que este ha de ajustarse a las prescripciones impuestas por el art.2.2 c) del Convenio 158 de la OIT y, en este sentido, velar porque este lapso “se haya fijado de antemano y...que sea razonable”¹⁰⁰⁴.

De cualquier manera, y a los efectos de determinar la posible constitucionalidad del art.4 de la Ley 3/2012, NARANJO DE LA CRUZ¹⁰⁰⁵ sostiene que la traslación del Derecho Internacional “es prescindible” si nuestro punto de mira se sitúa en el análisis de la constitucionalidad, siendo “especialmente relevante cuando, como es el caso, la norma constitucional, tal y como es interpretada por el TC, garantiza al derecho un nivel de protección no superado por la norma internacional examinada. En tales condiciones, el recurso a ella no debe ser determinante desde un punto de vista constitucional”.

Recapitemos, en parte, lo que hasta ahora hemos podido deducir del instituto probatorio, ese que genuinamente se contempla en el art.14 del Estatuto. Partamos de un diseño constitucional donde el derecho al trabajo ex art.35 se plasmaba en la necesidad de asegurar la estabilidad en el empleo. Este principio, el de estabilidad en el empleo, tenía su manifestación práctica a través de una triple proclamación; de un lado, la prohibición de llevar a cabo medidas extintivas empresariales acausales, de otro la necesidad de ajustarse a un cauce formal para plasmar la finalización causal de la relación laboral y, por último, la posibilidad de acceso a la administración de justicia a fin de evitar conductas arbitrarias¹⁰⁰⁶.

En este sentido, el período de prueba del art.14 del Estatuto de los Trabajadores constituía una excepción legítima (tanto desde el punto de vista de nuestro marco constitucional como desde los instrumentos normativos internacionales) al principio de estabilidad

¹⁰⁰⁴ Últ.cit.

¹⁰⁰⁵ NARANJO DE LA CRUZ, R.: “Cuestiones sobre el derecho al trabajo derivadas de la reforma laboral de 2012. Perspectiva constitucional”, op.cit., pág.101.

¹⁰⁰⁶ STC 20/1994, de 27 de enero (RTC 1994/20). “*la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que se acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás derechos incluidos en este precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza.*” (...)

en el empleo, pero precisamente por tratarse de una excepción esta debía ser admitida de forma restrictiva. Si la regulación del período de prueba se establece legalmente con una amplitud tal que en la práctica desaparecen los márgenes temporales bajo los cuales se somete la posible voluntad extintiva ad nutum empresarial, es el momento de preguntarnos acerca de si se sigue siendo respetuoso o no con el diseño constitucional. Así, si mantenemos que el período de prueba previsto con el nuevo contrato indefinido en realidad no es tal¹⁰⁰⁷, no es descabellado pensar que esta excepción a lo que debe ser el régimen ordinario de la extinción contractual está contraviniendo el orden establecido en la Constitución¹⁰⁰⁸. Las dudas sobre su constitucionalidad provienen al estar “desnaturaliza(ndo) la finalidad del período de prueba, de modo que con ello puede vulnerarse la exigencia constitucional de causalidad en la facultad resolutoria del contrato por parte del empleador”¹⁰⁰⁹.

18.3.2.- La respuesta del Tribunal Constitucional.-

Las inquietudes acerca de la posible inconstitucionalidad de las previsiones normativas en torno a este singular período de prueba fueron expresándose como hemos visto por los distintos operadores jurídicos, sin excepción, por lo que no constituyó sorpresa alguna que la censura llegara al máximo intérprete de la Constitución.

El iter del recurso de inconstitucionalidad al que se pondrá fin gracias a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2.014 (RTC 2014/119) parte del Parlamento de Navarra que entendió que la regulación del período de prueba para los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores quebrantaba de forma manifiesta los artículos 14, 24, 35 y 37 de la Constitución, incidiendo especialmente en el tercero de los preceptos enumerados. Trataremos de examinar cada uno de ellos.

a. El derecho a la negociación colectiva ex art.37.1 de la Norma Suprema.

La argumentación de los recurrentes pasa por entender que el derecho se encuentra despojado de todo su sentido, al no permitirse a la autonomía colectiva margen alguno de actuación y decisión sobre el período de prueba.

b. El derecho a la igualdad del art.14 de la Constitución.

¹⁰⁰⁷ PÉREZ REY, J.:“El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento de empleo”, op.cit., pág.62.

¹⁰⁰⁸ Ibídem, pág.64: “Desde el punto de vista constitucional, y una vez descartada la excepción de un período de prueba que no es en realidad tal, este paréntesis en los derechos laborales no parece caber en los confines del art.35 CE ni aun cuando encuentre su justificación en motivos de empleo.”

¹⁰⁰⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit.,pág. 140.

La opción legal –continúa manifestando la parte instigadora del recurso- de fijar uniformemente un plazo de prueba con independencia de la cualificación profesional ostentada por el trabajador concretamente afectado, consigue el efecto de ampliar desorbitadamente los tiempos señalados por el Estatuto de los Trabajadores, lo que provoca un tratamiento indistinto para todos los trabajadores haciendo abstracción de la diferente situación laboral en la que se puedan encontrar.

c. El acceso a la tutela judicial efectiva (art.24 de la Constitución).

Se impide acudir a la revisión judicial de la decisión de extinción formalmente amparada en la no superación del período de prueba.

d. El derecho al trabajo (art.35 de la Constitución).

La situación antes apuntada supone que no solo se transgredan los artículos comentados sino también el art.35 de la Constitución, por cuanto se implanta una fórmula de extinción no causal que nos aboca a la colisión abierta de los principios de estabilidad en el empleo y que, de otro lado, y a mayor abundamiento, lesiona el Convenio número 158 de la OIT, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo¹⁰¹⁰.

Todas y cada una de estas circunstancias provocan una desnaturalización acerca del entendimiento del período probatorio, cuya consecuencia debe ser la declaración de nulidad del art. 4.3 de la Ley 3/2012 previa declaración de su inconstitucionalidad.

Una vez superados los filtros previos, el Abogado del Estado informa a favor de la constitucionalidad de la medida legal contenida en el artículo cuestionado.

Pasemos ahora al dictado y fundamentos del Tribunal Constitucional.

La primera idea asentada para el Tribunal hace referencia a la sustancia de este “período de prueba”: la controvertida disquisición acerca de su naturaleza jurídica y su posible asimilación al previsto

¹⁰¹⁰ SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”, Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Vol. 4, núm.2, julio-diciembre de 2014, pág.51, advierte “no se efectúa ninguna referencia a la CSE ni a la jurisprudencia del CEDS que, en el momento de dictarse la sentencia ya era sobradamente conocida por la aplicación que estaban realizando los órganos jurisdiccionales de primera instancia, omisión interesada ya que, de haberlo hecho, debería haber llevado a la admisión, al menos, de esa parte del recurso”.

en el art.14 del Estatuto es una cuestión que queda extramuros del debate constitucional, de ahí que no se proceda a un análisis acerca de la misma.

No obstante, sí entra dentro de la órbita constitucional la configuración legal del período de prueba, por cuanto que este entraña una facultad de extinción ad nutum que "*puede actuar*" como límite al derecho a la estabilidad en el empleo (y que, a su vez, se entronca directamente con la previsión del art.35.1 de la Constitución).

Este derecho, al igual que ocurre con el resto de los reconocidos por nuestro ordenamiento, no puede ser entendido de forma absoluta; así, el artículo 35 CE encuentra su limitación en el reconocimiento constitucional a la libertad de empresa consagrado en el art.38 del texto Magno. El período de prueba no es más que la plasmación de esta libertad de empresa que, a la postre, se manifestará en la posibilidad que tienen las partes de extinguir la relación laboral, constituyendo una excepción al régimen ordinario de extinción causal. La previsión legal del período de prueba se encuentra en clara consonancia con las previsiones del Convenio 158 OIT.

En el diseño constitucional tampoco hay que olvidar el mandato contenido en el art.40 CE que conmina a los poderes públicos a orientar toda su política hacia la consecución del pleno empleo, lo que nos sitúa ante la dimensión colectiva del derecho al trabajo. De tal forma, se afirma la constitucionalidad de medidas restrictivas al derecho individual al trabajo siempre que queden garantizadas, constituyendo –en lo que nos respecta– "*una oportunidad de trabajo a la población en paro*". Estas precisiones nos ubican en el rescate de la doctrina elaborada en torno al principio de proporcionalidad que es lo que, acto seguido, el Tribunal tratará de aplicar al presente caso.

En lo que respecta al contrato indefinido de apoyo a emprendedores, la finalidad es diáfana. Se trataría de lograr el "*fomento de la contratación indefinida y de la creación de empleo estable por empresas de menos de cincuenta trabajadores, al tiempo que se potencia la iniciativa empresarial; se trata así de facilitar la contratación de trabajadores por parte de pequeñas y medianas empresas que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo estable.*"

Con base en las consideraciones precedentes, se puede observar cómo la configuración del período de prueba debatido responde a los "*objetivos de la política de empleo*", circunstancia esta que se reafirma de la lectura de la Disposición Transitoria Novena de la Ley 3/2012 al diseñar al contrato indefinido de apoyo a los

emprendedores como una modalidad coyuntural, limitada temporalmente a la circunstancia de que la tasa de desempleo descienda, al menos, al quince por ciento. El período de prueba se configura como *“un instrumento adicional de incentivación de la creación de empleo”*¹⁰¹¹ que consigue alcanzar tanto la finalidad a la que tradicionalmente está llamada la prueba, como la *“necesidad empresarial de determinar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo es viable económicamente y por tanto sostenible.”*¹⁰¹²

Así pues, sentada la adecuación constitucional del precepto al alcanzar la *“finalidad legítima”* que es, de otro lado, coherente con la interpretación de la OIT, resta examinar si supera el resto de filtros que impone el juicio de proporcionalidad y, específicamente, su razonabilidad.

Ha de notarse la relevancia de la circunstancia de que el presente no ha sido fruto de la concertación social, lo que indica la necesidad de ser especialmente escrupuloso. Habrá de tenerse en cuenta que la modalidad contractual introducida es circunstancial, su ámbito de aplicación es reducido (su destinatario natural son las empresas más reacias a promover la contratación estable, identificando esta circunstancia con las entidades de menos de cincuenta trabajadores) y no se ha de obviar la circunstancia prevista del establecimiento de medidas disuasivas para aquellos empleadores que no garanticen la permanencia en el empleo del propio trabajador durante tres años y del resto de la plantilla durante un año.

Si se examina la posición del trabajador se observa cómo también se han contemplado medidas que garantizan su posición durante la *“prueba”*, tales y como la posibilidad de compatibilizar

¹⁰¹¹ Entendemos que la finalidad del período de prueba en nuestro ordenamiento es la que desde antaño se ha venido poniendo de manifiesto tanto por nuestro legislador como por nuestra doctrina, incluyendo a la jurisprudencia y el parecer de nuestros tribunales inferiores. Querer añadir a las finalidades típicas del período de prueba otros objetivos no conduce más que a inventarse la institución y hacer ver claramente que cuando se comparan las utilidades entre el período de prueba ordinario y el especial para este nuevo tipo de contrato salten las alarmas indicándonos dónde se encuentran las diferencias. En el molde del genuino período de prueba no cabe este mal denominado período de prueba, y ello con independencia de que estemos o no de acuerdo con la necesidad de implantar transitoriamente fórmulas alternativas que de alguna manera dinamicen el mercado laboral.

¹⁰¹² Lo reflejado en el cuerpo es, lógicamente, literal del Tribunal pero quisiéramos dejar constancia de nuestro asombro al observar tales afirmaciones del Órgano, máxime cuando la Ley no condiciona la concertación del contrato –y, por ende, de la prueba– a la previa incertidumbre de la viabilidad del puesto a cubrir. Es más, sería perfectamente posible (por cuanto no existe prohibición) que se recurriera una y otra vez a esta modalidad contractual, aun cuando ya se tuviera la certeza empresarial de la viabilidad económica de la creación del puesto. De igual modo, recordemos que el presente contrato no está condicionado para los puestos de nueva creación (en los que puede existir una lógica sospecha acerca de su rentabilidad económica) sino que, en principio, puede emplearse para cubrir necesidades que se han presentado desde los orígenes del funcionamiento de la empresa.

prestación de desempleo y salario o la consideración como trabajador indefinido una vez supere aquella.

Pero es que, además, el derecho a la estabilidad en el empleo se encuentra subordinado a otro sin el cual no es posible entenderlo. Se trata del derecho al acceso al trabajo que conforma la parte indisoluble del contenido esencial del derecho al trabajo; así pues, todas estas consideraciones previas conducen al Tribunal a desestimar los alegatos del recurrente no apreciando lesión del art.35 de la Constitución.

Situados en el plano constitucional del art.14, el Tribunal descarta la conculcación por el especial objetivo al que obedece este período de prueba, siendo este el de constatar empresarialmente si el puesto de trabajo es "*o no económicamente sostenible*". Esta circunstancia posibilita que el legislador no distinga entre los trabajadores en función de su categoría o cualificación.

Por último, el art.37 de la Constitución. El Tribunal recuerda que el legislador es el llamado naturalmente para la regulación de las relaciones laborales, así como de los derechos y libertades contemplados en el capítulo segundo del Título Primero, lo que a su vez nos reconduce a recordar el sistema de prelación de fuentes y el reconocimiento de la supremacía de la ley sobre el convenio. Pero siendo cierto que la negociación colectiva forma parte integrante del contenido del derecho, cualquier limitación al mismo ha de justificarse conforme a las consideraciones anteriores.

De esta forma, la previsión legal estableciendo una "*norma de derecho necesario absoluto*" se nos presenta como "*garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida*", avalando la constitucionalidad de la medida legislativa.

El último precepto que se invoca como lesionado tampoco merece el crédito del Tribunal. No se conculca el art.24 de la Constitución por cuanto queda garantizado el derecho del trabajador a acceder a la administración de justicia en los supuestos en los que el desistimiento durante la "prueba" haya sido extemporáneo, se lesionen derechos fundamentales o se haya empleado fraudulentamente por el empresario, por cuanto con antelación el trabajador ya había desempeñado idénticas funciones.

Pero el tema objeto del recurso no deja de ser espinoso y susceptible de interpretaciones dispares en el propio seno del Tribunal. De ahí que no sorprenda que la Sentencia comentada contenga un voto particular que, a la sazón, fue formulado por el

Ilmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Re al que se adhieren otros dos magistrados.

El punto de partida es la reflexión en torno a la debatida naturaleza jurídica del período de prueba para este singular contrato que encuentra su engarce en la ley, debiendo –al menos en vía de principio- *“presumirse una correspondencia plena entre el nomen asignado por el legislador y la configuración (naturaleza, funciones o efectos, por citar algunos elementos significativos) que resulte de aplicación”*.

Entrando ya en el debate concretamente propuesto, se analiza el contenido del artículo 35 de la Constitución y se comprueba la vinculación de los poderes públicos a promover medidas que garanticen la consecución no de cualquier tipo de empleo, sino de aquel que se pueda calificar como digno. De esta manera se enlaza con los postulados de la OIT y con el propio art. 10.1 de nuestro texto constitucional, lográndose a la postre consolidar el Estado social.

En este contexto surge el Derecho al trabajo que limita especialmente la *“autonomía negocial del empresario y (de) sus poderes de organización y dirección”*. Esta aseveración de partida nos hace rescatar del olvido la doctrina previa que delimita el contenido mínimo de este derecho fundamental en su vertiente individual. En este sentido, se garantiza la posición de la persona a *“un determinado puesto de trabajo”* si se está preparado para ello y *“a no ser despedidos si no existe una justa causa”*, así como a reaccionar frente a las medidas extintivas empresariales, para lograr a través de estas premisas y cauces la compensación de la posición desigual en la que quedan situados el empresario y el trabajador.

En lo que se refiere a la causalidad del despido, se afirma la imposibilidad de introducir fórmulas de *“despido libre”* no solo por el mandato constitucional contenido en el art.35, sino también con base a los diferentes instrumentos internacionales dictados sobre la materia e, incluso, la respuesta que se le ha ofrecido a otras medidas dictadas por países de nuestro entorno que suponen una limitación de las garantías contra el despido¹⁰¹³.

¹⁰¹³ MORENO VIDA, M.N.: “La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit., pág.108 y pág.109, así como nota 21 recuerda las sentencias francesas dictadas con relación al “contrato de nuevo empleo”, que también se dirigía a empresas con menos de 50 trabajadores, previéndose una “duración de consolidación” de dos años. Este contrato ha sido derogado, reconociéndose “la aplicación directa del Convenio 158 OIT”. A pesar de ello, GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT””, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm.39, diciembre 2014. Iustel [en línea]. RI § 415513, pág.294, señala cómo el supuesto francés no es exportable al modelo

El núcleo de la cuestión se reconduce a constatar si la medida legislativa respeta o no el principio de proporcionalidad. Pues bien, al constituir el período de prueba una excepción, ha de ser interpretada normativamente de *“forma limitada”*, a fin de que *“el sacrificio del derecho al trabajo frente a la libertad negocial del empresario no resulte desproporcionado”*.

Obviando las consideraciones en torno a la naturaleza del período de prueba de art.14 del Estatuto (que entendemos ya han sido expuestas) sí interesa destacar, como lo hace el voto particular, que la regulación contenida en el precepto mencionado es absolutamente respetuosa con los límites y exigencias derivados del principio de proporcionalidad, erigiéndose el límite temporal en el elemento clave para lograr el mencionado equilibrio entre los intereses empresariales y los que detenta el trabajador. A este respecto, no está de más recordar los pronunciamientos de nuestra jurisprudencia que redundando en esta idea de la excepcionalidad y proporcionalidad, entendían que eran abusivos los plazos convencionales que señalaban la duración anual de la prueba.

Si descendemos al contenido concreto del art.4.3 de la Ley 3/2012 se observa, cómo se ha introducido “una “excepción” a la “excepción” que ya de por sí supone el art.14 del Estatuto para el principio de causalidad que debe presidir las extinciones contractuales. La irracionalidad a la hora de delimitar el lapso supone la afección directa del contenido del derecho fundamental consagrado en el art.35 del texto constitucional.

No son fundamentos constitucionalmente acogibles la circunstancia de que el contrato se conciba con vocación de fin, como tampoco lo son las ventajas que conllevan para el empresario contratante la suscripción de esta modalidad, pues ambos argumentos no traspasan la frontera de la mera legalidad.

Siendo ello así, lo único que restaría por examinar es si la limitación a la extinción causal que supone la celebración de este contrato –y, por ende, la del período de prueba que en él se inserta– responde al mandato contemplado por el art.40 de la Constitución. Pero este motivo ha de correr igual suerte que los anteriores; de un lado, por la paradoja que entraña el fomento de la contratación a través de la admisión de la extinción libre y de otro porque no se pueden confundir dos realidades diferentes e independientes, como es la que viene constituida por la promoción de la contratación indefinida (finalidad que se ha de predicar únicamente con relación a

español por cuanto los contratos difieren entre sí en aspectos tan relevantes como los relativos a la duración y causa de terminación.

la modalidad contractual diseñada) con la que se persigue con la regulación y admisión del período de prueba.

Pero aún hay más, si lo que se pretendía con el período de prueba era comprobar si el puesto de trabajo es o no rentable económicamente para el empresario, el contrato de apoyo a emprendedores, y su período de prueba, tendría que condicionarse únicamente a cubrir necesidades empresariales nuevas (esto es, a puestos de trabajo recién creados), sin que fuera posible su concertación en todos los supuestos y para cubrir todo tipo de requerimientos del empleador.

De todo ello se infiere –a decir por el voto disconforme- que la Sala mayoritariamente lo que ha efectuado no ha sido un control constitucional (por cuanto no se confrontan dos derechos constitucionales) sino un mero control legal, pues para afrontar un juicio constitucional necesariamente ha de someterse la valoración a los principios de *“adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto”*.

Con posterioridad al fallo del Constitucional, este nuevamente ha tenido la oportunidad de examinar (Sentencia de 22 de enero de 2015, RTC 2014/119) la acomodación del “período de prueba” previsto para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores a la luz de nuestro sistema constitucional, en esta ocasión con motivo de las cuestiones planteadas por grupos del parlamento del PSOE y de la Izquierda Plural contra la Ley 3/2012 al instar recurso de inconstitucionalidad, con el mismo resultado que en la anterior ocasión y reiterándose el voto particular bajo los mismos términos.

De igual modo, paulatinamente se fueron resolviendo las distintas tachas de inconstitucionalidad en su día planteadas contra la regulación de la prueba, recayendo autos de inadmisión de los recursos planteados, al haber sido afrontada y zanjada la cuestión (*“cuestión notoriamente infundada”*) por Sentencia del mismo Tribunal, Sentencia 119/2014, de 16 de julio. Así, tanto el Auto de este Tribunal de 21 de octubre de 2014 (RTC 2014/250) en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Juzgado de lo Social de A Coruña el día 21 de abril de 2014, como el Auto de 17 de marzo de 2015 (RTC 2015/60) que resuelve en el sentido indicado, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña interpuesta el 2 de junio de 2014.

El último pronunciamiento hasta la fecha de cierre del presente¹⁰¹⁴ ha sido la cuestión de inconstitucionalidad planteada por

¹⁰¹⁴ 22 de agosto de 2015

el auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de enero de 2014 (AS 2014/524) que enfocaba la vulneración al texto constitucional a través de cinco cauces que ha merecido la respuesta del Tribunal a través de Sentencia de fecha 22 de junio de 2015 (publicada en el BOE de 31 de julio) desestimando la cuestión, a pesar de que el Fiscal General del Estado había interesado la estimación.

En lo que hace a la alegación de lesión a los derechos contenidos en los artículos 14, 24.1, 35.1 y 37.1 de la Constitución, se remite a las consideraciones previas vertidas en sus anteriores de fecha 16 de julio de 2014 y 22 de enero de 2015.

De esta forma, el debate se circunscribe a señalar la posible afección al art.9.3 de la Constitución. Para abordar si ha existido o no una arbitrariedad susceptible de ser acogida constitucionalmente, no ha de olvidarse la procedencia de la norma y cómo concretamente esta no es más que la expresión de lo que constituye la voluntad del pueblo; de esta forma, no es admisible desde el punto de vista constitucional imponer limitaciones "indebidas" al legislador. Esta premisa supone la necesidad de examinar la norma presuntamente infractora del orden constitucional a la luz del parámetro de la discriminación. De esta forma, solamente serían inadmisibles constitucionalmente la introducción normativa de condiciones o factores que suponen la discriminación. Dicho de otro modo, la arbitrariedad se supedita a la concurrencia de discriminación.

De igual modo, la norma resultaría también arbitraria en las hipótesis de carencia de justificación, esto es en los supuestos en los que aquella es "*plenamente irrazonable*".

Con tales considerandos, el Tribunal entiende que el art.4.3 de la Ley 3/2012 no incurre en ninguno de los supuestos que permitan establecer que la medida es arbitraria¹⁰¹⁵.

El fundamento normativo al que hace referencia el Constitucional ya fue expuesto en anteriores fallos y, recordemos, estribaba en que este período de prueba "*no solo pretende facilitar el mutuo conocimiento de las partes y de las condiciones de prestación de la actividad laboral, sino verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible, lo que justifica un periodo de prueba de un año para todos los trabajadores contratados bajo esta modalidad contractual*".

¹⁰¹⁵ "Pues bien, no se aprecia, en el supuesto examinado que la Ley recurrida establezca discriminación de ningún tipo; la norma persigue una finalidad razonable y no se muestra desprovista de fundamento".

El resto de la Sentencia no es más que la reiteración de los argumentos ya ofrecidos, dedicándose a glosar los motivos por los cuales han de ser desestimados los preceptos que no formaban parte del objeto de la cuestión por haber dado respuesta previamente a los mismos y que –de nuevo con cierta, en el sentido de veraz, malicia por nuestra parte- parecen dar una consistencia al menos formal a una Sentencia que si hubiera tan solo analizado el art.9.3 de la Constitución hubiera aparecido pobre en forma y fondo.

A nuestro juicio, se hubiera agradecido del Tribunal una exposición más profunda del problema que se le planteaba. El descontento que tal previsión normativa ha generado en los operadores jurídicos, la reiteración de los planteamientos abundando en las mismas ideas y el esfuerzo de afrontar enfoques diferentes, así lo merecían.

Suponemos que esta es la última oportunidad para la resolución de la constitucionalidad de la medida legal, siendo una gran pérdida jurídica que se haya desaprovechado y se hayan volcado en ella conceptos que pertenecen más al ámbito de oportunidad política que al estrictamente de concepción jurídica.

A nuestro juicio, y a pesar de lo sucinto de sus consideraciones, se incurre en contradicciones. Entendemos que no se puede simultáneamente negar el análisis de la institución del período de prueba debatido al entender que este pertenece a un ámbito estrictamente legal, y a la par exponer qué es lo que se pretendió por el legislador del 2012 con este período probatorio. Si le está vedado el conocimiento de la naturaleza jurídica real de una institución también lo está la exposición de los objetivos a los que viene llamada, pues este análisis se encuentra conectado directamente con lo que finalmente es el entendimiento de una figura jurídica. Expresado en otros términos, el examen de la sustancia jurídica de una determinada institución no se puede realizar sino es observando, entre otros, sus fines. El Constitucional examina los motivos legales de concepción del período de prueba previsto para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores y a la par niega que pueda entrar en un examen acerca de su naturaleza. La única razón, a nuestro juicio, es que debatir abiertamente sobre el aspecto crucial y característico de una institución conlleva también la clara comparación con el resto de figuras y, de resultas del mismo, la constatación más o menos diáfana de si estamos en presencia o no de dos realidades diferentes.

Son muchas las voces doctrinales que se han alzado criticando los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, excediendo su exposición del objeto del presente. Baste, como botón de muestra, la

reflexión de ROJO TORRECILLA¹⁰¹⁶ quien realiza un análisis de contraste entre la decisión de nuestro Constitucional y la alcanzada por su homónimo francés (el Consejo Consultivo francés), destacando cómo los mismos argumentos que le sirvieron a nuestro intérprete para desestimar los pedimentos de inconstitucionalidad, fueron los empleados por el legislador galo y desestimados a través de la Decisión del Consejo número 2015-715 de 5 de agosto con relación a la Ley para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas (aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 9 de julio de 2015).

Pero lo que es más grave es que el efecto que este tipo de asertos plantean trascienden a la mera cuestión actual acerca de la constitucionalidad o no de esta peculiar modalidad contractual, irradiando sus efectos hacia el futuro, por cuanto el pronunciamiento del Constitucional puede suponer la vía libre para sucesivas reformas laborales que empobrezcan el entendimiento de los derechos laborales constitucionales (siguiendo a CRUZ VILLALÓN).

Sin entrar en el juicio sobre el crédito que nos merece la opinión mayoritaria –pues contamos con sobrados y fundados análisis de terceros- no podemos escapar de la sospecha de que el razonamiento del Constitucional más que una vía para alcanzar una solución final ha sido el pretexto, a posteriori, de una decisión previa: una petición de principio. Situados en un plano exclusivamente de discurso jurídico se nos antoja más elaborada y profunda la opinión que se separa del sentir general de la mayoría.

Por su parte, la doctrina proveniente de nuestros Juzgados y Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia en las ocasiones –todas ellas por demandas iniciadas antes del primer pronunciamiento del Constitucional- que ha tenido la oportunidad de dirimir cuestiones concretas con relación a este original período de prueba, no siempre ha continuado con la senda iniciada por el Alto Tribunal, existiendo pronunciamientos que han optado por una línea alternativa a la propuesta¹⁰¹⁷ con base, acaso, en el control de convencionalidad que

¹⁰¹⁶ ROJO TORRECILLA, E.: (2015, agosto, 11). Reforma laboral y período de prueba de un año. El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco, pero el Fiscal General del Estado se muestra casi completamente de acuerdo con el TSJ (y una nota sobre la diferencia de criterios entre TC español y el Consejo Constitucional francés).[Mensaje en Blog]. Recuperado de <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/reforma-laboral-y-periodo-de-prueba-de.html>.

¹⁰¹⁷ Así el Juzgado de lo Social núm.2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013', AS 2013/2802 realizó una serie de aseveraciones dignas de mención. De un lado asentó la idea de que el período de prueba es contrario al art.4.4 de la Carta Social Europea de 1961, al establecerse un plazo “excesivo” y “carente de causa”. Tras estas consideraciones, se incluye una apreciación a nuestro juicio de relevancia en el sentido de indicar que la eventual inconstitucionalidad del precepto no supondría la desaparición en los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores de la prueba en su integridad, sino tan solo por el tiempo que se excede del previsto en el convenio de aplicación, afirmando la validez del resto y predicando, por tanto, a favor de la nulidad parcial –que no total- del período probatorio.

permite la inaplicación de una norma interna que, a pesar de no haber sido declarada inconstitucional, lesiona un tratado internacional. De cualquier manera, se nos antoja poco probable que con la ya conocida respuesta del máximo intérprete de la Constitución afloren en demasía los procedimientos en los que se inste la improcedencia del cese llevado a cabo durante el período de prueba, cuando la vinculación laboral se instrumentaliza a través del contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

18.4.-La respuesta de la Organización Internacional del Trabajo a las reclamaciones presentadas por los sindicatos.-

18.4.1.- Delimitación.-

Las organizaciones sindicales Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores se alzan contra la reforma de 2012 y presentan dos quejas¹⁰¹⁸ – el 10 de mayo de 2012- ante el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, alegando la vulneración del Convenio número 158 sobre la terminación de la relación de trabajo de la OIT¹⁰¹⁹ y la Recomendación número 166 (1982) dictada en la misma materia.

La litis queda ceñida a la posible repercusión que la regulación nacional tiene sobre los ya citados arts. 2.2.b) del Convenio 158 con

Esto es, según aquel pronunciamiento “resultaría ajustada a derecho la resolución de una relación laboral –por desistimiento empresarial- de un trabajador contratado a través de esta modalidad de apoyo a los emprendedores si dicha resolución, aún habiéndose estipulado el plazo de una anualidad, se produce dentro de los márgenes establecidos en el convenio colectivo de aplicación” -HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “El período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea”, Temas Laborales núm.124/2014, pág.243-.

Dictadas con posterioridad a la primera de las Sentencias del Tribunal Constitucional:

STSJ Murcia de 10 de septiembre de 2014, (JUR 2015/3028). No se plantearon dudas de inconstitucionalidad o de inaplicación del derecho comunitario. Se declara ajustado al cese habiendo la empresa “*justificado el motivo de decisión*”.

S. Juzgado de lo Social num.3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014 (AS 2014/3092). Defiende la constitucionalidad del precepto destinado a la regulación del período con base al pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 119/2014) pero declara la vulneración a la Carta Social Europea, lo que supone la inaplicación de nuestra norma interna. El período de prueba del contrato indefinido de apoyo a emprendedores no atiende a la finalidad con la que se concibe el período probatorio.

S. Juzgado de lo Social num. 1 Toledo, de 27 de noviembre de 2014 (AS 2014/3168). Estima la vulneración del art.4.4 de la Carta Social Europea y considera el cese formalmente amparado en el período de prueba como despido improcedente.

STSJ Cataluña de 2 de diciembre de 2014 (AS 2015/344): aplica la Ley 3/2012. No aprecia infracción constitucional.

S. Juzgado de lo Social núm.23 de Madrid de 18 de marzo de 2015 (AS 2015/703). Descarta la existencia de discriminación por razón a las circunstancias personales del trabajador que, estando en prueba y en incapacidad temporal, ve extinguido su contrato. De otro lado, se declara plenamente ajustada la cláusula probatoria de un año en atención a lo manifestado por el Tribunal Constitucional y al criterio abstencionista del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁰¹⁸ El contenido íntegro de la reclamación objeto de nuestro análisis puede consultarse <http://portal.ugt.org/actualidad/2012/mayo/Queja%20OIT%20RDL%203-2012%20Despido.pdf>. Recuperado el 12 de julio de 2015.

¹⁰¹⁹ De 22 de junio de 1982, ratificado por España el 26 de abril de 1985.

relación al art.4 y la Recomendación núm. 166 de 26 de junio de 1963, sobre la terminación de la relación de trabajo¹⁰²⁰.

La OIT emitió respuesta sobre la cuestión sometida a su debate, haciéndolo a través del Cuarto Informe Complementario del Consejo de Administración celebrado en Ginebra el 13 de junio de 2014. Examinaremos el Informe del Director General¹⁰²¹.

Oportuno nos parece señalar, antes de entrar en análisis argumentales, que¹⁰²² “El Convenio permite excluir de su protección a los trabajadores que estén en período de prueba, siempre que la duración del mismo se haya fijado de antemano y sea razonable”. El concepto “razonable” no aparece delimitado a priori, en atención a la heterogeneidad de los plazos contemplados por las distintas naciones quienes, de otro lado, ostentan la competencia para precisar este calificativo con el único límite que impone la buena fe. Lo que sí, diáfananamente, se exige es la necesidad de la restricción temporal de la prueba y que esta se halle fijada de antemano. En lo que hace a la función del período probatorio se señala que “normalmente” es “permitir que las partes interesadas puedan tener un juicio acerca de las ventajas que pueda tener la concertación de un contrato de trabajo”.

18.4.2.- La decisión ¿final?.-

El asunto sometido al conocimiento de la OIT constituye una cuestión claramente espinosa que, de forma aparente, queda resuelta ofreciendo las líneas maestras para dirimir la controversia¹⁰²³.

El punto de partida es la necesidad de conceder autonomía a las Naciones a fin de que ellas determinen lo que se debe entender por

¹⁰²⁰ SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”, Revista de Derecho Social núm.62, abril 2013, pág. 104. Adviértase que en torno a la aplicación de esas normas se confeccionó el Informe relativo a “la Protección contra el despido injustificado, realizado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT para la 82ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo que se celebró en Ginebra (1995) y la Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo (2009), preparada por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, la Unidad de Análisis e Investigación sobre el Empleo y el Servicio de Diálogo Social, de la Legislación y la Administración del Trabajo con la colaboración de expertos del Centro Internacional de Formación de la OIT, pretende dar una visión global del Convenio”.

¹⁰²¹ Texto extraído de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247068.pdf.

¹⁰²² Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación. Disponible en www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/.../wcms_171432.pdf; [www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1995-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1995-4B).pdf). Consta también los distintos plazos de prueba que variopintas legislaciones han adoptado, manifestándose que “los períodos de prueba previstos por las disposiciones nacionales varían en la mayor parte de los casos entre unas cuantas semanas y unos cuantos meses, sobre todo en función de la naturaleza del empleo y de las calificaciones exigidas”.

¹⁰²³ El texto íntegro se puede consultar en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247068.pdf.

“duración razonable del período de prueba”, sin que exista un módulo a priori concebido internacionalmente para su comprensión. Esa independencia nacional para regular concretamente el lapso temporal tan solo ha de ajustarse al consabido principio de buena fe.

En este punto hemos de detenernos, pues es precisamente en este último aspecto (el respeto a la buena fe) es en el que incide la doctrina, que llega incluso a afirmar que nos encontramos ante un supuesto de “fraude de ley por la propia ley”¹⁰²⁴, por cuanto que la finalidad única que parece perseguir la regulación de tan dilatado y genérico período de prueba no es más que la de facilitar al empresario un cauce legal de desistimiento ad nutum.

De cualquier manera, el Comité estima que “no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha modalidad contractual”¹⁰²⁵.

Ante esta constancia se realiza una “invitación” al Gobierno para que este emita “informaciones” sobre la evolución del contrato indefinido de apoyo a emprendedores y una vez se obtengan estas, analizar la posibilidad de adoptar medidas en consonancia con la representación social para “evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa de un empleador con objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio”¹⁰²⁶.

Con tal pronunciamiento estamos en presencia de una decisión salomónica que no cierra el aspecto debatido. A nuestro juicio, el Gobierno de alguna forma se delata al comparar el supuesto español

¹⁰²⁴ Término este recogido por GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT”, op.cit., pág.295 citando a FALGUERA BARÓ, M.A.: “La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral”, Revista on line de la Comisión de lo social de Jueces para la Democracia, nº 123, 2012.

PÉREZ REY, J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento de empleo”, op..cit., pág.63: “En verdad, y por llamativo que resulte, el RDL 3/2012 es constitutivo en este punto de un verdadero fraude de ley en el que el período de prueba actúa como norma de cobertura y las exigencias constitucionales de causalidad en la extinción del contrato de trabajo como norma defraudada, un comportamiento bien conocido en la realidad cotidiana de nuestras relaciones de trabajo pero que ahora asume una dimensión normativa incompatible con la CE.”

LARRAZABAL ASTIGARRAGA, “¿Es constitucional el período de prueba establecido en el contrato de trabajo de apoyo a emprendedores?. Comentario al auto de 21 de enero de 2.014 del TSJPV”. Revista de Derecho Social núm.65. Ed. Bomarzo, enero 2014, pág.179: “considero que se trata de un periodo de prueba “fraudulento”.

Por muy expresiva que nos parezca la alocución, entendemos que en ningún caso la Ley puede entrañar como efecto el fraude en sí misma, sin perjuicio de las tachas de inconstitucionalidad o de otra índole que puedan reputársele, en virtud de la propia comprensión de la doctrina del fraude de ley.

¹⁰²⁵ GB321-INS_9-4_[NORME-140530-10]-Sp.docx, párrafo 246.

¹⁰²⁶ *Ibidem*, párrafo 247.

con el implantado por la reforma laboral italiana a través de la ley núm.92 de 28 de junio de 2012. Para ello, creemos de utilidad partir de aquella inclusión normativa:

“1bis. El requisito del apartado 1 (obligación de consignar en el contrato las causas que lo justifican) no es obligatorio en el supuesto del primer contrato por tiempo determinado, de duración no superior a 12 meses, concluido entre un empleador o empresa usuaria (contrato a través de una ETT) y un trabajador para el desarrollo de cualquier tipo de funciones, ya sea bajo la forma de un contrato a tiempo determinado o en el caso del primer empleo de un trabajador en el ámbito de un contrato de puesta a disposición. Los convenios colectivos acordados entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel nacional pueden establecer, directamente en los convenios interconfederales o de sector, o indirectamente cuando exista una delegación para los convenios de nivel inferior, que el supuesto previsto en el primer párrafo (obligación de consignar en el contrato las causas que lo justifican) no sea exigido en los casos en los cuales la contratación por tiempo determinado o el contrato de puesta a disposición tenga lugar en el ámbito de un proceso organizativo ocasionado por las razones señaladas en el artículo 5, 3) (inicio de una nueva actividad, lanzamiento de un nuevo producto o servicio, aplicación de un relevante cambio tecnológico, proyectos de investigación, renovación de un pedido relevante), siempre dentro de un límite total del 6 por ciento del total de trabajadores ocupados en el ámbito de la unidad productiva. “

En efecto entendemos que esto era lo que se pretendía. La creación de un contrato acausal que otorgara la posibilidad al empresario de extinguir por su única y exclusiva voluntad la relación laboral y no implantar un periodo de prueba con idéntica finalidad.

De otro lado, consideramos que el modelo italiano es mucho más respetuoso con lo que los interlocutores sociales pueden ofrecernos. Se otorga, a través del mismo precepto en donde se consagra la figura del contrato nuevo temporal acausal, la oportunidad a los agentes sociales de poder, a la vista de las concretas condiciones imperantes en la realidad empresarial a la que representan, excepcionar del régimen ordinario de causalidad en la contratación -y en la extinción- a determinadas contrataciones que puedan producirse ex novo y siempre sobre la reconocida realidad empresarial no de crisis global sino específica (la que asola a una concreta empresa).

Pero acaso lo que más nos asombra es la alegación del Gobierno español apoyándose en la cuestión previamente dirimida por el Consejo relativo al caso francés. Entendemos que el supuesto

allí dilucidado no es coincidente con nuestra realidad, y todo ello a pesar de que efectivamente somos de la opinión de que en la mente de nuestro legislador se contempló aquella norma francesa y acaso también en la decisión del Consejo¹⁰²⁷.

Esto es, si bien es cierto que este contrato francés daba rienda suelta a las posibilidades extintivas unilateralmente promovidas por el empresario, se preveían medidas que actuaban de contrapeso para evitar ejercicios desviados de las posibilidades extintivas¹⁰²⁸. De un lado, porque previamente a hacer efectiva la terminación laboral el trabajador era conocedor de tal decisión (se preveía la obligación de respetar un preaviso) y, de otro, porque la consecuencia extintiva empresarial le suponía la necesidad de afrontar una serie de consecuencias económicas a modo de indemnización para el trabajador. Ninguna de estas dos circunstancias se han contemplado por nuestro legislador y por supuesto cada una de ellas no representan una cuestión menor.

Si de lo que se trata es de analizar la "razonabilidad" en la medida normativa que excepciona las garantías que ha de presentar todo acto extintivo, influirá de forma decisiva el coste que ha de afrontar el empresario. En nuestro modelo el coste es cero. No hay previsión de preaviso ni legal ni tan siquiera cabe la posibilidad de fijarlo contractualmente y, por supuesto, la extinción no es indemnizada.

Lo que parece vislumbrarse de la lectura de la decisión que nos afecta es que el Consejo ha tenido en consideración que los derechos sociales resultan si ya no mermados sí modulados, sin que lamentablemente su interpretación y alcance pueda ser entendida obviando las circunstancias económicas, culturales y políticas que los envuelven, pues de lo contrario entendemos que la conclusión

¹⁰²⁷ El contrato de nuevas contrataciones vio la luz por obra de la ordenanza número 2005-893. Se implantó una modalidad contractual dirigida a las empresas que tenían un máximo de 20 trabajadores, permitiéndose a las partes a promover la extinción contractual durante el plazo de 2 años sin tener que someterse a los rigorismos previstos para el despido. La resolución habrá de ser notificada a la parte afectada a través de carta certificada. Si la finalización del contrato se produce por voluntad del empresario, este deberá preavisar de su decisión con una antelación previa que queda fijada en atención a la antigüedad del trabajador. Junto con el preaviso, el empresario que procede a extinguir habrá de indemnizar al trabajador con la suma resultante de aplicar el 8% sobre la cuantía total de la retribución bruta que el empleado haya percibido desde el origen de la contratación. La decisión de extinción tiene un plazo para ser impugnada, siendo este el de doce meses desde que se enviara la carta certificada comunicando la extinción. No está de más señalar que la vida de este contrato fue corta (hasta 2008).

¹⁰²⁸ *Ibidem*, pág.100: "Más allá de dicho término [más de seis meses y hasta un año] la razonabilidad de la duración, aún moviéndose dentro de la horquilla temporal señalada, habrá de probarse en base a un ejercicio de ponderación que maneje los tres parámetros señalados: adecuación a los objetivos, compensaciones y limitaciones subjetivas. El respeto de los márgenes temporales ha de entenderse, en definitiva, como una condición necesaria, pero no suficiente para proclamar la licitud del CIAE a la luz del Convenio 158 OIT".

hubiera sido forzosamente la declaración de ilicitud de la medida normativa¹⁰²⁹.

18.5.- La intervención del Comité europeo de Derechos sociales.-

18.5.1.- El caso griego.-

Dadas las concomitancias existentes entre el modelo de relaciones laborales que se trató de implantar en Grecia y el que nosotros adoptamos a través de la reforma laboral de 2012, nos parece atinado refrescar el pronunciamiento del Consejo para este país y tratar de comparar las conclusiones extraídas con la decisión del mismo órgano que directamente nos atañe.

Así, previamente a que viera la luz nuestra reforma de 2012, Grecia ya había adoptado medidas para incentivar el empleo y, concretamente, había acudido a la técnica de ampliar el plazo de duración del período de prueba en consonancia con las exigencias comunitarias para que llevara a cabo “una reforma de la legislación de protección del empleo, a fin de ampliar a un año el período de prueba en los nuevos trabajos”.

El resultado fue la aprobación de la Ley 3899 de 17 de diciembre de 2010, disponiendo concretamente en el art. 17.5 a) el período de prueba de doce meses¹⁰³⁰ con independencia de la cualificación del trabajador o puesto de trabajo detentado. Durante ese lapso, se concedía libertad a la empresa para extinguir la relación laboral sin derecho a indemnización alguna para el trabajador y sin requerirse el anuncio previo de la voluntad extintiva (a salvo de posible acuerdo contractual en otro sentido)¹⁰³¹.

La reacción sindical contra esta medida se canalizó a través de la Reclamación número 65/2011¹⁰³² (presentada el día 21 de febrero

¹⁰²⁹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, op.cit., pág. 102 sostenía que el contrato “no es capaz de superar, salvo mejor criterio, el relativamente riguroso y complejo “test de razonabilidad” formulado por la OIT para valorar la licitud de una decisión legislativa de exclusión temporal de la protección de los trabajadores frente al despido injustificado (Convenio 158 OIT).”

¹⁰³⁰ De esta forma se amplía la prueba de dos a doce meses.

¹⁰³¹ Las similitudes entre el caso griego y el español hacen “extrapolable” la Decisión del Comité a nuestro orden interno, así, CARDONA RUBERT, M.B.: “La situación del estado español en relación al cumplimiento de la Carta Social europea”, Revista de Derecho Social núm.69, enero 2015, Ed. Bomarzo, pág.108.

¹⁰³² Los sindicatos reclamantes fueron Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad y la Confederación de Funcionarios Públicos.

de 2011) y dio lugar a la Decisión del Comité de 23 de mayo de 2012¹⁰³³.

Dado que Grecia sí se había vinculado al Protocolo de Reclamaciones Colectivas de 1995, se abría la posibilidad naturalmente destinada a los agentes sindicales y empresariales¹⁰³⁴ a acudir al Comité sin agotar previamente la vía jurisdiccional nacional a fin de alegar contravenciones de la normativa nacional.

Los argumentos de los concretos reclamantes se centraron en la conculcación al art. 4.4 de la Carta Social Europea que dispone:

“Art.4.-Derecho a una remuneración equitativa.

.4.-A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”

A continuación, se fundamentó la necesidad de que el período de prueba se fijara en consonancia a la cualificación que ostenta el empleado, sin que pueda admitirse una regulación temporal homogénea para todos los trabajadores. De igual modo, se estimó que la duración de un año no respetaba el principio de proporcionalidad que reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por último, se invocó el derecho laboral a un preaviso razonable previsto para los supuestos en los que el empleador quiere poner fin a la relación laboral.

Frente a ello, el gobierno griego entendió acorde la normativa interna a la internacional por cuanto la falta de preaviso se producía única y exclusivamente en los supuestos de concertación de período de prueba.

El Comité concluye estimando la vulneración alegada, al no establecer la normativa nacional plazo previo de comunicación de la decisión extintiva¹⁰³⁵ y porque con el establecimiento de un período

¹⁰³³ Adviértase que en España la reforma laboral de 2012 estaba iniciando su andadura.

¹⁰³⁴ La legitimación se reconoce en virtud del art.1 y 2 también a las “organizaciones nacionales representativas sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación, las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental así como cualquier organización no gubernamental no representativa que reconozca un Estado Contratante el derecho a presentar reclamaciones”, SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “Incumplimiento por España de los Tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba”, op.cit., pág.126.

¹⁰³⁵ Ha de tenerse en consideración las Conclusiones XIII-4, de 30 de septiembre de 1996 con relación a Bélgica y el compromiso a asumir -por los Estados que acepten el art.4 de la Carta Social Europea- a reconocer un plazo de preaviso previo y razonable a la extinción laboral. Por su parte, las Conclusiones XIV-2 de 30 de noviembre de 1998 (Irlanda) acepta solo la falta de preaviso en los supuestos de despido por falta grave.

de prueba tan largo se está posibilitando al empresario a celebrar soterradamente un contrato temporal acausal. La previsión anual del período de prueba desnaturaliza la concepción jurídica de la institución probatoria, tanto en lo relativo a su finalidad como a su régimen jurídico, siendo por ello calificada como no razonable.

En definitiva, los derechos han de ser ostentados por todos los trabajadores y de entre los mismos no se puede descartar el relativo a la necesidad de preaviso razonable en los supuestos de extinción laboral. La imprecisión del adjetivo razonable ha de ser suplida casuísticamente, para lo cual habrá de tomarse en consideración el tiempo previo de vinculación de sus servicios.

El preaviso tiene una finalidad concreta, cual es posibilitar al trabajador que disponga de un margen temporal para poder encontrar otro trabajo (aun cuando se pueda sustituir la obligación de comunicación previa por la concesión de una indemnización). El único supuesto que se salva del requerimiento del preaviso es el que se produce en las hipótesis de despido por falta grave del trabajador.

El período de prueba se presenta así como un instrumento al servicio del empresario para comprobar la cualificación de su trabajador y la adaptación de este al puesto que ocupa. En atención a ese objetivo no es dable admitir duraciones dilatadas, privando al trabajador de sus derechos económicos y de los relativos a la necesidad del preaviso.

Tras la decisión del Comité, Grecia comunicó el 25 de octubre de 2012 la aceptación a lo acordado, aun cuando -dada la crisis nacional y en atención a que la reforma era coyuntural- no iba a proceder inmediatamente a retirar de su ordenamiento la figura controvertida.

18.5.2.-El caso español.-

El Comité europeo de Derechos sociales tuvo la oportunidad de valorar nuestra situación nacional a raíz de la reforma de 2012 y, concretamente, si esta se ajustaba a la Carta Social europea de 1961 y al Protocolo adicional de 1988, emitiendo al efecto las Conclusiones

Las Conclusiones de 22 de octubre de 2010 (Ucrania) enuncia que el plazo de preaviso tiene el sentido de permitir al trabajador un período para que pueda encontrar otro trabajo, admitiéndose en los supuestos de ausencia del preaviso la correspondiente compensación económica, teniendo en consideración la antigüedad del trabajador. Esa comunicación con antelación de la terminación de la relación laboral es predicable de cualquier modalidad contractual, estadio en que se encuentre el contrato de trabajo (incluyendo, por tanto, el período de prueba) o jornada (a tiempo parcial o completa) concertada. Atendiendo al supuesto concreto a dirimir, entendió no ajustado al precepto el preaviso de de dos meses para trabajadores con una antigüedad igual o superior a diez años.

XX-3 (2014) fechadas en enero de 2015¹⁰³⁶. Para realizar el estudio tuvo en consideración el informe emitido por el Gobierno de España, las alegaciones al mismo emitidas por CCOO y UGT, así como la contestación gubernamental a estas. De todas las cuestiones puestas sobre el tapete europeo, centramos nuestra atención únicamente en la relativa a la regulación del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores y la posible lesión al art.4.4 de la Carta Social Europea (convenientemente ratificado por España).

El argumento sindical descansa en el entendimiento de que la regulación del período de prueba de esta modalidad contractual en la que se posibilita la extinción no preavisada ni indemnizada supondrá, en la práctica, la conversión de este modelo de contratación indefinida en un contrato de naturaleza temporal.

El Gobierno, por su parte, rebate esa afirmación con base a tres argumentos. El primero hace referencia al limitado ámbito al que se destina el contrato (empresas de menos de cincuenta trabajadores). La segunda razón que se expone alude a la constreñida vida de la modalidad contractual, por cuanto esta desaparecerá en el momento en que se alcancen los umbrales de desempleo que en la norma legal se señalan. Y, por último, se hace referencia a la indefinición de la Carta Social Europea en lo atinente a la determinación de la duración del período probatorio que imposibilita hablar de su contravención.

Acaso con estos iniciales apuntes estaríamos en condiciones de aproximarnos a la conclusión del Comité. Dadas las semejanzas entre el supuesto griego y español no es descabellado pensar que la reflexión final continuaría con la línea ya aventurada por este Órgano¹⁰³⁷. Pero no nos anticipemos.

El Comité comienza su discurso enunciando que la protección frente al despido injustificado y no indemnizado también se extiende a las situaciones en las que el trabajador se halla vinculado por la prueba, siendo esta conclusión también independiente al tipo de relación –temporal o indefinida- que se concierte.

Ante ello, el Comité aprecia que al no preverse un plazo de preaviso a la decisión extintiva durante la prueba, se provoca una vulneración del precepto de la Carta Social, pues todos los trabajadores tienen derecho a un preaviso de la decisión extintiva o, en su defecto, a una compensación cuando se haya obviado el

¹⁰³⁶ El texto íntegro se puede consultar www.coe.int/socialcharter.

¹⁰³⁷ SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”, op.cit.,pág. 56 “estimo que, por coherencia con la jurisprudencia manifestada en un supuesto idéntico, la Conclusión del CEDS será de no conformidad, manifestando que existe una violación del art. 4.4 de la CSE, exigiéndole a España que proceda a derogar o modificar la normativa señal”.

mismo. De esta manera la trascendencia de su pronunciamiento no se limita al debatido período de prueba previsto para el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, pues extiende sus efectos al genuino período probatorio del art.14 del Estatuto de los Trabajadores (pues, recordemos que para el mismo no existe una obligación legal de preaviso).

Siendo ello así, el incumplimiento a los mandatos del art.4.4 de la Carta se produce en las siguientes previsiones legales nacionales:

a. De un lado, al no preverse preaviso en el “despido” por expiración del término convenido o realización del trabajo concertado.

b. De otro, al seguir sin establecerse preaviso en los supuestos en los que la extinción se procure como consecuencia de la muerte del empresario o extinción de su personalidad jurídica, siempre que el trabajador cuente con una antigüedad mínima de tres años.

c. En tercer lugar por la extinción del contrato por causas objetivas en las hipótesis en las que el trabajador ha tenido una vinculación con la empresa de, al menos, seis meses.

d. También en lo que se refiere al contrato indefinido de apoyo a emprendedores por no preverse preaviso.

e. Por remitir la determinación del preaviso a lo que dispongan las contratantes (art.49.1 a) y b) del Estatuto de los Trabajadores), debiendo ser los “instrumentos jurídicos como la legislación, la jurisprudencia, los reglamentos o los convenios colectivos”.

De esta forma, y con base en las manifestaciones precedentes, conmina a que se señale en el próximo informe el plazo de preaviso y la indemnización en su caso sustitutiva de aquel cuando se produzca la extinción durante la prueba que se regula por el Estatuto de los Trabajadores.

Esto es todo. No hay pronunciamiento relativo a la posible conversión real del contrato indefinido en uno temporal ni tampoco acerca de si es o no excesivo el lapso probatorio (al ser esta una cuestión que ha de ser modulada por la legislación nacional, dado que no existe previsión comunitaria en este sentido).

Las afirmaciones del Comité, como hemos visto, van más allá de las actuales previsiones legales procuradas por la reciente reforma, irradiando sus efectos prácticamente a todos los supuestos extintivos para los que no se prevé (a salvo el despido disciplinario) un preaviso de la decisión de finalización del vínculo y la posible compensación sustitutoria para los casos en los que este se obvie.

Acaso estas consideraciones sirvan de sustento para, en el futuro, procurar una regulación de la prueba ordinaria que compartiendo las líneas maestras bajo las cuales se ha perfilado el estudio del art.14 del Estatuto de los Trabajadores, añada otras que también dibujan su perfil. Concretamente, estamos aludiendo a la posibilidad de que a raíz de este pronunciamiento se legisle un nuevo período de prueba, aplicable a todas las relaciones laborales e inserto en la norma básica laboral, en el que además de todas y cada una de las características configuradoras y clásicas se aúne la exigencia de un preaviso de obligado cumplimiento antes de poner fin a la relación mediando la prueba, previéndose de igual manera una compensación económica sustitutiva para el supuesto de su incumplimiento.

Pero, descendiendo al período de prueba recogido para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores y teniendo presente el dictado emanado por el Consejo, se desprende la irrelevancia del espacio temporal al que se destina la prueba, pues esta circunstancia carece de la envergadura suficiente para determinar el ajuste a las prescripciones de la Carta. Lo verdaderamente trascendente, para el Consejo, es contar con un preaviso a la decisión extintiva. De ahí que se haya pensado que “Bastaría que el legislador introdujese un plazo de preaviso en el contrato de apoyo a los emprendedores para que éste fuese conforme a la Carta. Por el contrario, la excesiva duración de los periodos de prueba podría ser combatida haciendo uso del art. 24 de la Carta Social Europea (revisada) de 1996, sobre el derecho de protección en caso de despido, pero España no la ha ratificado.”¹⁰³⁸

La pregunta que nos hacemos es la razón del cambio de opinión que parecía haberse iniciado con la resolución de la medida laboral alcanzada en Grecia. Acaso la decisión que directamente nos atañe continúa la línea sugerida por la Estrategia Europa 2020 en el sentido de instar políticas laborales que puedan “ampliar el uso de acuerdos contractuales por tiempo indefinido, con un período de prueba suficientemente largo”¹⁰³⁹, a fin de hacer realidad el tan reiterado concepto de flexiguridad.

¹⁰³⁸ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: “ El contrato de apoyo a los emprendedores y el artículo 30 CDUEFUE. Reflexiones a propósito de la STSJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-117/14, Nisttahuz Poclava”, op.cit.

¹⁰³⁹ Esta consideración se incluye en la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas 15 de septiembre de 2010 para alcanzar los objetivos marcados por la Comisión Europea en torno a la Estrategia Europa 2020. Vid. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0477:FIN:ES:PDF> y <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>.” En el marco de la Estrategia Europa 2020 y la Estrategia Europea de Empleo, los Estados miembros deben centrarse en: “En los mercados laborales segmentados, introducir un «contrato único» indefinido, con un periodo de prueba suficientemente largo.”

18.6.-La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 2.015 (Caso Nisttahuz Poclava).-

El pronunciamiento que ahora examinamos tiene su causa en la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social número 23 de Madrid como consecuencia de una demanda de despido que se turnó al citado órgano.

Los hechos que trató de dirimir el órgano de instancia estaban fijados en la petición de improcedencia de la extinción formalmente amparada en el período de prueba de un contrato indefinido de apoyo a emprendedores. En concreto el trabajador resultó afectado por la medida extintiva al cabo de cuatro meses y medio (aproximadamente) de inicio de la actividad laboral¹⁰⁴⁰. La extinción se realizó, por tanto, vigente el período de prueba y con causa de la falta de superación del mismo.

El Juzgado de lo Social competente territorialmente, entiende, no obstante, que no puede realizar un pronunciamiento que afecte al fondo de la decisión, por cuanto nuestra regulación legal incide en las previsiones contenidas en el art.30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 1999/70 que contiene el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada.

Las vulneraciones señaladas se concretan porque la Ley 3/2012 procura la discriminación entre los trabajadores temporales o indefinidos y los que tienen un contrato indefinido de apoyo a emprendedores, toda vez que para estos últimos no existe previsión de indemnización de ningún tipo. De igual forma, con la introducción de esta modalidad contractual indefinida se admitiría la imposición de condiciones menos favorables para los trabajadores que la suscriban.

De otro lado, la previsión del período de prueba anual en esta clase de contrato lesiona el mandato del citado art.30 de la Carta, máxime teniendo en cuenta que la acción colectiva está extraída para su regulación y concreción. Siendo este el grueso argumental, el Juzgado de lo Social refuerza sus conclusiones en la contravención de diversos preceptos del Tratado Fundacional de la Unión Europea, la Decisión 2008/618/CE del Consejo de 15 de julio de 2008 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados

¹⁰⁴⁰ La actora había prestado sus servicios bajo la categoría profesional de cocinera. A los cuatro meses incurrió en una situación de incapacidad temporal con ocasión de una contingencia común. Diez días más tarde recibió comunicación (burofax) informándole de la extinción contractual como consecuencia de no haber superado el período de prueba.

miembros (DO L 198, p. 47), la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de abril de 2012, denominada "Hacia una recuperación generadora de empleo" y la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010.

El Tribunal de Justicia¹⁰⁴¹ comienza su análisis preguntándose acerca de la verdadera naturaleza (temporal o indefinida) del contrato que afecta a la reclamante y, de la definición extraída del Acuerdo marco referenciado y de la propia Ley 3/2012 concluye que, efectivamente, nos hallamos ante una modalidad indefinida de prestación de servicios por cuenta ajena.

A continuación, refleja someramente la diferencia entre el período de prueba y un contrato eventual. El dato que distingue a uno del otro estriba en la finalidad a perseguir. Así, el período de prueba "sirve fundamentalmente para comprobar la aptitud y la capacidad del trabajador, mientras que el contrato de trabajo de duración determinada se utiliza cuando el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas." Ante esta constancia, puede afirmarse que el contrato indefinido de apoyo a emprendedores no es temporal, por lo que no puede acogerse a los dictados establecidos en el Acuerdo marco invocado.

De igual modo, no existe previsión en el Derecho de la Unión acerca del período de prueba¹⁰⁴² sin que esta conclusión se altere cuando existan fondos estructurales para financiar el contrato debatido. De otro lado, señala que ni el art.148 ni el art.151 del Tratado Fundacional de la Unión Europea establecen obligaciones concretas en lo que se refiere al período de prueba.

Por todas estas consideraciones, se entiende "que la situación analizada en el litigio principal no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión", resultando por ende incompetente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para resolver la cuestión suscitada, continuando de esta manera con la línea abstencionista cuando se plantean cuestiones prejudiciales sobre la base del art.30 de la Carta¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 2015, TJCE\2015\3.

¹⁰⁴² MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M: "El contrato de apoyo a los emprendedores y el artículo 30 CDFUE. Reflexiones a propósito de la STJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-117/14, Nisttahuz Poclava", op.cit. "Aunque el art. 30 CDFUE no contiene ninguna indicación relativa al periodo de prueba, su conexión con el art. 24 CSE (reformada), del que se retroalimenta, permite concluir que la protección frente al despido injustificado reconocida por la Unión Europea comprende los supuestos en los que la duración del periodo de prueba sea desproporcionada".

¹⁰⁴³ Así lo destaca MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M, ibídem.

El estudio de la Sentencia que realiza MARTÍNEZ YÁÑEZ¹⁰⁴⁴ pone el acento en las afirmaciones vertidas por el Tribunal acerca del objetivo al que se destina la prueba en comparación con el perseguido por los contratos de naturaleza temporal. La autora señala que “Dicha afirmación resulta singular por dos razones. Primero, porque, aunque no hay ninguna norma en el ordenamiento jurídico de la Unión que se refiera al periodo de prueba, el Tribunal se permite opinar sobre cuál es o debe ser su finalidad. Y segundo, porque precisamente una de las críticas más unánimes en la doctrina, también reflejada en la argumentación del órgano remitente, es la desnaturalización del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, que más que servir para comprobar la capacidad del trabajador, pretende animar la contratación de trabajadores a sabiendas de que durante el primer año la extinción del contrato no comportará costes de ningún tipo.”

XIX.-EL PERIODO DE PRUEBA Y LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.-

19.1.- El período de prueba en el contrato de alta dirección.-

La calificación de relación laboral especial al contrato que se entabla entre empleador y personal de alta dirección se desprende explícitamente del art.2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Con base a esa especialidad –derivada fundamentalmente de las peculiaridades bajo las cuales se va a desenvolver esta relación y del propio cometido encargado a este particular trabajador- surge una norma que específicamente va a tratar de su régimen jurídico: el Real Decreto 1382/1985¹⁰⁴⁵, de 1 de agosto.

Esto supone que la legislación laboral común solamente se aplicará en las situaciones en las que las partes así lo hubieran convenido o en los casos de remisión expresa del texto normativo específico. Tal y como la doctrina científica se ha encargado de precisar, las fuentes de regulación de esta relación se encuentran en el propio Real Decreto (concibiendo a alguno de sus apartados como derecho indisponible para las partes¹⁰⁴⁶), el Estatuto de los Trabajadores (vía remisión expresa) y lo que constituye el pilar que

¹⁰⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁴⁵ Tradicionalmente, la prestación de servicios calificada como de alta dirección, estuvo excluida del ámbito del Derecho del Trabajo “y se conecta con los propios orígenes de la disciplina”: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes y contenido”, *La Ley, Relaciones Laborales, Sección Doctrina*, 1986, Tomo 1, pág. 144. Aparece por vez primera en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, aunque no adquiere su dimensión específica hasta la promulgación del Real Decreto 1382/1985.

¹⁰⁴⁶ Así, el ámbito subjetivo, la forma del contrato, las fuentes de regulación, el tiempo máximo de duración de la prueba, pactos de no competencia y no concurrencia, entre otros.

sustenta la relación con el alto directivo: la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Pero antes de detenernos en la materia propia de nuestro estudio, nos parece de utilidad recordar qué hemos de entender por “personal de alta dirección”. Esta calificación se reserva para el trabajador que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, actuando con plena autonomía y responsabilidad.

Ya, desde la definición, se puede observar cómo el alto directivo ostenta una especial posición en el seno de la empresa. Así, a grandes rasgos, toma decisiones que inciden en la gestión y en áreas funcionales vitales de la actividad empresarial¹⁰⁴⁷, recibiendo instrucciones directamente del empresario. Siendo este el concepto, es deducible cómo en este tipo de relaciones adquiere mayor relevancia el despliegue de las capacidades personales del trabajador. El fundamento de este tipo de relación radica en la recíproca confianza de las partes, lo que implica que ambas están sometidas escrupulosamente al principio de la buena fe.

Todo el régimen legal en torno a la figura del alto directivo está construido con base a esta máxima, razón por la cual el principio de libertad contractual aquí alcanza su máxima expresión a la hora de regular cómo se desenvolverá la relación.

Del merecimiento de un régimen especial tampoco se escapa el período de prueba¹⁰⁴⁸. Con relación a este, la única referencia legal se realiza con relación a los contratos que las partes han decidido formalizar bajo la modalidad indefinida. En estos supuestos, el tope máximo de la prueba de carácter indisponible¹⁰⁴⁹ es de nueve meses.

Como se puede constatar, en este tipo de relación el legislador claramente ha optado por fijar un lapso superior al ordinario para el período de prueba, quizás motivado por la peculiaridad de los servicios contratados –que, acaso, requieren una mayor cualificación

¹⁰⁴⁷ STS 2 de enero de 1991 (RJ 1991/43); STS de 4 de junio de 1999 (RJ 1999/5067).

¹⁰⁴⁸ Art.5 Real Decreto 1382/1985: “Uno. En el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida.

Dos. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador de alta dirección de la Empresa.”

La “recíproca confianza” es el argumento que, a juicio de RODRÍGUEZ –PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (“El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”, op.cit) sirve para explicar la elevación del módulo temporal del período de prueba en esta singular relación.

¹⁰⁴⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág. 70: “Se trata de una duración máxima imperativa para la autonomía individual y para la colectiva”; STSJ Cataluña de 24 de noviembre de 1997, AS 1997/3943: en el contrato se señalaron diez meses de período de prueba, pero el tribunal entiende que el límite normativo es de carácter indisponible.

profesional- y por las altas dosis de especial confianza que sustentan la relación.

De esta aseveración extraemos de nuevo la importancia del elemento personal que procura una flexibilización de la regulación del período de prueba en este singular contrato.

La diferencia no se ciñe tan solo a fijar la duración de la prueba, sino que “Quizá, pocos supuestos justifican el contrato a prueba desde el provecho recíproco de las partes contratantes; la relación laboral especial de alta dirección, sin embargo, es la excepción”¹⁰⁵⁰.

Pero, ¿qué ocurre con el período de prueba cuando el contrato suscrito con el alto directivo fuera uno de carácter eventual?. Al no existir referencia legal expresa en este punto, podemos vacilar no solo acerca del tratamiento jurídico que haya de dispensársele al período probatorio, sino que incluso se pueden albergar dudas acerca de si es o no factible este tipo de pacto.

Así, con base a una interpretación literal, SALA FRANCO¹⁰⁵¹ es partidario de entender que no cabe la previsión de la prueba cuando la relación de alta dirección fuera de carácter temporal y, en el mismo sentido se manifiesta RODRIGUEZ PIÑERO¹⁰⁵² En desacuerdo se manifiesta BALLESTER PASTOR¹⁰⁵³ por no ser esta conclusión coherente con el espíritu que preside el entendimiento de la figura de la prueba; “lo cual resulta paradójico si atendemos a las particularidades de esta relación especial y a la importancia de que el empresario se asegure de las habilidades y aptitudes de quien, en el

¹⁰⁵⁰ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 113 En la nota 262 manifiesta que es “mayoritaria la doctrina que sostiene el interés recíproco en el establecimiento de la prueba. Así, FERNANDEZ LOPEZ, M.F, RODRIGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985, (I)”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1988, págs. 193-194; RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”, op.cit., pág.144: “En el caso de los altos directivos, no son sólo sus conocimientos técnicos, sino que por su situación en la empresa debe poner en juego una serie de cualidades personales y de habilidades de las que depende mucho el éxito de su función, Por ello se ha podido hablar de la «indispensabilidad» del período de prueba para los directivos, ya que el éxito del alto directivo dependerá «no sólo de su competencia técnica, sino también de sus cualidades personales» (SALA FRANCO). En este período el directivo podrá comprobar además si el empleo que se le ha ofrecido le conviene no sólo por las condiciones laborales, sino también por las posibilidades de éxito de su misión”.

¹⁰⁵¹ SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, Bilbao, 1990, pág. 44; BORRAJO DACRUZ E.: “El personal de alta dirección en la empresa”, REDT (Civitas) núm. 22, 1985, Disponible en La Ley [en línea]. LA LEY 4209/2001; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “El periodo de prueba en el contrato de trabajo”, op.cit., al considerar que el período de prueba no tiene sentido en los contratos temporales.

¹⁰⁵² RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”...op.cit: “podrá concertarse... si... es indefinida» no puede sino significar que sólo podrá concertarse en tal caso y que no podrá concertarse en otro caso.”

¹⁰⁵³ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El periodo de prueba*, op.cit., pág. 70.

desempeño de su trabajo, va a ser identificado con la propia empresa.”

Si admitimos la licitud del período de prueba también para los contratos eventuales suscritos con el personal de alta dirección (y, a nuestro juicio, es la conclusión más acorde con la finalidad que persigue la prueba toda vez que el objetivo del instituto es independiente a la modalidad contractual seleccionada) el siguiente problema sería señalar su plazo máximo. En lo que se refiere a este punto, parte de la doctrina¹⁰⁵⁴ indica que la misma duración que se ha fijado como tope máximo para los contratos indefinidos sería la que vincularía también a los contratos temporales cuando estos tuvieran una duración superior a nueve meses. Esta línea de interpretación descarta¹⁰⁵⁵ la aplicación de las previsiones temporales del art.14 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto este texto tan solo sería aplicable en las hipótesis en las que el Real Decreto de regulación de esta relación especial así lo prevea (circunstancia esta que no acaece) o cuando las partes hacen constar su deseo expreso en este sentido, no sin opiniones en contra que defienden la aplicación automática del precepto de la norma laboral común¹⁰⁵⁶.

Por su parte, DE VAL¹⁰⁵⁷ -y dado que la norma no lo prohíbe- admite la posibilidad de concertar el período de prueba en las relaciones coyunturales, fijándose la duración que las partes estimen por conveniente, sin perjuicio de un hipotético ulterior examen -y declaración en su caso de nulidad de la cláusula- de abusividad que habría que realizar analizando caso por caso. Con esta afirmación se logra respetar el sistema de prelación de fuentes establecido en el Real Decreto de aplicación.

Entendemos que las razones expuestas son más que suficientes para alcanzar la conclusión antes citada. Acaso podría añadirse el especial papel regulador que las partes tienen en esta modalidad de contratación para encauzar su relación de trabajo.

En lo que se refiere al resto de aspectos que caracterizan el período de prueba tampoco se hallan contemplados en la norma de referencia. Los apuntes realizados en torno al deber de experimento son también aplicables a esta especial relación y la llamada a la

¹⁰⁵⁴ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M.E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1993, pág. 75.

¹⁰⁵⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit. pág.70. En el mismo sentido, DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.114.

¹⁰⁵⁶ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit, pág.114 cita a MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*, Civitas, 1995, pág. 297.

¹⁰⁵⁷ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 114 y 115.

realización de las experiencias “no es otra cosa sino permitir al trabajador ejercer la función para la que ha sido contratado”¹⁰⁵⁸.

El precepto comentado cierra el tratamiento estableciendo las consecuencias que tendría para las partes la continuidad de la relación tras la prueba. En este sentido, señala –al igual que lo hace el Estatuto– que el período de vinculación previo se tendrá en consideración al objeto de determinar la antigüedad del trabajador.

Acaso la inercia del entendimiento de la prueba en nuestro Derecho laboral común ha hecho surgir el interrogante acerca de si para entenderla constituida era o no necesario que se estableciera por escrito, por cuanto el legislador ad hoc no había expresado su voluntad explícita en este sentido. Ante esta circunstancia, BALLESTER PASTOR, contesta afirmando que no se puede presumir su existencia, pero que esta no se encuentra condicionada al requisito previo de su consignación por escrito¹⁰⁵⁹.

De cualquier forma, estas omisiones normativas, esta “regulación parcial”¹⁰⁶⁰, también han provocado la pregunta doctrinal acerca de cómo es la extinción que podría instarse bajo su vigencia. Continuando con DE VAL expone que el desistimiento es libre¹⁰⁶¹, siendo innecesario el preaviso e inoperante la indemnización prevista con carácter general en los artículos 10 y 11 del Real Decreto 1382/1985¹⁰⁶².

En lo que hace a los derechos que ostenta el alto directivo durante la prueba, debe entenderse que son idénticos a los que goza cualquier otro trabajador aunque no se haya comprometido a este pacto¹⁰⁶³; iguales consecuencias habrá de merecer el tratamiento del deber de experimento y en lo que hace a los supuestos suspensivos, se habrá de estar a lo acordado¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido” op.cit.

¹⁰⁵⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.70. En el mismo sentido, DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.115.

¹⁰⁶⁰ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.114.

¹⁰⁶¹ *Ibíd.* DE VAL sostiene el carácter libre del desistimiento por ser connatural al periodo de prueba y también por la previsión contenida en el art.5.2 “sin que se haya producido desistimiento”; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”, op.cit.

¹⁰⁶² Art.10.2 RD 1382/1985: “El empresario tendrá derecho, en caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.”

Art.11.1. in fine: “En los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.”

¹⁰⁶³ SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, op.cit., pág.45.

¹⁰⁶⁴ *Ibíd.*

A nuestro juicio, la regulación de la prueba en las relaciones de alta dirección no puede considerarse como imparcial. Las peculiaridades que se han querido destacar por el legislador así se han remarcado (véase el plazo máximo de duración para los contratos indefinidos o la innecesariedad de que el pacto se formalice por escrito); en todo lo no previsto normativamente, se habrá de estar a la voluntad de las partes, sin que sea necesario reiterar esta afirmación por haber sido expresada previa y claramente en el apartado que recoge las fuentes de regulación de esta especial relación.

Así pues, entendemos que salvo el máximo legal de carácter indisponible para las partes en los contratos que no tienen una duración determinada, así como en lo relativo a la equiparación de derechos con el resto de la plantilla, todos los demás aspectos pueden ser convenidos por el empresario y por el trabajador, siempre y cuando no se atente a la propia finalidad y virtualidad del instituto del período de prueba.

Esa trasgresión de la concepción jurídica natural del período de prueba se produciría, a nuestro juicio, si se exigieran condiciones adicionales a la facultad de desistimiento natural que se ostenta vigente aquel lapso o se introdujeran elementos que consigan pervertir el destino al que la institución ha sido llamada.

De cualquier forma, y con relación a la facultad de desistimiento libre que entraña la prueba, nótese cómo la relevancia de esta no adquiere las cotas de importancia con que sí se concibe para las relaciones laborales ordinarias. Para alcanzar tal conclusión basta con acudir a la sección normativa que se encarga de abordar el tratamiento de la extinción de este singular contrato y que descansa en la reiterada importancia con que se concibe –desde el inicio, ex art.2 del Real Decreto- el principio de confianza.

Concretamente, el art.11.1 de la norma especial señala la posibilidad de poner fin a la relación laboral por “desistimiento del empresario”, aun cuando este se ha de rodear de una serie de requisitos formales a fin de cumplir con las exigencias reglamentarias, relativos a la necesidad de su expresión escrita y respeto a preaviso.

El desistimiento del que nos habla el último precepto en nada difiere –en cuanto a su comprensión se refiere- de la forma de extinción que en capítulos anteriores se ha examinado. Esto es, no se trata de una modalidad de terminación contractual causal que

descanse en un previo incumplimiento del trabajador¹⁰⁶⁵, aun cuando los efectos que genera el desistimiento formulado por el empresario una vez se ha superado el período de prueba sí son diferentes, por cuanto generan para la persona del trabajador derecho a la indemnización.

Es decir, la facultad de desistimiento que define a la institución probatoria en esta singular relación no alcanza la dimensión e importancia que sí posee con respecto al contrato de trabajo ordinario, por cuanto la facultad unilateral extintiva acausal del empresario se mantiene vigente durante toda la vida contractual sin ceñirse –como sí ocurría con el resto de relaciones laborales ordinarias-, por tanto, a un momento temporal concreto.

19.2.- El período de prueba en la relación especial con deportistas profesionales.-

La progresiva ampliación del ámbito subjetivo de las relaciones laborales ha supuesto que también el colectivo de deportistas profesionales sea considerado como trabajador en el sentido técnico-jurídico del término¹⁰⁶⁶. No obstante, no se puede escapar al dato incontestable de la singularidad de la prestación de servicios que se contrata; es precisamente esta circunstancia la que es valorada por el legislador para considerar que estamos frente a otra relación laboral especial (art.2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores) que merece una regulación propia (contenida, actualmente, en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio).

La normativa reglamentaria que viene a sustituir al Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero, parte del principio general de la prioridad aplicativa de las previsiones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores “salvando sólo las especialidades que vienen exigidas por la peculiar naturaleza del trabajo deportivo.”¹⁰⁶⁷ La consecuencia de tal premisa es que la norma laboral común se erige en derecho supletorio, lo que a la postre supone –DURÁN LÓPEZ- que estemos frente a una relación laboral que está sometida a la normativa del Estatuto de los Trabajadores, cediendo la aplicación de este tan solo en las hipótesis reguladas expresamente por el Real Decreto 1006/1985.

¹⁰⁶⁵ STS de 6 de febrero de 1990 (RJ 1990/827): “contempla una causa de extinción que deriva de la recíproca confianza, que, según se reconoce en el artículo 2 del Real Decreto, constituye la característica esencial de esta relación, confianza que puede desaparecer abstracción hecha de un comportamiento del personal de alta dirección que suponga un incumplimiento de sus obligaciones, “

¹⁰⁶⁶ El precedente normativo se encuentra en la Ley de Relaciones Laborales, Ley 16/1976, de 8 de abril acogiendo el sentir de los tribunales laborales.

¹⁰⁶⁷ DURÁN LÓPEZ, F.: “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1985, Tomo 2, La Ley, [en línea]. Disponible en LA LEY 1000/2001.

El segundo sostén del Real Decreto viene constituido por la relevancia que se le concede a la negociación colectiva a fin de regular los aspectos particulares de esta singular relación de trabajo, caracterizada por entablarse “entre quienes se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o de cualquier otra entidad deportiva, a cambio de una retribución”¹⁰⁶⁸.

Interesa destacar, a los efectos de este estudio, que a diferencia de lo que ocurriría con la relación laboral especial de alta dirección, “El RD 1006/1985 no faculta al club o entidad deportiva para que extinga ad nutum el contrato de trabajo deportivo, ya que para ello necesita alguna de las causas que la citada norma reguladora de la relación laboral deportiva establece”¹⁰⁶⁹. Al trabajador, sin embargo, sí se le reconoce el derecho de dimisión (art.16.1 RD 1006/1985)¹⁰⁷⁰.

Esto es, con sus especialidades en absoluto despreciables, el régimen de extinción parte de las mismas consideraciones que sirven de pilares para explicar la finalización de la relación laboral común, a saber: extinciones empresariales causales que contrarrestan con la capacidad de dimisión ad nutum que ostenta el trabajador.

Siendo las mismas premisas las que sirven de sustento para la extinción contractual, lógico es pensar que el período de prueba que se pudiera acordar en este tipo de relaciones entabladas con los deportistas profesionales es similar al de los contratos de trabajo comunes. Y precisamente esa es la conclusión que alcanzamos cuando nos detenemos ante el art.5 del Real Decreto 1006/1985:

“Artículo 5. Período de prueba.-

Podrá concertarse por escrito un período de prueba, cuya duración no podrá exceder de tres meses y que se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.”

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*. DURÁN LÓPEZ aporta esta definición más precisa que la contenida en el art.1.2 del RD 1006/1985 que pone el acento en el ámbito subjetivo.

¹⁰⁶⁹ GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M.: "El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo", *La Ley*, Madrid, Febrero 2008. [En línea]. Disponible en *La Ley digital* 2108/2010.

¹⁰⁷⁰ El precepto no señala como obligación el preaviso de la decisión dimisoria, sin perjuicio de los posibles efectos pecuniarios que la conducta intempestiva podría acarrear al trabajador. De igual forma, el artículo señala los presupuestos a contemplar por la jurisdicción laboral a fin de determinar la indemnización a la que puede resultar acreedora la empresa –siguiendo en este punto a RODRÍGUEZ SANTOS, E. “La dimisión de los deportistas profesionales”, *Actualidad Laboral*, Nº 1, *La Ley*, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15, Enero 2007, Tomo 1. [En línea]. Disponible en *La Ley digital* 4328/2006- .

El período de prueba lejos de ser una imposición legal, continúa fiel a su espíritu y se concibe como una opción que descansa en la voluntad de los contratantes. Para los supuestos en los que se convenga, preceptivamente ha de adoptarse la forma escrita so pena de no tener por puesta tal previsión. Hasta aquí nada diferente de la norma contemplada en el art.14 del Estatuto. La única particularidad estriba en el establecimiento del tope máximo que, para estas específicas relaciones laborales, no podrá superior a tres meses.

La razón que avala el establecimiento de un plazo máximo inferior al de la normativa común radica en la propia idiosincrasia de los servicios prestados. Doctrinalmente se ha destacado cómo la relación laboral que se entabla con estos profesionales del deporte es de corta vida, siendo de otro lado relativamente sencillo comprobar la habilidad, competencia y estado físico del jugador, a través ya no solo del período probatorio sino de sus comportamientos precedentes para otros empresarios y gracias a los reconocimientos médicos que se realizan con anterioridad a la contratación de sus servicios.

La argumentación precedente ha sido empleada para abogar a favor de la supresión de la cláusula de prueba a fin de que en la práctica no se cometan abusos, como consecuencia fundamentalmente de la utilización del período probatorio a modo de vía de escape del empresario para extinguir unilateralmente la relación¹⁰⁷¹.

Discrepamos de este criterio que, a nuestro juicio, parte de una visión reducida de la institución de la prueba. Como ya sosteníamos desde el inicio, el período probatorio se concibe no solo como la oportunidad de examen de cualidades profesionales o técnicas sino también actitudinales. En coherencia con esta idea, la prueba aquí tendría la virtualidad de poner de manifiesto si el trabajador es capaz con éxito de formar parte del equipo u organización empresarial, sea cual fuere esta.

En definitiva, estamos convencidos de la idea expuesta por DE VAL¹⁰⁷² acerca de que: "no obstante, dada la naturaleza de la prestación, es real la necesidad de comprobar durante un lapso de

¹⁰⁷¹ RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*. 2005. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, págs.. 176-178.

¹⁰⁷² DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.109. Cita este autor en su nota 246, DURÁN LÓPEZ, F.: "La relación laboral especial de los deportistas profesionales", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1985 , pág. 55 y ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 137. Una posición abiertamente contraria en CARDENAL CARRO, M. *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996, págs. 268-270, al constatar que el período de prueba altera el equilibrio de intereses; por su parte, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.Mª.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 58, entendiendo que en la mayor parte de estas relaciones especiales el período de prueba no es eficaz.

tiempo adecuado las aptitudes del deportista, por lo que no carece de sentido la inclusión de una fase de prueba”.

No obstante sí existe una diferencia crucial con respecto a la regulación que nos dispensa nuestro Derecho laboral común. El plazo de prueba legal se ha convertido, para las relaciones en las que se contrate a un deportista profesional, en un máximo de derecho necesario, lo que supone que no pueda ser modificado al alza ni siquiera a través de la vía de la negociación colectiva. Esta aseveración indudablemente supone una diferencia en absoluto desdeñable con respecto a lo que ocurre con la configuración legal del período de prueba común.

La conclusión precedente no le resta importancia al papel que juega la negociación colectiva, siendo especialmente útil acudir a los convenios colectivos de aplicación¹⁰⁷³, pues suelen contener previsiones en torno a la duración de la prueba ya sea para rebajarla (así el convenio colectivo de fútbol profesional¹⁰⁷⁴ o el de jugadores de baloncesto¹⁰⁷⁵) para reiterar las previsiones normativas¹⁰⁷⁶ e incluso para suprimir la posibilidad de que las contratantes estén sometidas a aquella¹⁰⁷⁷.

Se cierra el precepto con una remisión a lo dispuesto en la normativa del Estatuto de los Trabajadores que servirá para completar el régimen jurídico de este instituto que específicamente se aplica a las relaciones entabladas con deportistas profesionales.

¹⁰⁷³ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., expresa la “imposibilidad de que el convenio colectivo pueda modificarlo” basándose en el referido art.5 de la norma específica. Mostramos nuestra disconformidad, por cuanto no existe óbice para que la norma colectiva “modifique” a fin de disminuir o suprimir el período de prueba, toda vez que introduciría una ventaja en la posición del trabajador.

¹⁰⁷⁴ Convenio Colectivo de Fútbol Profesional. (BOE de 9 de octubre de 2014) Código: 99002305011989, BOE 245/2014, de 9 de octubre de 2014.

Art.13:”1. Únicamente podrá establecerse por escrito un período de prueba en aquellos contratos de trabajo celebrados una vez iniciada la competición oficial.

2. Dicho período de prueba no podrá tener una duración superior a quince días, y quedará extinguido automáticamente si el Club/SAD tramita durante el mismo la licencia federativa del jugador.”

¹⁰⁷⁵ Convenio Colectivo actividad de Baloncesto Profesional Liga Femenina art.16 DGTr Resol 21-12-07, (BOE 15-1-08). que no puede exceder de 2 meses, siendo éste nulo si la jugadora ya hubiese prestado servicios en el club bajo cualquier modalidad de contratación. Las situaciones de IT, maternidad, adopción o acogimiento que afecten a la jugadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.

¹⁰⁷⁶ Para el balonmano, el periodo de prueba ha de establecerse por escrito, y, en ningún caso, puede superar los tres meses a computar desde la incorporación efectiva a los entrenamientos (CCol Balonmano Profesional art.16, DGTr Resol 14-12-10, BOE 27-12-10).

¹⁰⁷⁷ El convenio de los ciclistas profesionales recoge que no puede establecerse período de prueba alguno (CCol para la actividad del Ciclismo Profesional art.11, DGTr Resol 17-3-10, BOE 1-4-10).

19.3.- El período de prueba en la relación laboral especial con abogados.-

La triple vinculación que se puede mantener con estos profesionales de la abogacía nos hace referirnos al período de prueba desde tres puntos de vista posible.

Así, cuando el abogado se ha comprometido a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de un empleador distinto a un despacho de abogados, estaremos en presencia de una relación laboral común y, por ende, se someterá plenamente a los dictados del Estatuto. La consecuencia de relevancia en la materia que hoy tratamos es que se le aplicarán todas las reflexiones vertidas sobre el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores.

Por el contrario, cuando el abogado es titular de su propia organización profesional, la naturaleza de la relación cambia a tenor de la propia definición que nos ofrece el art.1 del Estatuto y ya no estaríamos frente a una relación laboral, sino ante un profesional independiente (autónomo) por lo que huelga toda referencia al período de prueba que presupone la preexistencia de dos partes contractuales con intereses contrapuestos.

La tercera posibilidad es que el letrado lleve a cabo su prestación laboral para un despacho de abogados (sin que él ostente la cualidad de socio). En esta hipótesis nos hallamos ante una relación laboral especial que se vinculará a los dictados de su normativa propia contenida en el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre. Este tipo de lazo jurídico es el que ahora atrapa nuestra atención.

Desgranando los motivos que han llevado al legislador a inclinarse por la calificación de especial del vínculo, se ha entendido de relevancia los datos constatables de " mayor grado de autonomía; independencia técnica y flexibilidad en la organización y dirección de su trabajo; limitación de las facultades de dirección y control del trabajo; mayores exigencias en la ejecución de la actividad laboral y en el cumplimiento de los deberes de diligencia y confidencialidad y de los plazos procesales, respeto más estricto de los principios de buena fe y recíproca confianza, mayores incompatibilidades y prohibiciones en el ejercicio de actividad profesional externa; y el sometimiento estricto a las normas y usos de la

deontología profesional de la abogacía , a las normas colegiales, y al régimen disciplinario colegial.”¹⁰⁷⁸

En virtud de su normativa específica¹⁰⁷⁹ observamos cómo el régimen jurídico de estas relaciones laborales especiales se someterá a las prescripciones legales propias (sin perjuicio de las abundantes remisiones expresas al Estatuto de los Trabajadores), a los convenios colectivos específicos del sector de despacho de abogados, a la voluntad de las contratantes –que habrán de ser fieles a las anteriores previsiones- y, por último, a lo que dicten las costumbres y usos profesionales. En todo lo no previsto, el Estatuto de los Trabajadores se comportará como norma supletoria.

Dada la íntima conexión del período de prueba con las fórmulas genéricas de extinción, necesario es reflejar que estas “suponen escasas especialidades respecto al régimen extintivo general del Estatuto de los Trabajadores incluido el despido causal, con causas e indemnizaciones tasadas”¹⁰⁸⁰. En lo que hace al derecho de dimisión del trabajador, el preaviso queda modulado a fin de evitar irrogar perjuicios no solo ya a la persona del empresario sino también a la del cliente¹⁰⁸¹.

Con relación al período de prueba de estos abogados sometidos a una relación laboral especial, la referencia legal es escueta:

Artículo 8.2 Real Decreto 1331/2006: “Los contratos que concierten los abogados y los despachos podrán someterse a un periodo de prueba que en todo caso deberá constar por escrito.

¹⁰⁷⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La Relación Laboral Especial de los Abogados que prestan Servicios en Despachos”, Relaciones Laborales, Nº 1, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Ene. 2007, Año XXIII, Tomo 1, pág. 3.

¹⁰⁷⁹ Este tipo de relación laboral especial no está contemplada expresamente en el art.2, siendo un ejemplo de las posibilidades que tienen cabida en la fórmula final del precepto: “i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.” A diferencia de las relaciones anteriores, no se cuenta con precedentes históricos normativos”.

¹⁰⁸⁰ RODRÍGUEZ –PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La Relación Laboral Especial de los Abogados que prestan Servicios en Despachos”, op.cit.

¹⁰⁸¹ Art.22:” Asimismo, el abogado podrá extinguir el contrato de trabajo preavisando con una antelación suficiente para que el titular del despacho pueda adoptar las medidas que resulten necesarias para evitar perjuicios a los intereses de los clientes y a los del despacho.

La duración del preaviso se podrá acordar en convenio colectivo o, en su caso, en el contrato de trabajo, no pudiendo ser inferior a 45 días ni superior a tres meses.

2. En todo caso, el abogado que ejercite las acciones resolutoria y de desistimiento a que se refiere el apartado anterior deberá informar al titular del despacho sobre la situación en que se encuentran los asuntos que tuviera encomendados y poner a disposición del mismo la documentación correspondiente con el fin de que pueda encauzar los asuntos y dar continuidad al asesoramiento y defensa de los clientes por parte del despacho.

3. El titular del despacho podrá exigir al abogado el resarcimiento de daños y perjuicios en el caso de que éste no respete el plazo de preaviso o no cumpla con la obligación de informar de los asuntos que tenga encomendados, si de ello se derivan perjuicios para el despacho.”

En defecto de pacto en convenio colectivo, el periodo de prueba no podrá exceder de seis meses en el caso de contratos de carácter indefinido y de dos meses en el caso de contratos de duración determinada, si su duración es superior a dicho periodo de tiempo. “

El período de prueba se concibe de nuevo como una cláusula potestativa que, no obstante, ha de ser expresada formalmente por las partes a fin de que despliegue los efectos que le son propios. Siguiendo con la estela del Estatuto de los Trabajadores, los máximos que refleja esta normativa especial lo son de derecho disponible, siendo el instrumento que naturalmente va a regular la concreción temporal de la prueba el convenio colectivo específico del sector al que va destinado¹⁰⁸².

Se observa cómo se ha adoptado un doble criterio temporal a la hora de señalar el máximo de duración legal. Esta dependerá ya no de la titulación -por cuanto se entiende que es la misma para todos los trabajadores contratados bajo esta modalidad- ni tampoco de la función comprometida (pues también el cometido será similar en cuanto a responsabilidades y exigencias) sino en función de la duración total del contrato concertado¹⁰⁸³.

Un último apunte con relación a este colectivo y al escueto período de prueba contemplado legalmente. La comprensión íntegra de la figura en la práctica laboral nos remitirá nuevamente a la norma general del artículo 14 del Estatuto. Ello es así por cuanto escasos son los instrumentos colectivos que regulan específicamente el sector de la abogacía (solamente si gozan de esta especialidad en cuanto al ámbito subjetivo se refiere, habrán de entenderse aplicables las estipulaciones probatorias), sin que existan de otro lado -dada la exigua tradición jurídica de esta relación especial- normas consuetudinarias que completen su entendimiento.

¹⁰⁸² El Convenio Colectivo del sector de despachos de abogados, procuradores y graduados sociales de Cantabria (Resolución de 13 de febrero de 2013) señala en el art.16 una duración del período de prueba para los técnicos titulados (en la práctica todos los abogados) de seis meses sin hacer distinciones en función de la duración de la relación laboral.

Por su parte, el Convenio Colectivo del sector despachos de abogados de las Islas Baleares (Resolución de 23 de abril de 2007) establece en el art.14 la misma duración de seis meses, precisando que la situación de maternidad o incapacidad temporal interrumpirá la duración de la prueba, salvo pacto escrito en contrario.

¹⁰⁸³ Como curiosidad, señalar que en un principio se estableció una tercera duración del período de prueba en atención a la dimensión del despacho para el que se prestaban los servicios (hasta doce meses), aun cuando en la redacción definitiva del Real Decreto se obvió esta previsión. PURCALLA BONILLA, M.: “Abogados, relación laboral especial prestación de servicios profesionales”, Diario La Ley, Nº 6588, Sección Doctrina, 10 de Noviembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-240, [en línea]. Disponible en La Ley digital 3682/2006.

19.4.-El período de prueba en la relación especial del servicio del hogar familiar.-

Tradicionalmente, y a pesar de ser claro que en este tipo de relación concurrían las notas que definen a la prestación de servicios como laboral, se optó por excluir a este tipo de vínculo del radio de acción de la normativa laboral, prefiriendo que fuera el Derecho civil el que se encargara de su tratamiento a través de la figura del arrendamiento de servicios.

Por fin, a través del Estatuto de los Trabajadores de 1980, se considerará que estamos frente a una relación laboral, aun cuando de carácter especial, profundizándose en este tratamiento a través del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto "configurando un régimen jurídico que vincula al titular del hogar familiar con el empleado doméstico bajo cánones de voluntariedad, ajeneidad (sic) y dependencia, en el desempeño de una actividad laboral a realizar por este último, orientada al cuidado del hogar familiar y de los miembros que lo integran"¹⁰⁸⁴.

En la actualidad, el art.2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores incide en esa calificación como relación laboral especial, siendo el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, el que regula el tratamiento de esta. En todo lo no previsto expresamente por la normativa propia, se aplicará supletoriamente el Estatuto de los Trabajadores siempre bajo la idea de respeto a las particulares notas que rodean a esta prestación de servicios, los convenios colectivos, la voluntad de las partes y, por último, en atención a lo que señalen los usos y costumbres locales y profesionales.

El fundamento que sirve de justificación para considerar que estamos frente a una relación laboral especial es el mismo que ya se señalaba para los contratos celebrados con altos directivos: la especial confianza que ha de concurrir en este tipo de vínculos, dado los particulares cometidos encargados. Teniendo presente esta idea, el art.10.3 del Real Decreto 1620/2011 eleva a la consideración de causa extintiva la manifestación de desistimiento del empleador¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁴ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: "El desistimiento del empleador en la relación laboral especial de empleados de hogar (Comentario a la STS de 5 de junio de 2002)". Relaciones Laborales, nº 6, Sección Comentarios de jurisprudencia. Quincena del 23 marzo al 8 abril 2003. Año XIX, Tomo 1. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 4253/2002.

¹⁰⁸⁵ Con la mente fijada en los intereses del trabajador, se señala la obligación de expresar la voluntad de desistimiento por escrito expresando que es esta la razón por la que se procede a la extinción del vínculo, respetando el plazo de preaviso que se señala en función de la duración de la relación laboral y poniendo a disposición del empleado la indemnización de doce días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

En lo atinente a la prueba, el titular del hogar familiar (empresario) podrá acordar con su trabajador (persona que realiza la prestación de servicios en la residencia del empleador) un período de prueba sometido a los presupuestos contenidos en el art. 6.2 de su normativa propia:

“Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba en los términos del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores. Durante dicho periodo, que no podrá exceder de dos meses, salvo lo previsto en convenio colectivo, el empleador y el empleado de hogar estarán obligados a cumplir con sus respectivas prestaciones, si bien podrá producirse la resolución de la relación laboral por cualquiera de las partes, con el periodo de preaviso ajustado a lo que se pacte, sin exceder, en ningún caso, de siete días naturales.”

De la lectura del precepto se infiere que el carácter de máximo previsto para el período de prueba de este colectivo (dos meses) es susceptible de ser modificado –al alza o disminuyéndolo- a través del convenio colectivo propio. A pesar de que aparece una remisión expresa al contenido de la prueba establecido para el resto de las relaciones laborales ordinarias, se reitera que la fijación de la prueba queda sometida al arbitrio de las contratantes pero si este fuera su deseo, ineludiblemente se hará constar por escrito, señalándose la necesidad de cumplimiento de lo que en el orden de las relaciones laborales no especiales fijábamos como la “obligación del experimento”.

Al observar la redacción del precepto, lo primero que despierta nuestra atención es la modificación tan importante que ha sufrido este con relación a su precedente contenido en el art.4.3 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto¹⁰⁸⁶. Así, anteriormente, el período de prueba se presumía existente durante quince días de trabajo efectivo por la sola circunstancia de formalizar una relación laboral de esta índole; en la actualidad, tal y como hemos indicado, no cabe la presunción siendo necesario para su constitución que quede expresamente reflejado en un instrumento al efecto.

De la normativa precedente¹⁰⁸⁷, no obstante, podíamos inferir la importancia de establecer un período de prueba cuando la relación laboral –como ocurre con el caso presente- se sustenta especialmente en la confianza¹⁰⁸⁸. En la actualidad, la relevancia de la

¹⁰⁸⁶ “3. La relación se presumirá celebrada a prueba durante quince días, computándose a estos efectos aquellos días en que se da prestación de servicios efectiva.”

¹⁰⁸⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Período de prueba*, op.cit., pág. 68, se podían fijar contractualmente – con la anterior normativa- duraciones inferiores o superiores a las establecidas en el precepto, e incluso la renuncia a someter la relación laboral a prueba.

¹⁰⁸⁸ *Ibídem*, pág. 66, ponía de manifiesto la flexibilidad con la que era entendido el período de prueba conforme al primitivo Real Decreto, todo ello en base a la especial confianza que supone esta relación

prueba no es menor, pero para dotar de mayores garantías a la posición más débil que asume el empleado se exige la forma escrita. De cualquier manera, se observa cómo la necesidad de la prueba adquirirá mayor intensidad en aquellos supuestos –como ocurría con el personal de alta dirección o con el presente de empleados del hogar- en los que el componente personal no se puede desligar del profesional, pues ambos son relevantes a los fines laborales convenidos.

Otro aspecto a destacar con relación a la anterior redacción legal es el relativo a la duración máxima, pasando a ser dos meses (frente al anterior de quince días). Dicha ampliación, que a primera vista pudiera causar extrañeza, resulta coherente con la nueva concepción jurídica contractual y, específicamente con “ la más que probable duración indefinida de los nuevos contratos, una vez desaparecida la presunción de temporalidad anual sin causa.”¹⁰⁸⁹.

El artículo estudiado prevé la posibilidad de pactar un preaviso con antelación a que la decisión unilateral extintiva se haga efectiva. La única limitación (de derecho necesario) es que no supere los siete días naturales. No obstante, esta comunicación previa de la decisión extintiva no se impone en todo caso, sino que depende de la voluntad de las contratantes.

19.5.- El período de prueba en la relación especial de trabajadores minusválidos.-

Aludimos en este apartado al vínculo laboral existente entre una persona que sufre una discapacidad y un centro especial de empleo. La especialidad, por tanto, reside en el ámbito subjetivo y también en la finalidad a la que se va a tender en esos singulares supuestos y que no es otra más que la integración en el mercado laboral de las personas que sufren una discapacidad.

Así pues, dejaremos al margen de este estudio la posible relación entablada entre la persona discapacitada y una empresa que no tenga la cualidad de centro especial de empleo.

laboral. DURÁN LÓPEZ, F.: “El período de prueba”, op.cit., pág.97 también fijaba la atención en la confianza como sustento del vínculo.

¹⁰⁸⁹ LLANO SÁNCHEZ, M.: “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”. Actualidad Laboral, Nº 6, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 marzo 2012, Tomo 1. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 2624/2012.

La consideración de especial de este tipo de relación se encuentra reflejada en el art.2.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, apareciendo por vez primera en nuestro escenario laboral de la mano del art.3.c) de la Ley de Relaciones Laborales, aun cuando desapareciera su mención expresa en el Estatuto de los Trabajadores de 1980. En la actualidad es la norma contenida en el Real Decreto 1368/1995, de 17 de julio, la que contempla el singular régimen al que quedará sometido este colectivo de prestadores de servicio, partiendo de la necesidad de garantizar que el trabajo desempeñado por el empleado sea productivo, remunerado y adecuado a las características propias de este.

Esta inquietud se hace patente al recoger las competencias de un órgano ad hoc: los Equipos Multiprofesionales (hoy Equipos de Valoración de Incapacidades) dotando a estos de competencias en orden a asegurar que efectivamente la adaptación del trabajador es real y ajustada a sus capacidades personales y profesionales, llegando a atribuírsele competencias informadoras ante el ejercicio del ius variandi empresarial cuando, como consecuencia del mismo, se alteren condiciones laborales del trabajador discapacitado.

Presente hemos de tener la finalidad a la que vienen llamados los Centros Especiales de Empleo, no siendo otra más que la de procurar un puesto de trabajo adecuado a las capacidades del empleado; de ahí que el texto normativo adopte una serie de prevenciones, que se conciben a modo de garantías, para que la situación deseada de adaptación se produzca en la práctica y, dar de otro lado, cumplimiento al mandato contenido en el art.25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre).

Precisamente para asegurar la adaptación del trabajador al puesto que va a ocupar, se ha previsto la posibilidad de concertar un lapso "que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba" al que la norma denomina "período de adaptación"¹⁰⁹⁰ con el objeto de "facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido... o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo".

¹⁰⁹⁰ Art.10.2 R. D. 1368/1995, de 17 de julio: " Con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo, podrá establecerse en el contrato un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos, no pudiendo exceder en ningún caso de seis meses.

La necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el equipo multiprofesional."

Para que las partes queden vinculadas al literalmente denominado período de adaptación, no es suficiente con la manifestación expresa de ellas en este sentido, sino que además se requiere que exista un informe emitido por el equipo multiprofesional¹⁰⁹¹ en el que se señale la necesidad de su establecimiento y las condiciones bajo las cuales se desarrollará.

La doble finalidad –adaptación laboral y posible formación¹⁰⁹²– a la que va destinado este espacio temporal inicial de la relación laboral, ha provocado que doctrinal y jurisprudencialmente se hayan planteado cuestiones relativas a la naturaleza jurídica del mismo y a su posible identificación con el llamémosle genuino período de prueba.

Las consecuencias de adoptar una u otra visión tienen un reflejo práctico. Si sostenemos que el período de adaptación hace referencia a otra realidad jurídica diferente a la prueba, podría no existir obstáculo alguno para admitir que las partes libremente elijan entre suscribir el período de prueba regulado en el artículo 14 del Estatuto o acordar este especial período de adaptación.

Seguimos en el terreno teórico. Si las partes optaran por someter su relación a prueba (ex artículo 14 del Estatuto), lógicamente, no se haría preciso informe alguno del Equipo de Valoración de Incapacidades. Esta circunstancia tiene efectos no solo a la hora de la válida concertación de la prueba, sino también en el momento en que se decida ejercer el desistimiento, pues este –como ya hemos visto– no está condicionado (a salvo de lo que al efecto pudieran convenir las partes) a cumplimiento de requisito alguno.

Por el contrario, si se acude al período de adaptación ya hemos visto que sería preciso no solo su concertación formal sino dar entrada al Equipo de Valoración para que precise la conveniencia de su concierto y en qué consistirá este, lo que ulteriormente determinará también su duración, que podría ser superior a la que se señalara para un contrato laboral ordinario.

La admisión de esta tesis que defiende la libertad de las contratantes a la hora de elegir entre la norma especial o la común,

¹⁰⁹¹ Configurando la intervención del Equipo como requisito sine qua non para la ampliación de este período de prueba: STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2078) y 24 de enero de 2002 (RJ 2002/5302).

Preceptivamente ha de ser este organismo –Equipo de Valoración de Incapacidades– no siendo susceptible que los extremos comentados sean acordados por técnicos diferentes (STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2006, AS 2007/1326).

¹⁰⁹² No existe, BALLESTER PASTOR, M.A.: *Período de prueba*, op.cit., pág. 73, “derecho alguno del trabajador a recibir una particular formación que facilite su adaptación”, se concibe tan solo como una opción o posibilidad sometida a la voluntad de las partes.

se fundamenta, como ya habíamos anticipado, en las diferentes finalidades¹⁰⁹³ a la que atienden los dos institutos, pues mientras que en el período de prueba ordinario se trata de conocer la realidad laboral en la que se desarrollarán los servicios prestados, en el período de adaptación se tenderá también a adaptar los medios laborales con los que la empresa cuenta para el trabajador seleccionado. Se niega, en cualquier caso, la mezcla entre una y otra figura¹⁰⁹⁴.

Escasos son, no obstante, los pronunciamientos judiciales que hemos tenido la oportunidad de hallar que niegan la posible aplicación de los mandatos contenidos en el art.14 del Estatuto, estableciendo que solamente se podría fijar un período de adaptación cuando se contraten este tipo de relaciones laborales especiales¹⁰⁹⁵.

Avala también la idea de que es posible pactar un período de prueba genérico, la circunstancia de que la normativa especial tan solo recoge las peculiaridades aplicables al colectivo destinatario de la norma, rigiéndose el resto de circunstancias laborales por la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores.

La trascendencia de la admisión o no de la libertad de las contratantes para elegir entre uno y otro período también tendrá relevancia en los supuestos en los que, a pesar de haberse convenido expresamente un período de adaptación, las partes hubieran omitido alguno de sus requisitos constitutivos (así, la intervención del Equipo de Valoración de Incapacidades) por cuanto surge el problema acerca de qué ocurriría con esta cláusula y concretamente si

¹⁰⁹³ STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2078); STSJ de País Vasco 5 de mayo de 2009 (JUR 2009/372197): afirma la posibilidad de suscribir un período de prueba con minusválido sujeto a las prescripciones del art.14 ET y no acogiendo a lo establecido en el art.10 de la normativa específica, haciéndose innecesario el informe del equipo y siempre que no sobrepase la duración reseñada en la normativa común (en este sentido se apoya en STS de 24 de diciembre de 2001, 24 de enero de 2002); STSJ Castilla- La Mancha (sentencia de 2 de octubre de 2.002, recurso 594/02), de la Comunidad Valenciana (sentencias de 6 de febrero de 2.002 y 8 de junio de 2.000, recursos 3.104/01 y 597/00) o Cataluña (sentencias de 19 de marzo de 2.001 y 24 de febrero de 2.000, recursos 8.990/00 y 7.608/99 implícitamente, también se asume en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 2.007, recurso 391/07, de Baleares, de 21 de diciembre de 2.007, recurso 635/07 y Aragón, de 4 de enero de 2.006, recurso 1.032/05. La Sentencia comentada alude a parte de la doctrina que se inclinan a favor de esta interpretación, citando concretamente a Esteban Legarreta, García-Perrote Escartín); STSJ Aragón de 24 de julio de 2001 (AS 2001/2666): sostiene que la naturaleza jurídica es distinta en uno y otro caso, al ser diferentes las finalidades a perseguir.

¹⁰⁹⁴ STS de 24 de enero de 2002 (RJ 2002/5302).

¹⁰⁹⁵ STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2006 AS 2007\1326): entiende no aplicable la normativa laboral común, de conformidad con lo señalado por el art.2 del ET; STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 1997 (AS 1997/1128): no se aplica en estas situaciones laborales ni el convenio ni el Estatuto. Sí la norma específica que es el Real Decreto; STSJ Cataluña de 26 de julio de 1994 (AS 1994/3079): no entra en juego la normativa contenida en el Estatuto más que en lo que se refiere a los derechos y deberes básicos y en todo lo no previsto por la norma específica. El período de adaptación cumple con la misma finalidad que el período de prueba.

automáticamente estaríamos -en los supuestos de invalidez de la adaptación- ante el genuino período de prueba.

De esta forma ante la omisión de los requisitos señalados particularmente para el período de adaptación, la previsión contractual a este se debe reconducir al régimen ordinario destinado para el período de prueba¹⁰⁹⁶, lo que también tiene incidencias desde el prisma de su duración.

El período de adaptación señalado para este tipo de relaciones especiales también se ve alterado con relación al régimen ordinario, por cuanto tiene una duración máxima –a salvo de lo dispuesto por convenio- de seis meses. Se puede observar cómo es superior a la que con carácter general se establece para el período de prueba. Si bien en un principio nos pudiera provocar cierta extrañeza, la elección temporal no es arbitraria, sino que responde a la necesidad de pergeñar herramientas útiles a fin de asegurar la incorporación laboral de este colectivo que tiene mayores dificultades de acceso al mundo del trabajo¹⁰⁹⁷.

Pero la sujeción al límite temporal antes referido sí está ineludiblemente condicionada¹⁰⁹⁸ a la autorización del equipo multiprofesional¹⁰⁹⁹, de tal forma que si no consta aquella la cláusula que lo fijaba será declarada nula¹¹⁰⁰. Esto es, si lo que se pretende es fijar un lapso mayor de prueba para un trabajador minusválido, ineludiblemente ha de reflejarse el informe del equipo en ese sentido, pues no existe razón alguna que avale el establecimiento de

¹⁰⁹⁶ STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2078); STSJ C. Valenciana de 26 de enero de 2001 (AS 2001/1686) aplicándose el período de prueba que genéricamente se contemplaba por el convenio de aplicación, pues la cláusula infringía normas de derecho necesario colocando al trabajador en una situación inferior respecto de aquel que no se ve afectado por ningún tipo de minusvalía; STSJ C. Valenciana de 23 de noviembre de 2000 (AS 2001/1010).

¹⁰⁹⁷ IGARTUA MIRÓ, M.^a T.: Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial, Laborum, Murcia, 2003, pág. 135. Es el mismo objetivo que el que se persigue estableciendo bonificaciones en materia de Seguridad Social por la contratación de personas discapacitadas. En el mismo sentido, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “La aplicación o no del período de prueba estatutario en las relaciones laborales especiales de los trabajadores minusválidos (Comentario a la STS de 24 de diciembre de 2001)”. Relaciones Laborales, N° 17, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 8 al 23 septiembre 2002, Año XVIII, Tomo 2. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 2373/2002.

¹⁰⁹⁸ “Condictio iuris”: STSJ Andalucía de 4 de abril de 2001 (AS 2001/2929).

¹⁰⁹⁹ STSJ Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2003 (AS 2003/1724); STSJ Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2002 (AS 2003/1531): “al menos cuando...excede del que autoriza el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores” (idéntica expresión la encontramos en Sentencia del TSJ Andalucía de 4 de noviembre de 2008, JUR 2009/146174).

¹¹⁰⁰ STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2006 (AS 2007/1326); STSJ C. La Mancha de 2 de octubre de 2002 (JUR 2003/58778); TSJ Asturias de 9 de marzo de 2001 (AS 2001/333) pues es una norma de derecho necesario, debiendo “completar el contrato con el precepto jurídico adecuado” que es el contenido en el art.14.1 ET. Aplicando el régimen general del art.14 del ET la STSJ C. Valenciana de 6 de febrero de 2002 (JUR 2002/131012) y del mismo Tribunal de 8 de junio de 2002 (AS 2000/4424).

“condiciones especiales que de imponerse pasarían así a convertirse en discriminatorias en razón de la minusvalía”¹¹⁰¹.

Aún hay más, la razón para dar entrada en este tipo de vínculos al equipo multiprofesional es que este ha de argumentar en pro de la necesidad de establecer el período de adaptación, para lo cual se ha de asegurar que se van a cumplir no solo la finalidad a la que va destinado el art.14 del Estatuto de los Trabajadores, sino que se procurará facilitar al trabajador su adaptación profesional o que se complementará su formación¹¹⁰².

De esta forma, para las relaciones laborales especiales entabladas con una persona discapacitada existe la posibilidad de fijar un período de adaptación que es similar al periodo de prueba ordinario, pero que se diferencia de este por cuanto habrá que adoptar especiales precauciones a fin de tutelar los intereses de estos empleados. Si bien es cierto que se incrementa en estos supuestos la duración de la prueba se hace siempre condicionado a que sea un “equipo multiprofesional” el que establezca la necesidad del aumento del período aludido y si se omite este requisito se declarará su nulidad, aun cuando esta consecuencia no sea solicitada por las partes¹¹⁰³. El efecto es la sustitución del período de adaptación por la cláusula probatoria “para no perjudicar el espíritu de la norma, cuyo objetivo es la integración laboral de los trabajadores minusválidos”¹¹⁰⁴.

Esta aseveración supondrá que en los supuestos en los que la extinción se lleve a cabo extemporáneamente, el cese será calificado como un acto de despido que será declarado como improcedente (salvo que se pruebe que la única razón para la finalización fue la condición de discapacitado, en cuyo caso la calificación sería la propia a la nulidad).

¹¹⁰¹ STSJ C. Valenciana de 22 de febrero de 2001 (AS 2001/3007); STSJ Cataluña de 24 de febrero de 2000 (AS 2000/1227).

¹¹⁰² STSJ Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 2006/566).

¹¹⁰³ Apreciable por el tribunal sin necesidad de previa alegación de parte en atención al principio iura novit curia: STSJ Castilla y León de 10 de enero de 2005 (AS 2005/68); STSJ Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2003 (AS 2003/1724) “*En este sentido esta Sala se ha pronunciado en asunto sustancialmente idéntico al presente en sus sentencias de 3 de julio núm 1219/02 (AS 2003, 783) y núm 1566/02 2 de octubre de 2002 y también otras Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia como Madrid sentencias de 21 de diciembre de 2000, Valencia 8 de junio de 2000, y 22 de febrero de 2001 (AS 2001, 3007) , Andalucía/Sevilla de 4 de abril de 2001 (AS 2001, 2929) y Aragón de 24 de julio de 2001 (AS 2001, 2666) . En el mismo sentido STSJ Castilla La Mancha de 3 de julio de 2002, AS 2003/783.*

¹¹⁰⁴ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “La aplicación o no del período de prueba estatutario en las relaciones laborales especiales de los trabajadores minusválidos (Comentario a la STS de 24 de diciembre de 2001)”, op.cit.

En lo que hace a la facultad de extinción unilateral, DE VAL¹¹⁰⁵ considera que al apostillar la norma reglamentaria que “tendrá el carácter de período de prueba” se está incorporando el régimen jurídico de este, pero, particularmente, la facultad de desistimiento empresarial que no podrá ser ejercida de modo que desvirtúe o imposibilite el cumplimiento de la finalidad básica de adaptación profesional del minusválido¹¹⁰⁶. Por lo demás, la superación del período de adaptación o de prueba convalida la ineptitud existente con anterioridad a su finalización, de manera que no podrá alegarse al objeto de extinguir el contrato por dicha causa (art.16.a) RD 1368/1985”).

No obstante, conviene estar atento a las extinciones producidas durante el período de adaptación para evitar cualquier utilización desviada del desistimiento empresarial. Precisamente esta razón ha llevado a algunos autores – GARRIDO PÉREZ¹¹⁰⁷- a indicar que hubiera sido conveniente que el legislador hubiera impuesto la obligación al empresario de destinar al trabajador a otra ocupación en las hipótesis en las cuales no se haya superado esta adaptación.

En otro orden de cosas, señalar que las fórmulas extintivas son reguladas por lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, introduciendo tan solo determinados matices con relación a los despidos objetivos, y en lo que nos afecta, señalando que el despido objetivo por ineptitud sobrevenida no podrá encontrar su justificación en la ineptitud que se mostrara durante el período de adaptación.

19.6.-El período de prueba en la relación laboral especial de los artistas.-

He aquí un ejemplo de relación laboral que justifica su singularidad en el entorno en que se lleva a cabo esta prestación de

¹¹⁰⁵ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 119.

¹¹⁰⁶ Ibídem: “En este sentido (nota número 274) CAMPS RUIZ, L.M: “La relación laboral especial de los trabajadores minusválidos con los Centros Especiales de Empleo” en BORRAJO DACRUZ, E (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, T.II, Vol.1º, Madrid, 1987, pág.295.

STSJ Andalucía de 13 de marzo de 2008 (JUR 2009/84412): para extinguir la relación no se necesita informe del Equipo, el cual –a decir por la Sentencia- tan solo es preciso para el reconocimiento del grado de minusvalía para poder ser contratado. Recuerda la acausalidad de la extinción. A nuestro juicio se olvida de que el informe también es necesario para establecer un período de prueba superior al que fija el Estatuto de los Trabajadores (aun cuando a lo mejor tal omisión tan solo se debió a que tal extremo no se planteó en la presente litis); comentando el apartado “tendrá el carácter de período de prueba” la STSJ de Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 2006/566) señala que lo que significa es la posibilidad que se le otorga a las partes durante su vigencia de desistirse ad nutum.

¹¹⁰⁷ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.cit., págs. 97-99.

servicios. VALDÉS DAL-RE¹¹⁰⁸ gráficamente señala cómo son las “características, aptitudes o habilidades de orden creativo” y el “marco igualmente singular” las que motivan la decisión del legislador -no solo español sino europeo- a dotarles de un régimen, de una normativa propia.

La tradición de su consideración como trabajadores en el sentido jurídico del término, se remonta a la Ley de 30 de enero de 1900, continuando en los Códigos de Trabajo posteriores, siendo la Ley de Relaciones Laborales el primer texto que consideró que estábamos frente a una relación laboral especial.

El precepto de partida actual es el art.2.1.e) del Estatuto de los Trabajadores y la normativa propia es la contenida en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, sin perjuicio de la aplicación supletoria del propio Estatuto de los Trabajadores y de la especial importancia que aquí tiene la negociación colectiva a fin de adecuarse a las especiales circunstancias de cada uno de los colectivos que aquí tienen cabida.

El ámbito subjetivo de aplicación viene determinado por las especiales prestaciones de servicio relativas al mundo musical, teatro, circo, variedades, folklore, actividades de producción, doblaje y sincronización o análogas que se lleven a cabo en empresas de radiodifusión, televisión o actividades publicitarias.

En lo que hace al período de prueba, la regulación escueta se halla en el artículo 4 del RD 1435/1985¹¹⁰⁹. En nada difiere de la concepción común del período de prueba. Doctrinalmente se ha insistido (HURTADO GONZÁLEZ¹¹¹⁰) en la diferencia existente entre el lapso probatorio y las pruebas artísticas de selección o con respecto al contrato preliminar. Con relación a este último, la nota distintiva radica en la finalización de la relación laboral que es la realización de las pruebas que se han señalado contractualmente.

La existencia de este “pacto accidental”¹¹¹¹ no se presume, sino que necesariamente ha de constar por escrito en cada uno de los

¹¹⁰⁸ VALDÉS DAL-RE, F. “La relación laboral de los artistas: notas sobre su configuración”. Relaciones Laborales, Nº 22, Sección Editorial, Quincena del 23 Nov. al 8 Dic. 2008, Año XXIV, Tomo 2. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 40843/2008.

¹¹⁰⁹ Art.4 RD 1435/1985: “Podrá concertarse por escrito un período de prueba en los contratos de duración superior a diez días. La duración del período de prueba no podrá exceder de cinco días en los contratos de duración no superior a dos meses; de diez días en los de duración no superior a seis meses, y de quince días en los restantes. En todo lo demás, el período de prueba se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.”

¹¹¹⁰ HURTADO GONZÁLEZ, L.: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral” en *Artistas en espectáculos públicos*, Ed. LA LEY, Madrid, Marzo 2006. La Ley Digital [en línea]. Disponible en La Ley 5692/2007.

¹¹¹¹ *Ibidem*, op.cit, La Ley 5719/2007.

contratos concertados, tal y como se infiere no solo del precepto reflejado sino también del art.3.2 del Real Decreto y, en cualquier caso, solo será posible fijarla en aquellas relaciones laborales que tengan una vida superior a diez días.

Los problemas interpretativos no son novedosos. Al igual que en el régimen de prueba de las relaciones laborales ordinarias se planteaba si los plazos habían de tomar en consideración tan solo los días hábiles o había que computar los naturales, en esta relación laboral especial el debate continúa, dado el silencio legal en este sentido. Siguiendo con HURTADO GONZÁLEZ se entiende que la referencia normativa solo hace plausible la interpretación a favor de computar todos los días –laborables o no- con base también a la normativa civil.

Las partes podrían acordar el descuento de los días no trabajados a efectos del cómputo de la duración de la prueba, aun cuando no es unánime la consideración acerca de si es posible señalar este efecto en todo caso o solo en los supuestos en los que no se rebase el período máximo de duración de la prueba¹¹¹².

La única especialidad es la duración del período que, en estos supuestos, se hace depender únicamente de la que tiene el contrato, acaso porque –HURTADO GONZÁLEZ- la característica más sobresaliente de la relación laboral especial con artista es precisamente su corta duración que, de otro lado, guarda también relación con la relativa facilidad de comprobación si la labor desempeñada por el trabajador es agradable al público y alcanza las cotas de calidad esperadas.

Así, se fija la máxima de quince días para los contratos de duración igual o superior a seis meses, diez días de prueba para los que superen los dos meses y no alcancen los seis meses de duración y de cinco días para aquellos que duren más de once días y menos de dos meses. Con base a esta previsión, BALLESTER PASTOR¹¹¹³ niega la posibilidad de convenir la prueba cuando la relación no supera los diez días.

En todo lo demás será de aplicación –por mandato expreso- lo previsto para el período de prueba ordinario o común y este mandato hace surgir otras preguntas en torno a si es o no posible que las regulaciones máximas señaladas por la normativa podrían verse

¹¹¹² *Ibidem*. HURTADO GONZÁLEZ es de la última opción. Por su parte, ALZAGA RUIZ, I.: “La relación laboral de los artistas”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, pág. 183, no distingue.

¹¹¹³ BALLESTER PASTOR, M.A: *El período de prueba*, op.cit., pág.72. Por su parte, DE VAL TENA, A.L: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op. cit. pág. 110, manifiesta que no se explica por qué en los supuestos en los que la relación laboral sea de una duración superior, los plazos de prueba no son superiores.

afectadas por los instrumentos colectivos convenidos al efecto. De nuevo aquí la doctrina está dividida, existiendo autores que entienden que los máximos son de derecho indisponible -tanto para la voluntad individual como para la colectiva- y otro sector científico que aplicando la regla de la supletoriedad no encuentra óbice alguno para admitir la modulación también de máximos vía convenio colectivo¹¹¹⁴.

HURTADO GONZÁLEZ¹¹¹⁵ se suma a esta última corriente, matizando que no podría modificarse ni al alza ni a la baja por cuanto “el RDA dispone él mismo, directamente, esa duración. No cabe, por tanto, que la norma colectiva establezca un margen distinto, sobre todo «por arriba», esto es, permitiendo un pacto individual de prueba de mayor duración, pero tampoco por debajo, pues una eventual disposición sectorial más limitativa prácticamente agotaría la autonomía individual en la materia”.

Por nuestra parte, entendemos que la claridad del legislador no deja duda alguna acerca de la posibilidad de que la negociación colectiva modifique al alza los máximos señalados en la normativa reglamentaria, dada la supletoriedad del Estatuto de los Trabajadores expresamente contemplada en el precepto y el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*.

Y siguiendo con la admisión de la negociación colectiva, no acertamos a ver en qué consistiría la limitación de “autonomía individual en la materia” cuando el convenio colectivo regule una inferior duración a la prueba. Si bien es cierto que la actividad de regulación -sea cual fuere la forma de esta- es una manera de limitar la autonomía contractual, en nuestro ordenamiento laboral existen una serie de circunstancias añadidas que aconsejan la limitación de esta libertad contractual. Este no puede ser el argumento para desechar la posibilidad de que el convenio disminuya la prueba, pues no se entiende cuál es la razón por la cual se ha de sesgar esta posibilidad en este tipo de relación especial y no emplear el mismo argumento para negar actuar a la negociación colectiva en el resto de relaciones laborales ordinarias.

Así pues, cuando la regulación de determinadas materias se deja en manos del poder colectivo (y así ha ocurrido con el período de prueba ordinario) se hace en atención al específico poder que han de mostrar y demostrar los agentes sociales a la hora de regular una materia y cuando los distintos intervinientes en un pacto colectivo deciden modular -en el sentido que sea- el período de prueba, se

¹¹¹⁴ En el sentido de su admisión DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 110. En sentido contrario, BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.72 y ALZAGA RUÍZ, I.: “La relación laboral de los artistas”, op.cit., pág.183.

¹¹¹⁵ HURTADO GONZÁLEZ, L.: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral”, op.cit.

realiza (o al menos nos es lícito pensar que se actúa de esta manera) con el único propósito de modular la realidad legal o normativa a la concreta realidad empresarial que se está viviendo.

Las disquisiciones continúan con el tratamiento que se le debe ofrecer a los supuestos en los cuales las cláusulas contractuales que señalan el período de prueba no respetan los máximos legales (o convencionales) fijados. De nuevo división doctrinal; algunos autores defienden la nulidad de la cláusula¹¹¹⁶, mientras que otros arguyen a favor de la conservación de la misma, aun cuando se produciría su automática reconversión a la legalidad.

En atención a las mismas consideraciones que nos hacían concluir en la posibilidad de que el convenio colectivo modificara los tiempos de prueba (supletoriedad del Estatuto y principio "donde la ley no distingue no debemos distinguir") entendemos que la inobservancia contractual en sus límites normativos, supondrán no la nulidad de la cláusula considerada globalmente sino la adaptación a los máximos permitidos. Recordemos que esta es la solución por la que nuestros tribunales se han decantado cuando esta situación se produce cuando se aplica el artículo 14 del Estatuto, en virtud del principio de conservación del negocio.

19.7.- El período de prueba en otras relaciones laborales especiales.-

Existen otras relaciones laborales especiales que, a pesar de estar adornadas de características tales que les hacen merecedoras de un régimen normativo propio, no se escapan a la influencia que directamente ejerce el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores sobre ellas.

En este sentido cabe mencionar a la relación laboral especial de los representantes de comercio, cuya normativa propia de aplicación recoge la aplicación automática y directa de cuantas previsiones hemos reseñado para el resto de relaciones laborales ordinarias¹¹¹⁷.

En la relación laboral especial entablada por penados de instituciones penitenciarias no aparece ningún precepto de su normativa propia (Real Decreto 782/2001, de 6 de julio) que aluda al período de prueba y, teniendo en consideración que el Estatuto de los Trabajadores no es de aplicación directa ni siquiera supletoria, a

¹¹¹⁶ DE VAL TENA A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.110 y HURTADO GONZÁLEZ, L.: "La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral", op.cit., son de la opinión de que no es posible su reconducción al máximo reglamentario; ALZAGA RUÍZ, I.: "La relación laboral de los artistas", op.cit. pág.182 y 183.

¹¹¹⁷ Art. 3.3 del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto: "El período de prueba se regulará por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores."

menos que el texto normativo (o el desarrollo del mismo) lo indique expresamente, entendemos que no se puede acordar en este supuesto el período de prueba, asumiendo como propia la visión ofrecida por DE VAL¹¹¹⁸ al amparo de la normativa anterior. A esta conclusión también llegamos al comprobar cómo el desistimiento empresarial no es causa de extinción del contrato y la falta de referencia a la autonomía contractual para delimitar los contornos no diseñados en el reglamento referenciado.

Entendemos que acaso en la mente del legislador está la consideración de que siendo la única posibilidad contractual admitida la del contrato para obra o servicio determinado, la posición del empresario (organismo autónomo estatal o autonómico) no se ve seriamente perjudicada por el diseño de un sistema extintivo netamente causal.

Expresamente excluidos de la posibilidad de concertar el período de prueba se encuentra el colectivo que entabla una relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, de conformidad con lo dispuesto por el art.3.5 del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre. Quizás la razón de la imposibilidad de concertar la prueba para este grupo de trabajadores es la singular naturaleza del contrato que atiende no solo a la práctica profesional de los conocimientos que ya se poseen, sino a la propia formación especializada que se recibe durante el transcurso del contrato.

Ese doble objetivo imposibilitaría la prueba, por cuanto se estima la necesidad de que transcurra un lapso determinado para conocer si ese trabajador merece o no la calificación (a través del informe correspondiente final) de "especialista". Esta función a la que sirve el contrato se imposibilitaría si se dejara en manos del empresario (pues intacta, no obstante, está la capacidad dimisoria del trabajador por obra del art. 11.1.d) de la normativa específica) la extinción unilateral acausal durante su vigencia.

Una última referencia a la condición de los socios trabajadores que prestan sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de una cooperativa de trabajo asociado. Siguiendo a MONTOYA MELGAR¹¹¹⁹: la figura del socio trabajador "se separa netamente de la del trabajador asalariado que presta servicios por cuenta de una cooperativa, cualquiera que sea el tipo de ésta", pues ha de tenerse en consideración que la finalidad de la cooperativa es -de conformidad con lo preceptuado por el art.80.1 de su texto regulador- "proporcionar a sus socios puestos de trabajo a través de

¹¹¹⁸ DE VAL TENA, A.L: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.117.

¹¹¹⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.535.

la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros”.

Si descendemos a la normativa que le es propia (Ley de Cooperativas, Ley 27/1999, de 16 de julio) condiciona -en su art.13- la existencia del período de prueba a la previsión de sus estatutos sociales, sin que en ningún caso sea factible la imposición de esta cláusula probatoria en los supuestos en los que el socio hubiera prestado sus servicios por un tiempo equivalente al que se haya señalado como período de prueba.

Por su parte, el art.81 del texto legal, establece las condiciones bajo las cuales se regula el lapso probatorio, tales y como son las relativas a su constitución (previa previsión estatutaria), límite máximo de duración (seis meses como norma general¹¹²⁰), competencia para su señalamiento (Consejo Rector), posibilidad de desistimiento unilateral (ya sea por el Consejo Rector o por el propio socio trabajador) y limitaciones en orden a la participación a la sociedad.

¹¹²⁰ Para aquellos puestos en los que se exijan “especiales condiciones profesionales” el período de prueba se podrá ampliar hasta alcanzar los dieciocho meses de duración.

CONCLUSIONES.-

PRIMERA.- El período de prueba no nos remite a una realidad jurídica diferente a la que entraña todo contrato de trabajo.

Al examinar la naturaleza jurídica del período de prueba se observa cómo se produce la coincidencia entre el compromiso fundamental asumido por el trabajador que no está sujeto a prueba y el que sí está vinculada a esta.

El período de prueba tan solo es una cláusula contractual que, situándose en el comienzo de la relación laboral, introduce un particular régimen extintivo amparado por la Ley. De esta forma, la cláusula probatoria no tiene la virtualidad de hacer nacer ninguna relación jurídica, surgiendo esta tan solo si concurren los presupuestos legales del art.1 del Estatuto de los Trabajadores.

De igual forma, ha de desecharse el entendimiento de la prueba como condición (ya fuera esta suspensiva o resolutoria) por cuanto no confluyen las características definitorias de esta, y particularmente, al no supeditarse a la conclusión de un acontecimiento (definido este como algo que ocurre ajeno a la voluntad de las partes) ya sea con el poder de extinguir o con la facultad de hacer nacer una relación.

El vínculo laboral es perfecto desde el momento en que se prestan servicios voluntaria y personalmente por una persona a cambio de una remuneración y por cuenta y bajo la dirección de otra persona. Esta situación es de todo punto independiente a la circunstancia de que las partes hayan querido someterse al período de prueba.

La realidad antes mencionada supone, ineludiblemente, que si se continúan prestando servicios tras la finalización del período probatorio, no nos encontramos ante un nuevo vínculo laboral; esto es, no estamos ante un supuesto de sucesión contractual, pues en esta hipótesis nos encontraríamos ante un solo contrato de trabajo

que no ve alterada su naturaleza jurídica, ni durante el transcurso de la prueba ni con posterioridad al lapso que se haya fijado idóneamente en el contrato.

SEGUNDA.- El período de prueba se concibe como la excepción reglada al principio de conservación del negocio que ampara intereses netamente empresariales.-

El art.35 de la Constitución recoge el derecho al trabajo y una de las facetas en que se manifiesta este -desde la dimensión individual- es el derecho que le asiste a todo trabajador a no ver extinguida su relación sin justa causa, lo que nos remite al principio de conservación del negocio que, en el ámbito laboral, se traduciría como axioma a favor de la estabilidad en el empleo.

El período de prueba constituye, no obstante, una excepción constitucionalmente salvada por el engarce que tiene en el art.38 de la Carta Magna. El consabido conflicto que se genera entre los intereses ostentados por el empresario y a los que aspira el trabajador se resuelve de manera genérica a favor este último por la aplicación de un principio, el tutitivo, que se manifiesta concretamente en el haz de garantías y tutelas de las que dispone el empleado gracias, fundamentalmente, a las prescripciones normativas contenidas en el texto del Estatuto de los Trabajadores.

En este panorama normativo surge el período de prueba que, al concebirse como esa excepción del principio de estabilidad en el empleo ha de ineludiblemente interpretarse y aplicarse restrictivamente; de ahí que el art.14 del Estatuto exija la observancia de una serie de cautelas a fin de entender válidamente constituido el pacto probatorio. Precisamente, estos requisitos formales y sustantivos exigidos legalmente (consignación por escrito, necesidad de que sea acordado cuando aún no se han comenzado a prestar efectivamente los servicios, respeto a los límites temporales convencionalmente o legalmente establecidos) son una exigencia derivada del entendimiento del propio principio de conservación del negocio.

El período de prueba es una herramienta especialmente útil para el empresario quien tiene, durante su transcurso, la posibilidad de extinguir sin causa la relación laboral. De esta manera, el período de prueba reportará al empresario la oportunidad de comprobar si el primer juicio acerca del trabajador resultó o no acertado; pero, profundizando en el entendimiento del destino y la utilidad que presta

la prueba, se puede afirmar que es el instrumento más adecuado para que el empresario pueda constatar ya no solo que su trabajador es técnicamente hábil (aspecto este que podría valorarse a través de otros medios diferentes y anteriores a la contratación) sino si las cualidades personales que ofrece el trabajador son también las adecuadas para la prestación de servicios que se le encomienda.

La complejidad de las relaciones laborales derivada de la propia riqueza del ser humano supone la imposibilidad de afirmar que las garantías en el éxito de la contratación pasen exclusivamente por una comprobación objetiva de los conocimientos o habilidades netamente profesionales. De esta forma, el empresario –a través de la prueba– tiene en sus manos la posibilidad más idónea de cuantas sean imaginables para valorar subjetivamente si el trabajador es apto en el sentido más laxo del término y, observar aspectos que, teniendo su fundamento en la dimensión más individual y característica del hombre, trascienden al plano laboral; ahondando en esta cuestión, se continúa advirtiendo la utilidad de esta figura cuando se examina otra que podría conducir a análogo efecto (aun cuando retardase la solución) cual es la acción de nulidad por error en las cualidades personales del trabajador.

No obstante, y a pesar de que sean notables las bondades que la prueba entraña para la posición empresarial, si a esta cláusula no se le fijara coto temporal, el trabajador quedaría sumido en una situación de clara indefensión. De ahí que los confines temporales del período de prueba y la necesidad de que este se fije antes de comenzar la relación laboral son dos presupuestos ineludibles para asegurar la posición del empleado y hacer realidad el principio de estabilidad en el empleo redundando en su protección.

Situados desde la frontera del trabajador, observamos cómo la misma opción de extinción libre la detenta el trabajador. No obstante, para este, nimio es el aporte toda vez que conserva intactas sus facultades de extinción unilateral acausal durante toda la vida de la relación laboral, ya que el principio de conservación del negocio se configura como una garantía exclusiva del trabajador.

Necesario es convenir que el trabajador, por su parte, tiene la posibilidad de valorar la conveniencia o no de seguir prestando sus servicios sin someterse –salvo regulaciones en otro sentido de las partes– a las formalidades (preaviso) que entraña el ejercicio de la potestad que le viene atribuida por el art.49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores. Basta su voluntad clara, pertinaz y contundente manifestada a través de actos expresos o inferida claramente de su quehacer, para que el vínculo que en su día se estableciera llegue a su fin.

Como hemos visto, por el contrario, el empresario, por el contrario, tan solo podrá poner fin al contrato de trabajo por su única voluntad durante la prueba convenida.

TERCERA.- La excepcionalidad del período de prueba supone la necesidad de aquietarse a una serie de condiciones formales, temporales y sustanciales que han de ser interpretadas literalmente. La omisión de cualquiera de las mismas conlleva la nulidad únicamente del pacto probatorio.-

En orden al examen de los requisitos, lo primero ha tener en consideración es la necesidad de que se exprese por escrito individualmente (nota constitutiva ad solemnitatem) antes o simultáneamente al comienzo de la relación laboral. El período de prueba previsto convencionalmente no se aplica automáticamente a cada una de las relaciones laborales entabladas.

La necesidad de garantizar el principio de estabilidad de empleo exige una interpretación literal del precepto, no siendo factible –a nuestro juicio- convenir la prueba cuando ya se ha comenzado con la prestación efectiva de servicios, con independencia del tiempo que transcurrió entre la inicial relación laboral y el momento en que se plasma por escrito la voluntad probatoria. De esta tajante afirmación, tan solo se salvarían los supuestos en los que se acredite la mala fe del trabajador, siempre que sea esta la causa por la que se demora la suscripción de la prueba.

El segundo requisito ineludible hace referencia a la imposibilidad de convenir la prueba cuando las partes contractuales ya estuvieron unidas con anterioridad por una relación laboral y el cometido concretamente desempeñado es sustancialmente el mismo al convenido en el pasado. La prohibición incluye los supuestos de sucesión empresarial o grupo de empresas cuando este fenómeno tiene trascendencia laboralmente, pero no así cuando se trate de sucesión de contratas. A nuestro juicio, la regla que estamos examinando -y que viene establecida legalmente- debe ser interpretada como una prohibición absoluta que tan solo podría declinar en los supuestos en los que haya sido la voluntad del trabajador la que ha puesto fin a la primitiva relación o bien en las hipótesis adverdadas de cambio en sus facultades o en los sistemas de trabajo.

No obstante, la dicción literal del precepto que limita la prohibición al previo concierto de anteriores “modalidades contractuales” nos impulsa a afirmar que es factible la suscripción del

período probatorio en los supuestos en los que las anteriores funciones fueron asumidas por el ahora trabajador en virtud de un título jurídico diferente al de la relación laboral. De esta manera se ha de restringir a la preexistencia de una relación laboral, lo que de otro lado denota también la posibilidad de convenir la prueba cuando lo que precedió fue un curso de formación o pruebas iniciales al establecimiento real del contrato de trabajo, fórmulas estas en las que no concurre la profesionalidad en los servicios prestados.

Referencia hemos de hacer asimismo a los límites temporales, pues necesariamente el período de prueba habrá de aquietarse a unos plazos, so pena de desvirtuar el entendimiento de esta figura como excepción al principio de conservación del negocio. El período probatorio está sometido a los máximos que señala el convenio colectivo de aplicación, que podrá regular estos tiempos sin más límite que el que viene constituido por la proscripción del fraude de ley y la imposibilidad de incurrir en situaciones de abuso de derecho. Los topes temporales a los que alude la Ley son de derecho dispositivo. La escisión que recoge el Estatuto de los Trabajadores se hace en función del tamaño de la empresa, de la duración del contrato -si este viene contemplado en el art.15 de la norma básica laboral- y, por último, del destino laboral del trabajador contratado.

El cómputo de la prueba se hace de fecha a fecha (si se señala por meses) terminando el mismo número del día en que comenzó y sin descontar los días no laborales (en el caso de que se indique por días) sin perjuicio de que las partes puedan acordar otras consideraciones. Se propone que, en lo que hace a los trabajadores a tiempo parcial, se aplique el principio de proporcionalidad a fin de modular el tiempo de prueba en función de la jornada realmente prestada y con ello conseguir la máxima coherencia con el objetivo al que tiende el período de prueba.

CUARTA.- La inexistencia de una obligación legal de experimento.-

Uno de los aspectos tradicionalmente más debatidos en torno a la comprensión de la figura del período de prueba viene constituido por el entendimiento de la expresión legal "experiencias que constituyen el objeto de la prueba" y las consecuencias que entrañaría su eventual incumplimiento.

En lo que hace al primer interrogante, entendemos que la prueba no introduce -pese a la manifestación normativa- ninguna obligación adicional a la que supone la suscripción del vínculo laboral.

Así pues, las partes (con independencia del compromiso probatorio) asumen, en esencia, las mismas responsabilidades. No obstante, la expresión legal no es ociosa, pues sirve para concluir que el contrato sometido a prueba no nos sitúa ante una situación jurídica diferente a la del propio contrato de trabajo, duda esta que podría subsistir si el legislador hubiera guardado silencio.

No existe en el citado experimento particularidad alguna que lo destaque o cualifique: el objeto del experimento, de la prueba, coincide plenamente con el que supone la concertación de un vínculo laboral.

Esta idea viene reforzada si observamos cómo los derechos que ostenta el trabajador a prueba son idénticos a los que tiene un trabajador sin tal cláusula, e incluso por la propia compatibilidad que existe entre la prueba y otros pactos genuinamente laborales, cuales son el pacto de permanencia o el de no competencia.

De otro lado, el marco normativo bajo el cual concebimos el período de prueba no incluye ninguna precisión adicional en orden a establecer las consecuencias legales de un posible incumplimiento de llevar a cabo las denominadas "experiencias" (o empleando otros términos, de ejecutar efectivamente el objeto contractual). Esta idea se ve refrendada también por la constancia –a diferencia de lo que ocurre con otros ordenamientos– de que no existe regulado legalmente un lapso mínimo que necesariamente se haya de completar antes de poner fin a la relación laboral cuando se encuentra en el estadio probatorio.

De esta manera, no puede defenderse que la extinción procurada durante el período de prueba tenga que, irremediablemente, venir anudada a la insatisfacción del objeto de la prueba (de esas "experiencias") o lo que es idéntico, a la falta de satisfacción del objeto del contrato. Las razones que impulsan a la parte que insta la extinción durante la prueba son irrelevantes desde el prisma de su eficacia y validez.

QUINTA.-La celebración del período de prueba imposibilita la invocación de la causa extintiva objetiva de ineptitud sobrevenida.-

Legalmente se sanciona la imposibilidad de acudir al mecanismo arbitrado en el art.52.a) del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos en los que haya precedido un período probatorio. Se concibe esta prohibición como natural consecuencia de la vinculación

empresarial a los actos propios que han convalidado la posible inhabilidad profesional del trabajador que estuviera a prueba.

Descendiendo a los supuestos concretos, se podría imaginar no obstante, la siguiente situación: trabajador que ha ocultado maliciosamente su falta de pericia durante la prueba. Efectivamente este tipo de comportamiento perverso no puede estar amparado por la norma, no obstante, en estas hipótesis en las que la falta de aptitud se haya mantenido maliciosamente oculta por parte del trabajador otrora a prueba, el mecanismo jurídicamente oportuno para proceder a la extinción contractual no sería el aquí contemplado, sino el relativo al despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual, toda vez que ha sido el comportamiento doloso del empleado el que ha generado esta situación.

La complejidad en las tareas encomendadas al trabajador a prueba no puede erigirse en motivo suficiente como para dar entrada a esta clase de despido objetivo, pues esta circunstancia funcional ya hubo de ser tomada en consideración a fin de señalar los tiempos concretos de vinculación probatoria y si no se tuvo en cuenta las consecuencias de la falta de previsión solo pueden recaer sobre la parte que la originó: el empresario.

El único supuesto que podría subsumirse en el despido objetivo por ineptitud sobrevenida, y que es independiente a la circunstancia de que al inicio de la relación laboral haya un compromiso probatorio, es el cambio de criterio legal en torno a las titulaciones idóneas para desempeñar un determinado puesto de trabajo. De esta forma, la persona que antes resultaba hábil para una concreta ocupación y que ya mostrara su capacidad durante el transcurso del lapso de prueba, ahora –por una circunstancia ajena a las partes- no puede continuar con el desempeño de la tarea, dado que una ley le imposibilita el ejercicio de la misma.

SEXTA.- Las situaciones de suspensión del contrato de trabajo inciden en la duración total del período de prueba.-

Existen determinadas situaciones que generan la suspensión del contrato de trabajo y que inciden directamente en el entendimiento de la prueba, pues tienen como efecto automático la paralización del cómputo total de la prueba, tal y como ocurre con los supuestos – v.gr- de huelga o excedencia.

Por el contrario, cuando nos encontramos ante las hipótesis suspensivas recogidas en el art.14.3 en su segundo párrafo, para que

se genere la detención del período probatorio será preciso que las partes hayan acordado tal efecto. El acuerdo en el que se materializa tal previsión puede adoptarse convencionalmente, sin que sea requisito legal que se someta a una determinada formalidad constitutiva o se establezca en un momento concreto del devenir de la relación laboral.

Las situaciones de interrupción del contrato de trabajo no inciden sobre el régimen temporal de la prueba, dado que se conciben estas como paradas naturales del vínculo e independientes a la celebración de aquella.

SÉPTIMA.- La facultad extintiva manifestada durante el período de prueba constituye un genuino acto de desistimiento que tiene su fundamento en la previsión contractual ex art. 49.1.B) ET.-

La calificación jurídica del acto de extinción pendiente la prueba es la propia de un desistimiento. Tal afirmación se realiza partiendo de la naturaleza jurídica del último concepto señalado y la constatación de que las partes cuando ponen fin a la relación laboral durante la prueba no precisan alegar motivo alguno.

De esta forma, la única posibilidad de desistimiento empresarial ad nutum que se reconoce legalmente al empresario (ex art.14 y art.49.1.b) ET) se circunscribe al primer momento de la relación laboral y, concretamente, se reserva para los supuestos en los que se haya pactado la prueba. Las únicas condiciones a las que se ve sujeto el empresario consisten, de un lado en que esa manifestación unilateral de su querer extintivo se transmita a la parte afectada (lo que nos remite al carácter recepticio de la declaración), y de otro que se pronuncie vigente el período de prueba. Estas reflexiones suponen, a la postre, que no tienen relevancia las consideraciones en torno a si el contrato se halla suspendido o la prueba paralizada (ya sea como efecto querido por las partes o por el legislador).

Por su parte, el trabajador gozará durante toda la vida contractual de la genérica posibilidad de desistimiento, toda vez que el art.49.1.d) le otorga esta facultad. La emisión de su voluntad de cercenar el vínculo laboral durante el período de prueba no es más que una plasmación de su amplio poder de dimisión que, a su vez, se engarza directamente en el art.35 de la Constitución.

OCTAVA.- Los inquebrantables límites a la facultad de desistimiento empresarial: el abuso de derecho, el fraude de ley y los derechos fundamentales.-

Partiendo del amplio margen de regulación (en cuanto a la duración temporal se refiere) que tiene el convenio colectivo y las facultades extintivas que entraña el compromiso de prueba, hay que señalar que estas posibilidades no son omnímodas, antes bien quedan limitadas en atención a bienes jurídicos superiores a cuya tutela se tiende.

Así, nos encontramos con la infranqueable barrera que supone la doctrina del abuso de derecho y el fraude de ley. Esta tesis conjunta es empleada por nuestros tribunales cuando el convenio colectivo excede del ámbito de sus competencias y contraviene -al regular el período de prueba- la esencia de este. De tal manera, se entiende que se ha incurrido en fraude de ley o abuso de derecho cuando convencionalmente se han señalado períodos de prueba dilatados que en realidad no se adecuan a la necesidad empresarial de comprobar si el trabajador es idóneo para el puesto de trabajo que se le asigna. Se establece, por tanto, la necesidad de que exista una relación de causalidad entre las funciones asignadas y el período que objetivamente se necesita para que el trabajador acredite su valía, pues en caso contrario se estaría legitimando una conducta (la del empresario) que formalmente amparada en las facultades que habilita una norma (las que legal y convencionalmente supone el concierto de la prueba) alcanzaría un fin que está rotundamente prohibido por el orden jurídico preestablecido (en este supuesto, la extinción acausal fuera de los necesarios estrechos márgenes habilitantes).

Mas, el abuso de derecho o fraude de ley no se presume, de ahí que sea necesario probar fehacientemente su existencia, no siendo dato concluyente por si mismo la excesiva duración objetivamente contemplada y ni tan siquiera los supuestos de coincidencia temporal total entre un contrato eventual y la cláusula probatoria en él inserta.

La segunda limitación viene dispensada directamente por nuestra Constitución. En este sentido, y aun cuando se mantenga categóricamente la libertad de desistimiento empresarial durante la prueba, será necesario que la extinción no obedezca a motivos espurios desde el prisma de los derechos fundamentales y libertades públicas, so pena de declarar la nulidad del acto extintivo que formalmente se hallaba amparado en la falta de superación de la prueba.

En los supuestos de litigios en los que se muestra un indicio de lesión a un derecho fundamental, la carga probatoria corre igual suerte que en cualquier otro tipo de proceso en la que se exponga una sospecha razonable de contravención de estos derechos fundamentales.

Aun cuando en la praxis judicial el empresario tratará de advenir cuáles han sido sus verdaderas razones extintivas a fin de desvirtuar las alegaciones argüidas por el trabajador, se ha de partir de la premisa de que no es función jurisdiccional indagar acerca de los motivos concretos que han impulsado a la extinción, dada la naturaleza jurídica que caracteriza a todo acto de desistimiento. De esta forma, el pronunciamiento judicial final debería limitarse a considerar si hubo o no lesión del derecho fundamental invocado, sin entrar a valorar si la conducta empresarial extintiva fue impulsada por un previo mal hacer del que fuera trabajador.

NOVENA.- La especialidad con la que se rodean determinadas relaciones laborales sirve de fundamento para la regulación de un particular período de prueba que se aplica a ellas.-

El legislador, ante determinadas situaciones que revisten objetivas especialidades ha decidido otorgar un régimen singular en lo que se refiere al período de prueba, adecuando en la mayor parte de los supuestos su duración a la propia del contrato en el que se insertan o a la complejidad de las tareas desarrolladas. Esto es lo que ocurre cuando nos encontramos ante una relación laboral especial del art.2 del Estatuto o bien ante los contratos formativos, y concretamente con el de prácticas.

Del examen pormenorizado de cada una de las regulaciones probatorias especiales se infiere que, en cualquier caso, el entendimiento acerca de qué es la prueba, cuál es su destino y fundamento es idéntico al que cumple el período de prueba genéricamente conceptualizado en el art.14 del Estatuto. Esto es, no se desvirtúa en absoluto la comprensión y sustancia jurídica con las que se concibe la prueba con carácter general.

No obstante, existe una relación laboral que aun cuando es ordinaria no comparte el diseño normativo contenido en la norma básica. Nos referimos al incorrectamente denominado contrato indefinido de apoyo a emprendedores, cuyo período de prueba se perfila prescindiendo de los márgenes de comprensión jurídica de la prueba ordinaria. Ello es así por cuanto se ha optado por una uniformidad en su tratamiento que no permite distinguos ni

modulaciones en función de lo deseado por las partes (a nivel colectivo y contractual) o con base a las funciones realmente desempeñadas por el trabajador. Estas circunstancias nos hacen afirmar que en realidad no estamos ante el genuino período de prueba que hemos venido analizando hasta el momento, sino que nos encontramos con un nuevo contrato temporal acausal por medio del cual se permite al empresario el desistimiento libre durante el primer año de vinculación del trabajador para con su empresa.

A pesar de que este incorrectamente denominado período de prueba haya pasado con éxito los controles de constitucionalidad e incluso haya merecido una respuesta contenida de órganos como la OIT, el Comité europeo de Derechos sociales o el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, creemos es destacable la reflexión vertida por el Comité en sus conclusiones XX-3 (2014) que afectaría ya no solo al período probatorio del contrato indefinido de apoyo a emprendedores sino al entendimiento futuro de la propia figura del período de prueba del art.14 ET. Así pues, y con base al citado dictamen, es posible que en el futuro de nuestras relaciones laborales aparezca un período de prueba (que, entendemos, mantendrá inalterada su naturaleza y sustancia tradicional) que junto con sus consabidos límites temporales y cautelas en orden a su concertación, exija un nuevo requisito consistente en la necesidad de preavisar a la parte (específicamente al trabajador) de la decisión de desistimiento, so pena de tener que afrontar las consecuencias económicas que la omisión de este presupuesto conlleva.

BIBLIOGRAFÍA.-

- AGUILAR DEL CASTILLO, M.C.: "La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores". Comunicación presentada a las XXXI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, *Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, celebradas en Cádiz, 13 y 14 de diciembre de 2012, [en línea] www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=0a177137-374b-4b0f-ab683e32041d0b8a&groupId=10128. [Fecha de la consulta: junio de 2015].
- ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 6ª Ed., Barcelona, Ariel, 1980.
- ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, Ma E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26ª Ed., 2009.
- ALONSO OLEA, M.: *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: "Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección", *La Ley*, Sección Doctrina, Relaciones Laborales, 1993, tomo 2. *La Ley digital* [en línea]. Disponible en *La Ley 552/2001* [Fecha de consulta: mayo 2015].
- ALZAGA RUIZ, I.: "La relación laboral de los artistas", Consejo Económico y Social. Madrid. 2001.
- ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho civil I*, Publicaciones de la Universitat Jaume I. 2008, págs. 68-70.
- BAJO GARCÍA, I.: "La reforma laboral a la luz de la Carta Social Europea. Convergencias y divergencias entre el Tribunal Constitucional y el Comité Europeo de Derechos Sociales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.40, mayo 2015.[en línea] (RI §415874), págs. 153-192.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, Ed. Tirant Lo Blanch "Colección Laboral", Valencia, 1995.
- BAYÓN CHACÓN G, "Contratos especiales de trabajo. Concepto", en VV.AA., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*

Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1965.

- BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El período de prueba" en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, T. IV, Madrid, 1983.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "Cursos de formación profesional con cargo a la empresa y resolución del contrato. Indemnización, preaviso, pacto de permanencia y período de prueba. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 14 febrero 1991", *Diario La Ley*. 1992. Ed. La Ley [en línea]. Disponible en La Ley digital 20121/2001.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "Notas sobre el nuevo régimen jurídico del período de prueba", *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 1996, Ref.D-178, tomo 3. Ed. La Ley [en línea]. Disponible en La Ley digital 1231/2001. [Fecha de consulta: mayo de 2013].
- BAYLOS GRAU, A.: "El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario" *Revista de Derecho Social* núm.57, Ed. Bomarzo, enero 2012, págs. 9-18.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: "El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad", *Revista de Derecho Social* núm.59, Ed. Bomarzo, julio 2012, págs.87-116.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: "Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo", Comunicación presentada a las XXXI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, "Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico", celebradas en Cádiz, 13 y 14 de diciembre de 2012. [en línea]. Disponible en http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=7ae5157f-1c42-40b1-b652-3ca897578b4f&groupId=10128. [Fecha consulta: junio 2015].
- BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: (2015, junio, 23). Período de prueba en el Contrato Indefinido de Apoyo a Emprendedores: reflexiones a propósito de la STSJ Castilla y León\Valladolid 22.4.15. [Mensaje en Blog]. Recuperado de <http://ignasibeltran.com/2015/06/23/periodo-de-prueba-en-el-contrato-indefinido-de-apoyo-a-emprendedores-reflexiones-a-proposito-de-la-stsj-castilla-y-leonvalladolid-22-4-15/>. [Fecha consulta: julio 2015].

- BLASCO PELLICER, A, ROSAT ACED, C. y OTROS.: "El período de prueba" en *Relaciones Laborales*. 5ª Edición, 2014, Coord. SALA FRANCO, T., Tirant lo Blanch [en línea]. Disponible en Tirant on line TOL2.053.993 [Fecha de consulta: mayo de 2013].
- BORRAJO DACRUZ, E.: "El personal de alta dirección en la empresa", *Revista Española Derecho del Trabajo (Civitas)* núm. 22, 1985. Ed. La Ley [en línea]. Disponible en La Ley digital 4209/2001. [Fecha consulta: mayo 2015].
- CARDONA RUBERT, M.B.: "La situación del estado español en relación al cumplimiento de la Carta Social europea", *Revista de Derecho Social* núm.69, enero 2015, Ed. Bomarzo, págs. 103-114.
- CASAS BAAMONDE, M.E; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-REÍ, F.: "La nueva reforma laboral", *Relaciones Laborales*, nº 5, Sección Editorial, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, Año 28, Tomo 1. Ed. La Ley [en línea]. Disponible en La Ley Digital 2639/2012. [Fecha de consulta: abril 2014].
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: "Eficacia y vigencia del convenio colectivo" en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (León, mayo 2015). Colección de Estudios Laborales. Ed.Cinca núm.18, pág.283-338.
- CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001.
- CAPILLA RONCERO, F., "Desistimiento", VV.AA. , *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. IV, Madrid, 1995, pág. 5889.
- CRUZ VILLALÓN, J.: "Problemas prácticos del período de prueba", *Revista Política Social* núm. 148, octubre 1985, págs. 187-215.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, 2003.
- CRUZ VILLALÓN, J.: "Hacia una nueva concepción de la legislación laboral", *Temas Laborales* núm. 115/2012, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, págs.13-53.
- CRUZ VILLALÓN, J.: "Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012, *Relaciones Laborales*", Sección Monografías, nº 23 y 24, Diciembre 2012, Año 28, pág. 121, Editorial LA LEY, La Ley Digital [en línea]. Disponible en La Ley 18636/2012. [Fecha de consulta: mayo 2015].

- CRUZ VILLALON, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 7ª Ed., 2014.
- CRUZ VILLALÓN, J. y CARRILLO M.: (2014, agosto, 18). Tribunal Constitucional y derechos laborales. *El País*. Recuperado de http://elpais.com/elpais/2014/07/29/opinion/1406649878_392473.html. [Fecha de consulta: julio 2015]
- DE LE COURT A.: "La Carta Social Europea ante la vulnerabilidad de derechos sociales en tiempo de crisis: desarrollos recientes", Comunicación presentada a las XXV Jornadas Catalanas de Derecho Social - 20 y 21 de febrero de 2014, [en línea] file:///C:/Users/Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9/Downloads/Comunicaci%C3%B3n2014deleCourtdefinitiva.pdf . [Fecha de consulta: junio 2015].
- DEL REY GUANTER, S. (Dtor.): *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley. 2007.
- DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Colección Estudios de Derecho Laboral. Director Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Civitas, Madrid, 1998.
- DE VAL TENA, A.L.: "Nulidad del período de prueba pactado en el contrato de un trabajador que desempeñó idénticas funciones en la empresa: también en el supuesto de hecho de sucesión empresarial". *Aranzadi Social*, núm.2, 1998, págs. 28-31.
- DE VAL TENA, A.L.: "La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012.Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio", *Foro, Nueva época*, Vol.17, núm.2 (2014), pág.437-478.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas, 2008, p. 1087-1088.
- DIEZ -PICAZO, L. "Resolución" en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T. IV, Madrid, 1995, pág. 5889.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos, 1.998, págs. 191-193.
- DÍEZ -PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, *El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, Tecnos, 1.999, págs.245-250.

- DURÁN LÓPEZ, F.: "La relación laboral especial de los deportistas profesionales". Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1985, pág. 262, tomo 2, Editorial LA LEY, La Ley Digital [en línea]. Disponible en La Ley 1000/2001. [Fecha de consulta: mayo 2015].
- DURÁN LÓPEZ, F.: "El período de prueba. Voz para una enciclopedia". Relaciones Laborales, Sección cuestiones prácticas, 1988, Tomo 1, Editorial LA LEY. [En línea]. Disponible en La Ley digital 658/2001. [Fecha de consulta: abril 2015].
- DURÁN LÓPEZ, F.: "El período de prueba", Relaciones Laborales núm. 12, 1988, págs. 89-104.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y LUCAS DURÁN, M.: "El régimen jurídico laboral del contrato: en especial, análisis de su período de prueba" en "El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social". Actum Social núm.61, Marzo 2012, [en línea]. Disponible en EDA 2012/1004034. [Fecha de consulta: mayo 2015].
- ESTEVE SEGARRA, A.: "Particularidades en la relación laboral de un trabajador en una empresa del grupo. La licitud de ciertas prácticas ligadas a la contratación previa del trabajador en otra empresa del grupo" en *Grupos de sociedades y contrato de trabajo* (2002). Disponible en Tirant on line [en línea]. TOL 191.909. [Fecha de consulta: septiembre 2013].
- FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Los contratos formativos en prácticas*, Disponible en Tirant on line [en línea]. Documento TOL4.140.482 [Fecha de consulta: mayo de 2015].
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "El nuevo contrato indefinido de apoyo a emprendedores: luces y sombras" en *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Disponible en Tirant Asesores [en línea]. TOL3.962.367. [Fecha de consulta: mayo 2015].
- FERNANDEZ LOPEZ, M.F., RODRIGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985, (I)", *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1988.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. 226 "Colección laboral".

Disponible en Tirant on line [en línea]. TOL4.143.427. [Fecha de consulta: mayo 2015].

- FERNÁNDEZ PRIETO, M.: "La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea", Revista de Derecho Social núm.69, enero 2015, Ed. Bomarzo, págs.209-222.
- GARCÍA BLASCO, J.: "Crisis económica, reforma laboral y reordenación del contrato de trabajo: entre el fomento de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo", Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo, número 100/2012, especial sobre la reforma laboral de 2012, págs. 91 a 94.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G.: "Extinción del contrato por el empleador durante el período de prueba y no discriminación", Relaciones Laborales 1985-I, págs. 486-491.
- GARCÍA RUBIO, M.A.: "El desistimiento durante el periodo de prueba" en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.
- GARCÍA QUIÑONES, J.C.: "El desistimiento del empleador en la relación laboral especial de empleados de hogar (Comentario a la STS de 5 de junio de 2002)" Relaciones Laborales, nº 6, Sección Comentarios de jurisprudencia. Quincena del 23 marzo al 8 abril. 2003. Año XIX. Tomo 1. [En línea]. Disponible en La Ley digital 4253/2002.
- GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GARRIDO PÉREZ, E.: "Estructura y concurrencia en la negociación colectiva" en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (León, mayo 2015). Colección de Estudios Laborales. Ed.Cinca núm.18, págs.215-282.
- GINÉS I FABRELLAS, A.: "La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo", Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 18/2010 parte de estudio, Aranzadi digital [en línea]. Disponible en BIB 2009/2050. [Fecha de consulta: marzo 2013].
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito". Monografías de Temas Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010.

- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo", *Temas Laborales* núm. 115/2012, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, págs.275-314.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: "Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT" ", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.39, diciembre 2014. Iustel [en línea]. Disponible en RI § 415513. [Fecha de consulta: junio de 2015].
- GUERRERO VIZUETE, E.: "Estabilidad en el empleo y reforma laboral: la debilitación de un principio", *Revista de Derecho Social* núm.61. Enero 2013. Ed. Bomarzo. Pág.95-106.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: "El período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea", *Temas Laborales* núm.124/2014, págs. 227-243.
- HERRAÍZ MARTÍN, M.S.: "El contrato para la formación: nueva legislación y jurisprudencia". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2006, num. 18/2006 parte Estudio. *Aranzadi digital* [en línea] Disponible en BIB 2006/1993. [Fecha de consulta: abril 2015].
- HURTADO GONZÁLEZ, L.: "La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral" en *Artistas en espectáculos públicos*, Ed. La Ley. Madrid. Marzo 2006. [En línea]. Disponible en *La Ley digital* 5692/2007 y 5719/2007. [Fecha de consulta: mayo 2015].
- IGARTUA MIRÓ, M.^a T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Laborum, Murcia, 2003.
- INDA ERREA, M.: "El periodo de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores vulnera la Carta Social Europea". *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 9, 2014. *Aranzadi digital* [en línea] Disponible en BIB 2014/112. [Fecha de consulta: junio 2015].
- JIMENA QUESADA, L.: "La protección internacional de los derechos sociales y laborales. La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales", *Revista de Derecho Social* núm.65, Ed. Bomarzo, enero 2014, págs. 13-28.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil, Parte General. Volumen III*. Dykinson. Madrid, 2005, págs. 106-114.

- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, "¿Es constitucional el período de prueba establecido en el contrato de trabajo de apoyo a emprendedores?. Comentario al auto de 21 de enero de 2.014 del TSJPV". Revista de Derecho Social núm.65. Ed. Bomarzo, enero 2014. Págs.167-180.
- LLANO SÁNCHEZ, M.: "El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar". Actualidad Laboral, nº 6, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 marzo 2012, Tomo 1. Ed. La Ley [en línea]. Disponible en La Ley digital 2624/2012.
- LLEÓ CASANOVA, B.: "Incidencia de las reformas de 2012 en la contratación laboral y en la formación profesional" en *Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de Seguridad Social*, Coord. RODRÍGUEZ PASTOR, G.E. y ALFONSO MELLADO, C.A., 2013, Tirant on line [en línea], Disponible en Tol3.657.715. [Fecha de consulta: junio 2015].
- LÓPEZ GANDÍA, J.: "Comentario al art.14.Período de prueba" en *El Estatuto de los Trabajadores y Leyes complementarias. Comentarios de los artículos reformados*, UGT-País Valenciano, Valencia.
- LÓPEZ TERRADA, A.: "Acerca de los períodos de prueba coincidentes con la duración de los contratos de duración determinada" en *Jurisprudencia social a debate*, Coord. SALA FRANCO, T. 2015. Tirant on line [en línea]. Disponible en TOL 4.659.299. [Fecha de consulta: febrero 2015].
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba", Revista de Derecho Social núm. 63. Julio 2013. Ed. Bomarzo. Págs.143-154.
- MARÍN CORREA, J.M.: "Ingreso mediante pruebas selectivas y período de prueba previsto", Actualidad Laboral, nº 6, Sección Sentencias Ejemplares, Junio 2014, Ref. 175, pág. 724, tomo 1, Editorial LA LEY, [en línea]. Disponible en La Ley digital 3039/2014. [Fecha de consulta: diciembre 2014].
- MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, Montecorvo, 1976.
- MARTÍN VALVERDE, A. y AA.VV: *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1.936*. Congreso de los Diputados, 1.987.
- MARTIN VALVERDE, A.: "Período de prueba" en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, T.III, Madrid, 1995.

- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 23ª Ed., 2014.
- MARTÍN VALVERDE, A.: "Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio (BOE, 15 de agosto)" *Actualidad Laboral*, Nº 12, Sección Estudios, Diciembre 2014, pág. 1352, Editorial LA LEY [en línea]. Disponible en La Ley digital 7948/2014. [Fecha de consulta: junio 2015].
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Artículo 15. Duración del contrato de trabajo" en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T.IV, EDERSA, Madrid, 1983.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: "El contrato de apoyo a los emprendedores y el artículo 30 CDUEFUE. Reflexiones a propósito de la STSJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-117/14, Nisttahuz Poclava", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.40, mayo de 2015, Iustel [en línea]. Disponible en Iustel RI §415880. [Fecha de consulta: junio 2015].
- MERINO SEVILLA, J. y VENTURA FRANCH, A.: "Evolución del Derecho social europeo" en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* número 57, 2005, págs.75-90.
- MIRANDA BOTO, J.: "El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores", *Actualidad Laboral*, Nº 8, Sección Estudios, Quincena del 16 al 30 Abr. 2012, pág. 910, tomo 1, Editorial LA LEY, [en línea]. Disponible en La Ley digital 4496/2012. [Fecha de consulta: junio 2015].
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 35ª Ed., 2014, Tecnos.
- MORENO GENÉ, J.: "La constitucionalidad del período 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, diciembre 2014, Iustel [en línea]. Disponible en Iustel RI §415514. [Fecha de consulta: junio 2015].
- MORENO VIDA, M.N.: "Novedades en materia de modalidades contractuales", *Temas Laborales* núm. 115/2012. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, págs.193-219.

- MORENO VIDA, M.N.: "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm.34, julio 2013. Iustel [en línea]. Disponible en Iustel RI §413561. [Fecha de consulta: junio 2015].
- NARANJO DE LA CRUZ, R.: "Cuestiones sobre el derecho al trabajo derivadas de la reforma laboral de 2012. Perspectiva constitucional", UNED, Revista de Derecho Político, núm.89, enero-abril 2014, págs. 91-134.
- NAVAS PAREJO, M.: "Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas". Revista doctrinal Aranzadi Social núm.2/2013, Ed. Aranzadi, 2013. Disponible en Aranzadi Digital [en línea]. BIB 2013\936. [Fecha de consulta: marzo 2014].
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.: "Una ruta bajo sospecha: hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos (acerca de la reforma laboral 2012 del gobierno del Partido Popular)", Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social núm.34 (2013), págs.67-96.
- PASCUAL ALLEN, M.C.: "Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo" en *La Reforma del mercado laboral*, Director VALDÉS DAL-RE, F., 1994, págs.61-98, Valladolid, Lex Nova.
- PÉREZ REY, J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento de empleo", Revista de Derecho Social núm.57. 2012. Ed. Bomarzo. Págs.51-70.
- PÉREZ REY, J.: (2014, diciembre, 15) Un nuevo golpe al contrato estrella de la reforma laboral. *nueva tribuna.es*. Recuperado de <http://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/nuevo-golpe-contrato-estrella-reforma-laboral/20141215144650110378.html?src=lmTn&pos=8>.
- PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, Ibidem, Madrid, 1995.
- PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: "La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo" en *La reforma laboral de 1994*, Coord. BAYLOS GRAU, A.P, colección Estudios, Servicio de Publicaciones de Castilla La Mancha, Ed.IV, serie, 1996.

- PURCALLA BONILLA, M.A.: "Abogados, relación laboral especial prestación de servicios profesionales", Diario La Ley, Nº 6588, Sección Doctrina, 10 de Noviembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-240, Editorial La Ley [en línea]. Disponible en La Ley digital 3682/2006 [Fecha de consulta: junio 2015].
- PRADOS DE REYES, F.J.: "Los contratos de trabajo en prácticas y para la formación. Modificaciones a su régimen jurídico (y II)", Actualidad Laboral, nº 1, 1985, págs.1.017-1.023.
- PRADOS DE REYES, F. J.: "El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación", Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social, nº 2, 1.985, Dialnet [En línea]. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2852268.pdf. [Fecha de consulta: junio 2015].
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Extinciones por causas objetivas" en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (Dtor. BORRAJO DACRUZ, E) Tomo IX, Vol.I, Ed. Edersa, 1.983.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)* Ed. Montecorvo, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Naturaleza jurídica del período de prueba" en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo 3, Volumen 3º, Madrid, 1961.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes y contenido", Editorial La Ley, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1986, Tomo 1.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos", Relaciones Laborales, Nº 1, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Ene. 2007, Año XXIII, Tomo 1, Editorial La Ley.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "El período de prueba (En torno al artículo 14)", Revista Española de Derecho del Trabajo nº 100, 2000, págs. 465-480.
- RODRÍGUEZ SANTOS, E.: "La dimisión de los deportistas profesionales".Actualidad Laboral, nº 1, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Ene. 2007, Tomo 1. Editorial La Ley, [en línea]. Disponible en La Ley digital 4328/2006 [Fecha de consulta: junio 2015].

- ROJO TORRECILLA, E.: (2015, agosto, 11). Reforma laboral y período de prueba de un año. El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco, pero el Fiscal General del Estado se muestra casi completamente de acuerdo con el TSJ (y una nota sobre la diferencia de criterios entre TC español y el Consejo Constitucional francés).[Mensaje en Blog]. Recuperado de <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/reforma-laboral-y-periodo-de-prueba-de.html>.
- RON LATAS, R.P.: "Las consecuencias jurídico-laborales para los empleados de notarías en caso de traslado del notario", Revista de Información Laboral 3/2015 parte Art.Doctrinal, [disponible en línea] BIB 2015/1023. [Fecha de consulta: febrero de 2013].
- RUBIO LLORENTE, F.: "La igualdad en la aplicación de la Ley". [en línea].https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/rubio_llorente.pdf. [Fecha de consulta: mayo de 2015].
- RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*. 2005. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, págs. 176-178.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", en *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid, 1996, págs. 137-154.
- SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: "Una profunda reforma laboral: Comentario de urgencia al Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral" en *La reforma del mercado de trabajo*. CISS, Valencia, 2012.
- SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, Bilbao, 1990.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C.: "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional", Revista de Derecho Social núm.62, abril 2013, Ed. Bomarzo, págs. 93-122.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C.: "Instrumento para la defensa en el ámbito nacional de los derechos sociales. Carta Social Europea". Fundación 1 de mayo. Informes. Núm.60. Mayo 2013. [en línea]. <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe60.pdf>. [Fecha de consulta: julio de 2015].

- SALCEDO BELTRÁN, M.C.: "Incumplimiento por España de los Tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba", *Revista de Derecho Social*, núm.64, octubre 2013, Ed. Bomarzo, págs.119-134.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C.: "Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 4, nº 2, julio-diciembre de 2014, págs. 29-56.
- SANGUINETI, W.: "La controvertida constitucionalidad de la reforma laboral" en *Trabajo y Derecho*, Colección Laboral, Nueva Revista de Relaciones Laborales, núm.4, abril de 2005. [en línea] TyD_4_2015_opinion "La controvertida constitucionalidad de la reforma laboral" – WSANGUINETI, [Fecha de consulta: julio de 2015].
- SEMPERE NAVARRO, A.: "Resolución del vínculo laboral y período de prueba (Síntesis de la doctrina del T.C.T al hilo de la Sentencia de 10 de mayo de 1980)", *Revista española de derecho del trabajo*, núm.6, 1981, págs.243-256.
- SEMPERE NAVARRO, A.: "La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales", *Revista MTAS* núm.58 (2005), págs.151-183.
- SEMPERE NAVARRO, A.: "Avance de Jurisprudencia Social Unificada (septiembre a diciembre de 2008)", *Revista Aranzadi Doctrinal Social* núm.21/2008. Disponible en Aranzadi Digital [en línea]. BIB 2009/3093. [Fecha de consulta: marzo 2014].
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.8/2013, Ed. Aranzadi 2013. Disponible en Aranzadi Digital [en línea]. BIB 2013/2390. [Fecha de consulta: marzo 2014].
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: "El período de prueba de un año como medida legal ambivalente de flexibilidad laboral en la reforma de 2012" en VV.AA, *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed.Tirant lo Blanch 2013 [en línea]. Disponible en Tirant on line, TOL3.962.609. [Fecha de consulta: mayo 2015].
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: "La aplicación o no del período de prueba estatutario en las relaciones laborales especiales de los

- trabajadores minusválidos (Comentario a la STS de 24 de diciembre de 2001)", Relaciones Laborales, nº 17, Sección Comentarios de jurisprudencia. Quincena del 8 al 23 septiembre 2002. Año XVIII. Tomo 2. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 2373/2002. [Fecha de consulta: junio 2015].
- SUÁREZ CORUJO, B.: "Aspectos de dudosa constitucionalidad contenidos en la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral" en *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013, Tirant lo Blanch. [En línea]. Disponible en TOL3.962.628. [Fecha de consulta: abril de 2015].
 - TODOLÍ SIGNES, A.: "Glosa judicial. Límites a la duración del período de prueba (Comentario a la STS de 20 de julio de 2011, rcud 152/2010". *Actualidad Laboral*, nº 4, Sección Estudios, Quincena del 16 al 29 febrero de 2012, Tomo 1, Editorial LA LEY [en línea]. Disponible en La Ley digital 533/2012 [Fecha de consulta: abril 2015].
 - TOLOSA TRIBIÑO, C.: "Calificación de la extinción del contrato durante la situación de suspensión por incapacidad temporal: una nueva visión desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Actum Social* nº 77-78, 2013. [En línea]. Disponible en EDA 2013/1003251. [Fecha de consulta: abril 2014].
 - TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: "Extinción del contrato en período de prueba" en VV.AA. , *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, págs. 335 y ss.
 - TORRES ANDRÉS, J.M.: "La reforma laboral de la contratación temporal" en XVII Jornadas de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Tarragona 8 y 9 de marzo de 2012, *Las Reformas Laborales del año*, Actum Social núm.64, Junio 2012, Francis-Lefebvre [en línea].Disponible en EDA 2012/1004034. [Fecha de consulta: mayo 2015].
 - TOSCANI GIMÉNEZ, D.: Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012. *Relaciones Laborales*, Nº 19, Sección Doctrina, Octubre 2012, Año 28, pág. 57, tomo II, Editorial LA LEY. [En línea]. Disponible en La Ley digital 16982/2012. [Fecha de consulta: mayo 2015].

- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador", *Aranzadi Social* núm.3/2009, *Aranzadi digital* [en línea]. Disponible en BIB 2009/489.
- VALDÉS DAL-RE, F.: "El contrato en prácticas", *Relaciones Laborales, Sección Doctrina*, 1994, Tomo 1, Editorial LA LEY. [En línea]. Disponible en *La Ley digital* 576/2001. [Fecha de consulta: mayo 2015].
- VALDÉS DAL-RE, F. "La relación laboral de los artistas: notas sobre su configuración". *Relaciones Laborales*, nº 22, Sección Editorial. Quincena del 23 noviembre al 8 diciembre 2008. Año XXIV. Tomo 2. Ed. La Ley [en línea]. Disponible en *La Ley digital* 40843/2008. [Fecha de consulta: mayo 2015].
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: "Política de empleo y período de prueba de un año: crítica desde la doble perspectiva constitucional e internacional", *Temas Laborales* núm.129/2015, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, págs. 79-105.
- VIVERO SERRANO, J.B.: "La celebración del contrato de trabajo y el período de prueba" en *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, págs. 135 a 164.

**RELACIÓN DE SENTENCIAS EN ATENCIÓN A LA
NORMATIVA APLICADA EN ORDEN ASCENDENTE*¹¹²¹.-**

1.- A LA LUZ DE LA LEY DE RELACIONES LABORALES (Ley 16/1976, de 8 de abril).-

- STCT de 29 de septiembre de 1977 (RTCT 1977/4428).
- STCT de 16 de marzo de 1977 (RTCT 1977/1572).
- STS de 20 de enero de 1979 (RJ 1979/71).
- STS de 20 de marzo de 1980 (RJ 1980/1441).
- STS de 12 de enero de 1981 (RJ 1981/192)¹¹²².
- STCT de 9 de noviembre de 1981 (RTCT 1981/7239).
- STCT de 24 de noviembre de 1981 (RTCT 1981/6876).
- STS de 16 de julio de 1982 (RJ 1982/4632).

2.- AL AMPARO DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo).-

- STS de 15 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6707).
- STS de 24 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7895).
- STS de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983/521).
- STS de 3 de mayo de 1983 (RJ 1983/2332).
- STS de 18 de julio de 1983 (RJ 1986/4238).
- STS de 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5590).
- STS de 6 de abril de 1984 (RJ 1984/2047).
- STS de 6 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6344).
- STS de 12 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6365).

*Las sentencias contempladas se pueden consultar en la base de datos jurídica Aranzadi (servicio en línea) con la excepción de aquellas cuya referencia es EDJ que han sido extraídas del recurso electrónico El Derecho.

¹¹²² La calificación de la nulidad sí se remite al Estatuto de los Trabajadores de 1980

- STS de 6 de abril de 1985 (RJ 1985/67).
- STS de 9 de abril de 1985 (RJ 1985/1859).
- STS de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985/5189).
- STS de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985/5190).
- STS de 20 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6159).
- STCT de 6 de marzo de 1986 (RTCT 1986/1502).
- STCT de 16 de abril de 1986 (RTCT 1986/2548).
- STS de 8 de julio de 1986 (RJ 1986/3977).
- STS de 14 de julio de 1986 (RJ 1986/4125).
- STS de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4973).
- STS de 5 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6274).
- STS de 6 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6289).
- STS de 18 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6469).
- STS de 25 de enero de 1987 (RJ 1987/122).
- STS de 10 de febrero de 1987 (RJ 1987/824)
- STS de 23 de febrero de 1987 (RJ 1987/1094).
- STS de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987/1395).
- STS de 14 de julio de 1987 (RJ 1987/5367).
- STS de 19 de octubre de 1987 (RJ 1987/7071).
- STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7146).
- STS de 5 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9558).
- STCT de 30 de marzo de 1989 (RTCT 1989/2244).
- STSJ Madrid de 19 de junio de 1989 (AS 1989/488 M).
- STS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9090).

- STS de 15 de febrero de 1990 (RJ 1990/1091).
- STS de 11 de mayo de 1990 (RJ 1990/4308).
- STS de 19 de junio de 1990 (RJ 1990/5486).
- STS de 6 de julio de 1990 (RJ 1990/6068).
- STS de 19 de julio de 1990 (RJ 1990/6436).
- STS de 1 de octubre de 1990 (RJ 1990/7513).
- STS de 26 de octubre de 1990 (RJ 1990/7718).
- STS 14 de febrero de 1991 (RJ 1991/837).
- STSJ Extremadura de 8 de marzo de 1991 (AS 1991/2205).
- STS de 27 de marzo de 1991 (RJ 1991/1903).
- STS 25 de marzo de 1.991 (RJ 1991/1898).
- STS de 18 de julio de 1.990 (RJ 1990/6426).
- STS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9088).
- STSJ Cataluña de 17 de enero de 1992 (AS 1992/296).
- STSJ Islas Canarias de 20 de enero de 1992 (AS 1992/65).
- STSJ Islas Baleares de 11 de febrero de 1992 (AS 1992/523).
- STSJ Cataluña de 5 de marzo de 1992 (AS 1992/1674).
- STSJ Castilla y León de 23 de marzo de 1992 (AS 1992/1453).
- STSJ Islas Canarias de 10 de abril de 1992 (AS 1992/2010).
- STSJ Cataluña de 21 de abril de 1992 (AS 1992/2298).
- STSJ Madrid de 4 de junio de 1992 (AS 1992/3412).
- STSJ Murcia de 25 de junio de 1992 (AS 1992/3289).
- STSJ C. Valenciana de 9 de julio de 1992 (AS 1992/3946).
- STSJ Madrid de 13 de julio de 1992 (AS 1992/3694).

- STSJ Cataluña de 22 de julio de 1992 (AS 1992/4063).
- STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 1992 (AS 1992/4348).
- STSJ Castilla La Mancha de 30 de septiembre de 1992 (AS 1992/4571).
- STSJ Murcia de 8 de octubre de 1992 (AS 1992/5053).
- STSJ Andalucía de 13 de octubre de 1992 (AS 1992/5010).
- STSJ Cataluña de 15 de octubre de 1992 (AS 1992/5114).
- STSJ Cataluña de 26 de octubre de 1992 (AS 1992/5150).
- STSJ Islas Baleares de 28 de octubre de 1992 (AS 1992/4860).
- STSJ Asturias de 30 de octubre de 1992 (AS 1992/4979).
- STSJ Aragón de 18 de noviembre de 1992 (AS 1992/5792).
- STSJ Castilla y León de 14 de diciembre de 1992 (AS 1992/6109).
- STSJ Madrid de 21 de diciembre de 1992 (AS 1992/6255).
- STSJ La Rioja de 31 de diciembre de 1992 (AS 1992/6009).
- STSJ Andalucía de 18 de enero de 1993 (AS 1993/538).
- STSJ Madrid de 28 de enero de 1993 (AS 1993/349).
- STSJ Islas Baleares de 17 de febrero de 1993 (AS 1993/709).
- STSJ Andalucía de 23 de febrero de 1993 (AS 1993/698).
- STSJ Galicia de 24 de febrero de 1993 (AS 1993/766).
- STSJ Islas Baleares de 30 de marzo de 1993 (AS 1993/1485).
- STSJ País Vasco de 11 de mayo de 1993 (AS 1993/2195).
- STSJ País Vasco de 26 de mayo de 1993 (AS 1993/2208).
- STSJ C. Valenciana de 4 de junio de 1993 (AS 1993/3058).
- STSJ Cataluña de 7 de junio de 1993 (AS 1993/2963).

- STSJ Islas Canarias de 11 de junio de 1993 (AS 1993/2764).
- STSJ Cantabria de 14 de junio de 1993 (AS 1993/2892).
- STSJ Aragón de 16 de junio de 1993 (AS 1993/2914).
- STSJ Madrid de 16 de junio de 1993 (AS 1993/3154).
- STSJ Andalucía de 30 de julio de 1993 (AS 1993/3325).
- STSJ Cataluña de 31 de julio de 1993 (AS 1993/3603).
- STSJ Castilla y León de 19 de octubre de 1993 (AS 1993/4496).
- STSJ Extremadura de 15 de noviembre de 1993 (AS 1993/4810).
- STSJ Islas Canarias de 18 de noviembre de 1993 (AS 1993/4987).
- STSJ Islas Canarias de 23 de noviembre de 1993 (AS 1993/4989).
- STSJ Galicia de 29 de noviembre de 1993 (AS 1993/4748).
- STSJ Castilla La Mancha de 24 de diciembre de 1993 (AS 1993/5434).
- STSJ Islas Canarias de 30 de diciembre de 1993 (AS 1993/5236).
- STSJ Castilla y León de 4 de enero de 1994 (AS 1994/256).
- STSJ Cataluña de 10 de enero de 1994 (AS 1994/143).
- STSJ Galicia de 20 de enero de 1994 (AS 1994/217).
- STSJ Islas Canarias de 1 de febrero de 1994 (AS 1994/452).

- STSJ Castilla y León de 22 de febrero de 1994 (AS 1994/486).
- STSJ C. Valenciana de 4 de marzo de 1994 (AS 1994/1210).

- STSJ Castilla y León de 13 de abril de 1994 (AS 1994/1364).
- STSJ C. Valenciana de 22 de abril de 1994 (AS 1994/1704).
- STSJ Extremadura de 30 de abril de 1994 (AS 1994/1382).
- STSJ Murcia de 19 de mayo de 1994 (AS 1994/1818).
- STSJ Cataluña de 7 de junio de 1994 (AS 1994/2547).
- STSJ Castilla La Mancha de 15 de junio de 1994 (AS 1994/2768).
- STSJ Castilla y León de 16 de junio de 1994 (AS 1994/2362).
- STSJ Madrid de 1 de julio de 1994 (AS 1994/3123).

- STSJ Cataluña de 26 de julio de 1994 (AS 1994/3079).
- STSJ País Vasco de 12 de septiembre de 1994 (AS 1994/3560).

- STSJ Asturias de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994/4703).

- STSJ Galicia de 13 de enero de 1995 (AS 1995/134).
- STSJ Madrid de 13 de febrero de 1995 (AS 1995/812).
- STSJ Madrid de 16 de febrero de 1995 (AS 1995/820).
- STSJ Cataluña de 15 de marzo de 1995 (AS 1995/1130).
- STSJ Madrid de 16 de marzo de 1995 (AS 1995/1284).
- STSJ Cataluña de 20 de marzo de 1995 (AS 1995/1138).
- STSJ C. Valenciana de 31 de marzo de 1995 (AS 1995/1332).
- STSJ Castilla y León de 19 de abril de 1995 (AS 1995/1340).
- STSJ Castilla y León de 2 de mayo de 1995 (AS 1995/2035).

- STSJ Cataluña de 7 de junio de 1995 (AS 1995/2381).
- STSJ Madrid de 10 de octubre de 1995 (AS 1995/3896).

-STSJ C. Valenciana de 14 de diciembre de 1995 (AS 1995/4541).

-STSJ Cataluña de 22 de diciembre de 1995 (AS 1995/4920).

-STSJ C. Valenciana de 16 de enero de 1996 (AS 1996/126).

-STSJ Cantabria de 12 de febrero de 1996 (AS 1996/900).

-STSJ Madrid de 15 de febrero de 1996 (AS 1996/995).

-STSJ C. Valenciana de 24 de abril de 1996 (AS 1996/1983).

-STSJ Madrid de 28 de junio de 1996 (AS 1996/3216).

-STSJ Madrid de 24 de septiembre de 1996 (AS 1996/3542).

-STS 21 de enero de 1997 (RJ 1997/624).

3.- A PARTIR DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, REDACCIÓN DADA POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, DE 24 DE MARZO A LA ACTUALIDAD.-

-STSJ Navarra de 14 de diciembre de 1995 (AS 1995/4670).

-STSJ de Islas Canarias de 16 de enero de 1996 (AS 1996/146).

-STSJ de Islas Baleares de 30 de enero de 1996 (AS 1996/18).

-STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 1996 (AS 1996/351).

-STSJ de Castilla La Mancha de 11 de abril de 1996 (AS 1996/1377).

-STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 1996 (AS 1996/1317).

-STSJ de Murcia de 30 de abril de 1996 (AS 1996/1387).

-STSJ de Asturias de 3 de mayo de 1996 (AS 1996/2263).

-STSJ de Comunidad Valenciana de 11 de junio de 1996 (AS 1996/2409).

-STSJ de Madrid de 20 de junio de 1996 (AS 1996/3205).

-STSJ de Castilla y León de 25 de junio de 1996 (AS 1996/2362).

- STSJ de País Vasco de 9 de septiembre de 1996 (AS 1996/3583).
- STSJ de Andalucía de 23 de septiembre de 1996 (AS 1996/4881).
- STSJ de País Vasco de 8 de octubre de 1996 (AS 1996/3710).
- STSJ de Madrid de 9 de octubre de 1996 (AS 1996/4212).
- STSJ de I. Canarias de 15 de noviembre de 1996 (AS 1996/4391).
- STSJ de Castilla La Mancha de 30 de noviembre de 1996 (AS 1996/3944).
- STSJ de Castilla y León de 10 de diciembre de 1996 (AS 1996/4660).
- STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 1996 (AS 1996/4700).
- STC de 3 de diciembre de 1996 (RTC 147/1996).

- STSJ de Castilla La Mancha de 1 de marzo de 1997 (AS 1997/1025).
- STSJ de Andalucía de 18 de febrero de 1997 (AS 1997/333).
- STSJ de Madrid de 5 de marzo de 1997 (AS 1997/793).
- STSJ de C. Valenciana de 11 de marzo de 1997 (AS 1997/1128).
- STSJ de Madrid de 13 de marzo de 1997 (AS 1997/805).
- STSJ de Galicia de 8 de abril de 1997 (AS 1997/1510).
- STSJ de Madrid de 5 de mayo de 1997 (AS 1997/1720).
- STSJ de C. Valenciana de 6 de mayo de 1997 (AS 1997/1600).
- STSJ de Madrid de 23 de mayo de 1997 (AS 1997/4697).
- STSJ de Andalucía de 13 de junio de 1997 (AS 1997/4544).
- STSJ de Extremadura de 30 de junio de 1997 (AS 1997/2412).

- STSJ de Murcia de 2 de julio de 1997 (AS 1997/2946).
- STSJ de Cataluña de 17 de julio de 1997 (AS 1997/3139).
- STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1997 (AS 1997/3140).
- STSJ de Castilla y León de 28 de julio de 1997 (AS 1997/4927).
- STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 1997 (AS 1997/3240).
- STSJ de Islas Canarias de 29 de septiembre de 1997 (AS 1997/3136).
- STSJ de Cantabria de 7 de octubre de 1997 (AS 1997/3671).
- STSJ de Islas Baleares de 13 de octubre de 1997 (AS 1997/4358).
- STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 1997 (AS 1997/4002).
- STSJ de Madrid de 16 de octubre de 1997 (AS 1997/3746).
- STSJ de Islas Canarias de 31 de octubre de 1997 (AS 1997/5027).
- STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 1997 (AS 1997/3796).
- STSJ de País Vasco de 11 de noviembre de 1997 (AS 1997/4119).
- STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 1997 (AS 1997/3934).
- STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 1997 (AS 1997/3943).
- STSJ de Extremadura de 24 de noviembre de 1997 (AS 1997/4230).
- STSJ de Castilla y León de 9 de diciembre de 1997 (AS 1997/4341).
- STSJ de Murcia de 23 de enero de 1998 (JUR 1998/97500).
- STSJ de Cataluña de 14 de enero de 1998 (AS 1998/5371).
- STSJ de Cataluña de 26 de enero de 1998 (AS 1998/561).
- STSJ de C. Valenciana de 29 de enero de 1998 (AS 1998/832).
- STSJ de Asturias de 13 de febrero de 1998 (AS 1998/146).

- STSJ de Aragón de 18 de febrero de 1998 (AS 1998/362).
- STSJ de I. Canarias de 20 de febrero de 1998 (AS 1998/1749).
- STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 1998 (AS 1998/1819).
- STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 1998 (AS 1998/1823).
- STSJ de Aragón de 25 de marzo de 1998 (AS 1998/914).
- STSJ de C. Valenciana de 25 de marzo de 1998 (AS 1998/1934).
- STSJ de Castilla La Mancha de 20 de abril de 1998 (AS 1998/1641).
- STSJ de C. Valenciana de 5 de mayo de 1998 (AS 1998/2230).
- STSJ de Andalucía de 6 de mayo de 1998 (AS 1998/2335).
- STSJ de Madrid de 14 de mayo de 1998 (AS 1998/1719).
- STSJ de I. Canarias de 5 de junio de 1998 (AS 1998/3146).
- STSJ de C. Valenciana de 10 de junio de 1998 (AS 1998/2640).
- STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 1998 (AS 1998/6316).
- STSJ de Madrid de 29 de junio de 1998 (AS 1998/5554).
- STSJ de Andalucía de 1 de julio de 1998 (AS 1998/3451).
- STSJ de Madrid de 14 de julio de 1998 (AS 1998/5757).
- STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 1998 (AS 1998/3321).
- STSJ de Andalucía de 18 de septiembre de 1998 (AS 1998/2976).
- STSJ de País Vasco de 22 de septiembre de 1998 (AS 1998/4978).
- STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 1998 (AS 1998/3365).
- STSJ de Galicia de 25 de septiembre de 1998 (AS 1998/6328).
- STSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 1998 (AS 1998/3990).
- STSJ de Galicia de 13 de octubre de 1998 (AS 1998/6336).
- STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 1998 (AS 1998/4356).

-STSJ de I. Baleares de 13 de noviembre de 1998 (AS 1998/7094).

-STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 1999 (AS 1999/4147).

-STSJ de Galicia de 10 de diciembre de 1998 (AS 1998/4232).

-STSJ de Cantabria de 14 de diciembre de 1999 (AS 1999/4695).

-STSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 1998 (AS 1998/4960).

-STSJ de Islas Canarias de 21 de diciembre de 1998 (AS 1998/7484).

-STSJ de Castilla y León de 11 de enero de 1999 (AS 1999/5578).

-STSJ de Castilla y León de 11 de enero de 1999 (AS 1999/695).

-STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1999 (AS 1999/60).

-STSJ de I. Baleares de 10 de febrero de 1999 (AS 1999/535).

-STSJ de Murcia de 16 de febrero de 1999 (AS 1999/962).

-STSJ de Castilla y León de 22 de febrero de 1999 (AS 1999/1310).

-STSJ de Castilla y León de 26 de febrero de 1999 (AS 1999/5591).

-STSJ de Galicia de 3 de marzo de 1999 (AS 1999/213).

-STSJ de Madrid de 10 de marzo de 1999 (AS 1999/1335).

-STSJ de Castilla y León de 22 de marzo de 1999 (AS 1999/1230).

-STJS de Galicia de 26 de marzo de 1999 (AS 1999/451).

-STSJ de C. Valenciana de 31 de marzo de 1999 (AS 1999/1650).

-STSJ de Cantabria de 1 de abril de 1999 (AS 1999/2025).

-STSJ de Galicia de 23 de abril de 1999 (AS 1999/860).

-STSJ de La Rioja de 20 de mayo de 1999 (AS 1999/5980).

-STSJ de Madrid de 20 de mayo de 1999 (AS 1999/6227).

- STSJ de Galicia de 27 de mayo de 1999 (AS 1999/5413).
- STSJ de Madrid de 22 de junio de 1999 (AS 1999/2759).
- STSJ de Galicia de 22 de junio de 1999 (AS 1999/1972).
- STSJ de Cataluña de 30 de junio de 1999 (AS 1999/2840).
- STSJ de Cataluña de 13 de julio de 1999 (AS 1999/6483).
- STSJ de Andalucía de 15 de julio de 1999 (AS 1999/6889).
- STSJ de Navarra de 23 de julio de 1999 (AS 1999/3040).
- STSJ de I. Canarias de 24 de septiembre de 1999 (AS 1999/4775).
- STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 1999 (AS 1999/3347).
- STSJ de Andalucía de 26 de octubre de 1999 (AS 1999/4416).
- STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 1999 (AS 1999/6327).
- STSJ de I. Baleares de 15 de noviembre de 1999 (AS 1999/6837).
- STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 1999 (AS 2000/340).
- STSJ de Castilla La Mancha de 29 de noviembre de 1999 (AS 1999/4025).
- STSJ de Extremadura de 14 de diciembre de 1999 (AS 1999/7343).
- STSJ de Extremadura de 2 de noviembre de 2000 (JUR 2001/46661).
- STSJ de Galicia de 22 de enero de 2000 (AS 2000/105).
- STSJ de País Vasco de 8 de febrero de 2000 (AS 2000/823).
- STSJ de Andalucía de 17 de febrero de 2000 (AS 2000/5073).
- STSJ de País Vasco de 29 de febrero de 2000 (AS 2000/3272).
- STSJ de Asturias de 24 de marzo de 2000 (AS 2000/501).
- STSJ de La Rioja de 11 de abril de 2000 (AS 2000/1969).

- STSJ de País Vasco de 18 de abril de 2000 (AS 2000/3159).
- STSJ de I. Baleares de 25 de abril de 2000 (AS 2000/2136).
- STSJ de Islas Canarias de 28 de abril de 2000 (AS 2000/3142).
- STSJ de Andalucía de 12 de mayo de 2000 (AS 2000/2691).
- STSJ de Andalucía de 17 de mayo de 2000 (AS 2000/2688).
- STSJ de C. Valenciana de 18 de mayo de 2000 (AS 2000/1949).
- STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000 (AS 2000/2651).
- STSJ de C. Valenciana de 18 de mayo de 2000 (JUR 2000/292825).
- STSJ de I. Baleares de 22 de mayo de 2000 (AS 2000/2526).
- STSJ de C. Valenciana de 6 de junio de 2000 (AS 2000/4421).
- STSJ de Madrid de 8 de junio de 2000 (AS 2000/3198).
- STSJ de Madrid de 19 de junio de 2000 (AS 2000/3257).
- STSJ de C. Valenciana de 13 de julio de 2000 (AS 2001/587).
- STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 2000 (JUR 2000/307280).
- STSJ de País Vasco de 5 de septiembre de 2000 (JUR 2001/40132).
- STSJ de C. Valenciana de 7 de septiembre de 2000 (JUR 2001/75526).
- STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2000 (JUR 2000/307686).
- STSJ de C. Valenciana de 11 de septiembre de 2000 (AS 2000/3107).
- STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2000 (JUR 2000/307935).
- STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2000 (AS 2000/2901).
- STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000/308359).

-STSJ de Islas Canarias de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000/300306).

-STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2000 (AS 2000/2791).

-STSJ de Castilla y León de 25 de septiembre de 2001 (JUR 2001/322893).

-STSJ de Castilla y León de 10 de octubre de 2000 (JUR 2001/22572).

-STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2000 (JUR 2001/24255).

-STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2000 (AS 2000/3465).

-STSJ de C. Valenciana de 27 de octubre de 2000 (JUR 2001/91952).

-STSJ de País Vasco de 31 de octubre de 2000 (JUR 2001/46352).

-STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2000 (AS 2000/3679)

-STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001/29225).

-STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003/95611).

-STSJ de C. Valenciana de 23 de noviembre de 2000 (AS 2001/1010).

-STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2000 (AS 2001/361).

-STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2000 (JUR 2001/32219).

-STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2000 (JUR 2001/94337).

-STSJ de C. Valenciana de 13 de diciembre de 2000 (AS 2001/164461).

-STSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2000 (JUR 2001/96616).

-STSJ de C. Valenciana de 11 de enero de 2001 (JUR 2001/164813).

-STSJ de Castilla y León de 15 de enero de 2001 (JUR 2001/121194).

-STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2001 (AS 2001/43).

- STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2001 (AS 2001/674).
- STS de 29 de enero de 2001 (RJ 2001/2069).
- STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2001 (AS 2001/689).
- STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2001 (JUR 2001/146864).
- STSJ de Madrid de 9 de febrero de 2001 (AS 2001/1254).
- STSJ de Castilla La Mancha de 14 de febrero de 2001 (JUR 2001/147846).
- STSJ de Madrid de 16 de febrero de 2001 (JUR 2001/137125).
- STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2001 (JUR 2001/138344).
- STSJ de C. Valenciana de 22 de febrero de 2001 (AS 2001/3007).
- STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2001 (AS 2001/1332).
- STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2001 (AS 2001/215).
- STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2001 (AS 2001/333).
- STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2001 (JUR 2001/166405).
- STSJ de País Vasco de 20 de marzo de 2001 (AS 2001/1942).
- STSJ de Cataluña 29 de marzo de 2001 (JUR 2001/155816).
- STSJ de Aragón de 2 de abril de 2001 (JUR 2001/171379).
- STSJ de Andalucía de 4 de abril de 2001 (AS 2001/2929).
- STSJ de Madrid de 27 de abril de 2001 (AS 2001/2353).
- STSJ de Andalucía de 2 de mayo de 2001 (AS 2001/2552).
- STSJ de Andalucía de 2 de mayo de 2001 (AS 2001/2852).
- STSJ de Andalucía de 4 de mayo de 2001 (AS 2001/2631).
- STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2001 (AS 2001/1139).
- STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2001 (JUR 2001/200896).
- STSJ de Castilla y León de 12 de junio de 2001 (AS 2001/2772).

- STSJ de Islas Canarias de 19 de junio de 2001 (AS 2001/4536).
- STSJ de Navarra de 30 de junio de 2001 (AS 2001/2532).
- STSJ de Madrid de 10 de julio de 2001 (JUR 2001/281517).
- STSJ de C. Valenciana de 12 de julio de 2001 (AS 2001/2055).
- STSJ de Aragón de 24 de julio de 2001 (AS 2001/2666).
- STSJ de Islas Baleares de 24 de julio de 2001 (AS 2001/3701).
- STSJ de Castilla La Mancha de 3 de julio de 2002 (AS 2003/783).
- STSJ de Islas Baleares de 16 de julio de 2001 (JUR 2001/281882).
- STSJ de Asturias de 27 de julio de 2001 (AS 2001/1918).
- STSJ de País Vasco de 30 de julio de 2001 (AS 2001/4563).
- STSJ de Madrid de 18 de septiembre de 2001 (JUR 2001/327032).
- STSJ de Castilla La Mancha de 25 de septiembre de 2001 (AS 2001/4634).
- STS (Sala de lo Civil) de 25 de septiembre de 2001 (JUR 2001/8150).
- STS de 5 de octubre de 2001 (RJ 2001/9590).
- STSJ de Castilla y León de 15 de octubre de 2001 (JUR 2002/9747).
- STSJ de Castilla y León de 5 de noviembre de 2001 (JUR 2002/19136).
- STSJ de C. Valenciana de 8 de noviembre de 2001 (AS 2002/3182).
- STSJ de Castilla y León de 20 de noviembre de 2001 (AS 2001/4544).
- STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2001 (AS 2002/1263).
- STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2001 (AS 2001/709).

-STSJ de C. Valenciana de 12 de diciembre de 2001 (JUR 2002/267596).

-STSJ de C. Valenciana de 12 de diciembre de 2001 (AS 2002/3276).

-STS de 24 de diciembre de 2001 (EDJ 2001/61062).

-STSJ de Andalucía de 3 de enero de 2002 (JUR 2002/95268).

-STSJ de Comunidad Valenciana de 10 de enero de 2002 (JUR 2002/249663).

-STSJ de Madrid de 18 de enero de 2002 (AS 2002/1013).

-STS de 24 de enero de 2002 (RJ 2002/5302).

-STSJ de Islas Canarias de 30 de enero de 2002 (AS 2002/2392).

-STSJ de Asturias de 1 de febrero de 2002 (AS 2002/203).

-STSJ de C. Valenciana de 6 de febrero de 2002 (JUR 2003/55817).

-STSJ de C. Valenciana de 6 de febrero de 2002 (JUR 2002/268634).

-STSJ de C. Valenciana de 6 de febrero de 2002 (JUR 2002/131012).

-STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2002 (AS 2002/1441).

-STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2002 (AS 2002/769).

-STSJ de Castilla y León de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002/103919).

-STSJ de Castilla La Mancha de 28 de febrero de 2002 (JUR 2002/16148).

-STSJ de Navarra de 28 de febrero de 2002 (JUR 2002/118283).

-STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2002 (AS 2002/1570).

-STSJ de C. Valenciana de 21 de marzo de 2002 (AS 2003/359).

-STSJ de Madrid de 3 de abril de 2002 (AS 2002/1655).

- STSJ de C. Valenciana de 11 de abril de 2002 (JUR 2003/56734).
- STSJ de País Vasco de 16 de abril de 2002 (JUR 2002/166180).
- STSJ de La Rioja de 18 de abril de 2002 (JUR 2002/197292).
- STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2002 (AS 2002/1989).
- STSJ de Madrid de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/167506).
- STSJ de Madrid de 30 de abril de 2002 (JUR 2002/168906).
- STSJ de Murcia de 15 de mayo de 2002 (AS 2002/2184).
- STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2002 (JUR 2002/286089).
- STSJ de Andalucía de 30 de mayo de 2002 (JUR 2002/240380).
- STSJ de Castilla La Mancha de 3 de junio de 2002 (JUR 2003/60367).
- STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2002 (AS 2002/2485).
- STSJ de I. Canarias de 28 de junio de 2002 (JUR 2003/88755).
- STSJ de Castilla La Mancha de 3 de julio de 2002 (AS 2003/783).
- STSJ de C. Valenciana de 4 de julio de 2002 (EDJ 2002/86521).
- STSJ de I. Canarias de 8 de julio de 2002 (JUR 2002/248490).
- STSJ de C. Valenciana de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/155664).
- STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2002 (AS 2002/2880).
- STSJ de Asturias de 12 de julio de 2002 (AS 2002/2291).
- STSJ de I. Baleares de 18 de julio de 2002 (JUR 2002/270972).
- STSJ de Andalucía de 18 de julio de 2002 (AS 2002/4021).
- STSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2002 (AS 2003/67).
- STSJ de Islas Canarias de 26 de julio de 2002 (AS 2003/2385).
- STSJ de Cantabria de 13 de agosto de 2002 (JUR 2002/262602).
- STSJ de Islas Canarias de 30 de septiembre de 2002 (AS 2003/2387).

- STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2002 (AS 2002/3456).
- STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2002 (AS 2002/3981).
- STSJ de Islas Canarias de 25 de octubre de 2002 (AS 2003/2390).
- STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/4162).
- STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2002 (JUR 2002/255538).
- STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2002 (JUR 2002/256390).
- STSJ de País Vasco de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/132722).
- STSJ de C. La Mancha de 2 de octubre de 2002 (JUR 2003/58778).
- STSJ de Andalucía de 9 de octubre de 2002 (JUR 2003/36316).
- STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2002 (JUR 2002/284277).
- STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003/77895).
- STSJ de Castilla La Mancha de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003/90476).
- STSJ de C. Valenciana de 23 de octubre de 2002 (JUR 2003/206954).
- STSJ de País Vasco de 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/3366).
- STSJ de Andalucía de 8 de noviembre de 2002 (JUR 2003/53280).
- STSJ de Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2002 (AS 2003/1724).
- STSJ de Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2002 (AS 2003/1531).
- STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003/95789).
- STSJ de País Vasco de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003/81812).

-STSJ de Madrid de 29 de noviembre de 2002 (JUR 2003/95878).

-STSJ de Castilla La Mancha de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003/106934).

-STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 2002 (JUR 2003/33176).

-STSJ de Islas Baleares de 10 de diciembre de 2002 (AS 2003/1660).

-STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2002 (JUR 2003/33583).

-STSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2002 (JUR 2003/124936).

-STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2002 (JUR 2003/33777).

-STSJ de Castilla y León de 12 de diciembre de 2002 (JUR 2003/43527).

-STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002 (AS 2003/266).

-STSJ de Andalucía de 9 de enero de 2003 (AS 2003/1361).

-STSJ de Madrid de 17 de enero de 2003 (JUR 2003/111404).

-STSJ de Castilla y León de 20 de enero de 2003 (AS 2003/316).

-STSJ de C. Valenciana de 30 de enero de 2003 (JUR 2003/215903).

-STSJ de Madrid de 24 de enero de 2003 (JUR 2003/111565).

-STSJ de Islas Canarias de 3 de febrero de 2003 (AS 2003/2982).

-STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003/148607).

-STSJ de C. Valenciana de 14 de febrero de 2003 (AS 2003/2915).

-STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2003 (AS 2003/1701).

-STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2003 (AS 2003/2465).

- STSJ de Madrid de 18 de febrero de 2003 (AS 2004/1226).
- STSJ de C. Valenciana de 27 de febrero de 2003 (AS 2003/2952).
- STSJ de Cataluña 7 de marzo de 2003 (JUR 2003/129506).
- STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2003 (AS 2003/2730).
- STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2003 (AS 2003/2858).
- STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2003 (JUR 2003/195869).
- STSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2003 (JUR 2003/130571).
- STSJ de Aragón de 7 de abril de 2003 (AS 2003/1969).
- STSJ de País Vasco de 29 de abril de 2003 (JUR 2003/151155).
- STSJ de Andalucía de 14 de mayo de 2003 (AS 2003/3804).
- STSJ de Aragón de 18 de junio de 2003 (AS 2003/2224).
- STSJ de Andalucía de 24 de junio de 2003 (JUR 2003/184496).
- STSJ de I. Canarias de 26 de junio de 2003 (JUR 2004/65916).
- STSJ de Andalucía de 9 de septiembre de 2003 (AS 2004/1369).
- STSJ de Islas Canarias de 30 de septiembre de 2003 (AS 2003/4102).
- STSJ de Castilla y León de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2004/74804).
- STSJ de Andalucía de 14 de octubre de 2003 (AS 2003/3637).
- STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 2003 (JUR 2004/942520).
- STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2003 (AS 2004/2249).
- STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004/2287).
- Juzgado de lo Social núm.2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013' (AS 2013/2802).

-STSJ de C Valenciana de 3 de diciembre de 2003 (JUR 2004/165379).

-STSJ de Islas Canarias de 9 de diciembre de 2003 (AS 2004/416).

-STSJ de Andalucía de 22 de diciembre de 2003 (AS 2003/4214).

-STSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2003 (JUR 2004/68365).

-STSJ de C. Valenciana de 29 de diciembre de 2003 (AS 2004/1450).

-STSJ de Galicia de 20 de enero de 2004 (JUR 2004/80380).

-STSJ de Islas Canarias de 23 de enero de 2004 (AS 2004/690).

-STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2004 (JUR 2004/81679).

-STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2004 (AS 2004/2656).

-STSJ de Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2004 (JUR 2004/317690).

-STSJ de C. Valenciana de 11 de marzo de 2004 (AS 2004/1709).

-STSJ de Islas Baleares de 22 de marzo de 2004 (AS 2004/1321).

-STSJ de Castilla y León de 22 de marzo de 2004 (AS 2004/2036).

-STSJ de I. Canarias de 16 de abril de 2004 (JUR 2004/152388).

-STSJ de Madrid de 26 de abril de 2004 (AS 2004/2420).

-STSJ de País Vasco de 27 de abril de 2004 (AS 2004/1080).

-STSJ de C. Valenciana de 11 de mayo de 2004 (AS 2004/3507).

-STSJ de C. Valenciana de 27 de mayo de 2004 (AS 2004/3687).

-STSJ de Cataluña de 3 de junio (JUR 2004/209001).

-STSJ de C. Valenciana de 24 de junio de 2004 (JUR 2005/10148).

-STSJ de Islas Baleares de 9 de julio de 2004 (AS 2004/3349).

-STSJ de Andalucía de 15 de julio de 2004 (AS 2005/318).

-STSJ de Navarra de 7 de septiembre de 2004 (JUR 2004/282596).

-STSJ de Islas Canarias de 9 de septiembre de 2004 (AS 2004/2829).

-STSJ de País Vasco de 14 de septiembre de 2004 (AS 2005/158).

-STSJ de Castilla y León de 4 de octubre de 2004 (JUR 2004/281572).

-STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2004 (JUR 2004/308458).

-STSJ de C. Valenciana de 6 de octubre de 2004 (AS 2004/3770).

-STSJ de País Vasco de 13 de octubre de 2004 (AS 2004/2885).

-STSJ de País Vasco de 13 de octubre de 2004 (JUR 2005/18131).

-STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2004 (JUR 2005/120329).

-STSJ de País Vasco de 22 de octubre de 2004 (JUR 2005/17471).

-STSJ de Castilla La Mancha de 26 de octubre de 2004 (AS 2004/2925).

-STSJ de Islas Canarias de 28 de octubre de 2004 (AS 2004/2994).

-STSJ de Comunidad Valenciana de 17 de noviembre de 2004 (AS 2004/3876).

-STSJ de Islas Canarias de 18 de noviembre de 2004 (AS 2004/3710).

-STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2004 (JUR 2005/35457).

-STSJ de Islas Canarias de 1 de diciembre de 2004 (JUR 2005/46035).

-STSJ de Islas Canarias de 1 de diciembre de 2004 (AS 2004/3988).

-STSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2004 (AS 2004/3757).

-STSJ de C. Valenciana de 17 de diciembre de 2004 (AS 2005/223).

-STSJ de Aragón de 29 de diciembre de 2004 (AS 2004/4002).

-STSJ de Castilla y León de 10 de enero de 2005 (AS 2005/68).

-STS de 18 de enero de 2005 (RJ 2005/2425).

-STSJ de País Vasco de 25 de enero de 2005 (AS 2005/637).

-STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2005 (AS 2005/649).

-STSJ de Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2005 (JUR 2005/131843).

-STSJ de Castilla León de 21 de febrero de 2005 (AS 2005/132).

-STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2005 (JUR 2006/209668).

-STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005/201157).

-STSJ de Navarra de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/119508).

-STSJ de País Vasco de 5 de abril de 2005 (AS 2005/810).

-STSJ de País Vasco de 5 de abril de 2005 (AS 2005/2291).

-STSJ de Galicia de 13 de abril de 2005 (JUR 2005/158118).

- STSJ de C. Valenciana de 15 de abril de 2005 (AS 2005/1558).
- STSJ de Madrid de 18 de abril de 2005 (JUR 2005/200927).
- STSJ de Andalucía de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/14337).
- STSJ de Andalucía de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/14338).
- STSJ de C. Valenciana de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/164597).
- STSJ de Galicia de 5 de mayo de 2005 (JUR 2006/82184).
- STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2005 (JUR 2005/200645).
- STSJ de Andalucía de 12 de mayo de 2005 (AS 2005/3477).
- STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2005 (AS 2005/1516).
- STSJ de Castilla La Mancha de 2 de junio de 2005 (JUR 2005/137396).
- STSJ de Murcia de 6 de junio de 2005 (JUR 2005/154896).
- STSJ de País Vasco de 14 de junio de 2005 (AS 2005/2284).
- STSJ de Andalucía de 16 de junio de 2005 (JUR 2009/23391).
- STSJ de Madrid de 20 de junio de 2005 (JUR 2006/68333).
- STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2005 (JUR 2006/233799).
- STSJ de País Vasco de 28 de junio de 2005 (AS 2005/2631).
- STSJ de Murcia de 4 de julio de 2005 (AS 2005/2467).
- STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2005 (AS 2006/2612).
- STSJ de Murcia de 11 de julio de 2005 (JUR 2005/224699).
- STSJ de Madrid de 11 de julio de 2005 (JUR 2006/92511).
- STSJ de País Vasco de 12 de julio de 2005 (AS 2005/2859).
- STSJ de Cataluña de 19 de julio de 2005 (JUR 2007/43649).

- STSJ de C. Valenciana de 19 de julio de 2005 (AS 2005/3080).
- STSJ de Islas Canarias de 9 de julio de 2005 (AS 2005/2301).
- STSJ de Castilla La Mancha de 7 de septiembre de 2005 (AS 2005/2954).
- STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2005 (AS 2006/1257).
- STSJ C. Valenciana de 13 de septiembre de 2005 (AS 2005/3207).
- STSJ de Andalucía de 14 de septiembre de 2005 (JUR 2007/190269).
- STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2005 (JUR 2006/67900).
- STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2005 (AS 2006/131).
- STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2005 (AS 2005/3800).
- STSJ de La Rioja de 11 de octubre de 2005 (AS 2005/2894).
- STSJ de Islas Canarias de 13 de octubre de 2005 (AS 2005/3126).
- STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2005 (AS 2006/216).
- STSJ de Andalucía de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2007/189816).
- STS de 25 de noviembre de 2005 (RJ 2006/5925).
- STSJ de Islas Canarias de 23 de diciembre de 2005 (AS 2006/586).
- STSJ de Extremadura de 27 de diciembre de 2005 (AS 2006/419).
- STSJ de C. Valenciana de 17 de enero de 2006 (JUR 2006/142361).
- STSJ de Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 2006/566).
- STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2006 (JUR 2006/128554).

- STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2006 (AS 2006/1914).
- STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 2006 (JUR 2006/241987).
- STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006 (AS 2006/461).
- STSJ de C. Valenciana de 31 de enero de 2006 (AS 2006/1292).
- STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2006 (AS 2006/1941).
- STJSJ de Extremadura de 9 de febrero de 2006 (JUR 2006/73149).
- STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2006 (AS 2006/2043).
- STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2006 (AS 2006/2429).
- STSJ de Andalucía de 9 de marzo de 2006 (AS 2006/2820).
- STSJ de Islas Canarias de 14 de marzo de 2006 (AS 2006/1460).
- STSJ de Islas Canarias de 17 de marzo de 2006 (AS 2006/2427).
- STSJ de Murcia de 21 de marzo de 2006 (JUR 2006/148663).
- STSJ de Islas Canarias de 31 de marzo de 2006 (RJ 2006/1710).
- STSJ de Madrid de 3 de abril de 2006 (JUR 2006/207220).
- STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2006 (AS 2006/1476).
- STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2006 (AS 2006/2813).
- STSJ de Extremadura de 20 de abril de 2006 (JUR 2006/159231).
- STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2006 (JUR 2006/262013).
- STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2006 (AS 2006/2599).
- STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2006 (JUR 2006/272042).
- STC 138/2006, de 8 de mayo (RTC 2006/138).
- STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006 (JUR 2006/212610).

- STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006 (RJ 2006/1901).
- STS de 30 de mayo de 2006 (RJ 2006/3350).
- STSJ de C. Valenciana de 31 de mayo de 2006 (JUR 2007/42356).
- STSJ de Castilla y León de 5 de junio de 2006 (AS 2006/2076).
- STSJ de Madrid de 7 de junio de 2006 (JUR 2007/27175).
- STSJ de Navarra de 12 de junio de 2006 (JUR 2006/226214).
- STSJ de Cantabria de 26 de junio de 2006 (JUR 2006/200222).
- STSJ de Islas Canarias de 30 de junio de 2006 (JUR 2006/225342).
- STSJ del País Vasco de 4 de julio de 2006 (JUR 2007/101032).
- STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2006 (JUR 2007/47733).
- STSJ de Cataluña de 18 de julio de 2006 (JUR 2007/71124).
- STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (AS 2006/3409).
- STSJ de Extremadura de 26 de julio de 2006 (AS 2006/2804).
- STSJ de Islas Canarias de 4 de septiembre de 2006 (JUR 2007/2539).
- STSJ de Madrid de 11 de septiembre de 2006 (JUR 2007/324138).
- STSJ de La Rioja de 12 de septiembre de 2006 (JUR 2006/258266).
- STSJ de Madrid de 18 de septiembre de 2006 (JUR 2007/324125).
- STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2006 (JUR 2007/324109).
- STSJ de País Vasco de 26 de septiembre de 2006 (JUR 2007/95533).
- STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2006 (AS 2007/1326).

-STSJ de las Islas Canarias de 29 de septiembre de 2006 (AS 2006/2946).

-STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2006 (JUR 2007/113515).

-STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2006 (JUR 2007/323979).

-STSJ de Castilla La Mancha de 1 de diciembre de 2006 (AS 2007/47).

-STSJ de Castilla La Mancha de 5 de diciembre de 2006 (JUR 2007/83553).

-STSJ de Castilla La Mancha de 19 de diciembre de 2006 (AS 2007/1810).

-STSJ de I. Canarias de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007/221980).

-STSJ de Navarra de 27 de diciembre de 2006 (JUR 2007/89146).

-STSJ de Aragón de 3 de enero de 2007 (JUR 2007/221366).

-STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2007 (JUR 2007/221092).

-STSJ de Castilla y León de 21 de febrero de 2007 (AS 2007/2851).

-STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007/218565).

-STSJ de Andalucía de 7 de febrero de 2007 (JUR 2008/18760).

-SAN de 13 de febrero de 2007 (EDJ 2007/112223).

-STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 2007 (JUR 2007/126633).

-STSJ de Madrid de 19 de febrero de 2007 (JUR 2007/323345).

-STSJ de Castilla La Mancha de 7 de marzo de 2007 (JUR 2007/215836).

- STSJ de Madrid de 19 de marzo de 2007 (JUR 2007/214543).
- STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2007 (JUR 2007/272823).
- STSJ de Cantabria de 20 de marzo de 2007 (JUR 2007/214416).
- STSJ de Extremadura de 26 de marzo de 2007 (JUR 2007/213711).
- STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2007 (JUR 2007/248064).
- STS de 2 de abril de 2007 (RJ 2007/3193).
- STSJ de Madrid de 9 de abril de 2007 (JUR 2008/9894).
- STSJ de Andalucía de 12 de abril de 2007 (AS 2007/3397).
- STSJ de Murcia de 16 de abril de 2007 (JUR 2007/233074).
- STSJ de Murcia de 23 de abril de 2007 (JUR 2007/242366).
- STSJ de Castilla La Mancha de 2 de mayo de 2007 (JUR 2007/344693).
- STSJ de País Vasco de 2 de mayo de 2007 (AS 2007/3115).
- STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007 (AS 2008/922).
- STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007 (AS 2007/3242).
- STSJ de Murcia de 14 de mayo de 2007 (JUR 2007/278760).
- STS de 14 de mayo de 2007 (EDJ 2007/80459).
- STSJ de Andalucía de 23 de mayo de 2007 (AS 2007/3214).
- STSJ de País Vasco de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007/349837).
- STSJ de Aragón de 29 de mayo de 2007 (AS 2007/2983).
- STSJ de Cataluña de 7 de junio de 2007 (JUR 2007/301991).
- STSJ de Islas Canarias de 22 de junio de 2007 (JUR 2007/348890).

-STSJ de C. Valenciana de 26 de junio de 2007 (JUR 2007/310102).

-STSJ de Cantabria de 28 de junio de 2007 (JUR 2007/309832).

-STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2007 (AS 2007/3562).

-STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2007 (AS 2008/106).

-STSJ de Andalucía de 25 de julio de 2007 (AS 2008/228).

-STSJ de Madrid de 3 de julio de 2007 (JUR 2007/319093).

-STSJ de Andalucía de 24 de julio de 2007 (JUR 2007/364649).

-STSJ de Andalucía de 25 de julio de 2007 (JUR 2008/61401).

-STSJ de Madrid de 11 de septiembre de 2007 (JUR 2007/364017).

-STSJ de La Rioja de 11 de septiembre de 2007 (JUR 2007/354748).

-STSJ de País Vasco de 11 de septiembre de 2007 (JUR 2008/35869).

-STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 2007 (AS 2008/535).

-STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2007/335204).

-STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2007 (JUR 2007/335146).

-STSJ de Aragón de 19 de septiembre de 2007 (JUR 2008/35498).

-STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2007 (JUR 2008/128471).

-STSJ de Aragón de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008/34696).

-STSJ de C. Valenciana de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008/13822).

-STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2007 (JUR 2007/352772).

-STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2007 (JUR 2007/362898).

-STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2007 (JUR 2008/33404).

-STSJ de C. Valenciana de 23 de octubre de 2007 (JUR 2008/85927).

-STSJ de Castilla y León de 31 de octubre de 2007 (JUR 2008/45998).

-STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008/701).

-STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2007 (AS 2008/693).

-STSJ de País Vasco de 11 de diciembre de 2007 (AS 2008/1077).

-STSJ de Islas Baleares de 21 de diciembre de 2007 (AS 2008/868).

-STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2007 (AS 2008/612).

-STSJ de Madrid de 21 de enero de 2008 (AS 2008/946).

-STSJ de Andalucía de 10 de enero de 2008 (JUR 2009/150687).

-STSJ de Murcia de 23 de enero de 2008 (JUR 2008/124926).

-STSJ de Madrid de 18 de febrero de 2008 (JUR 2008/130426).

-STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2008 (AS 2008/2720).

-STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2008 (JUR 2008/121960).

-STSJ de Islas Canarias de 25 de febrero de 2008 (JUR 2008/183324).

-STSJ de Andalucía de 26 de febrero de 2008 (AS 2009/1221).

-STS de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008/3482).

-STSJ de Navarra de 7 de marzo de 2008 (JUR 2008/288271).

-STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2008 (AS 2008/1241).

-STSJ de Andalucía de 11 de marzo de 2008 (JUR 2009/149850).

-STSJ de Andalucía de 13 de marzo de 2008 (JUR 2009/84412).

-STSJ de Extremadura de 8 de abril de 2008 (AS 2008/1687).

-STSJ de Andalucía de 5 de mayo de 2008 (JUR 2009/49257).

-STSJ de Andalucía de 13 de mayo de 2008 (JUR 2009/149123).

-STSJ de Madrid de 9 de junio de 2008 (AS 2008/2000).

-STSJ de Castilla y León de 12 de junio de 2008 (JUR 2008/355281).

-STSJ de Madrid de 24 de junio de 2008 (JUR 2008/293576).

-STSJ de Andalucía de 9 de julio de 2008 (AS 2008/3163).

-STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2008 (JUR 2008/314862).

-STSJ de C. Valenciana de 22 de julio de 2008 (JUR 2009/5149).

-STSJ de Murcia de 22 de julio de 2008 (JUR 2008/353461).

-STSJ de Islas Canarias de 22 de julio de 2008 (AS 2008/3169).

-STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 2008 (AS 2009/472).

-STSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2008 (AS 2009/474).

-STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2008 (JUR 2009/41517).

-STSJ de Extremadura de 18 de septiembre de 2008 (AS 2008/2509).

-STS de 1 de octubre de 2008 (RJ 2008/5879).

-STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2008 (AS 2008/3117).

-STS de 3 de octubre de 2008 (RJ 2009/116).

-STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/6970).

-STSJ de Islas Canarias de 29 de octubre de 2008 (AS 2009/500).

-STSJ de Andalucía de 4 de noviembre de 2008 (JUR 2009/146174).

-STSJ de Murcia de 17 de noviembre de 2008 (JUR 2009/133442).

-STSJ de Extremadura de 18 de noviembre de 2008 (AS 2009/437).

-STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009/90351).

-STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009/90352).

-STSJ de País Vasco de 25 de noviembre de 2008 (AS 2009/972).

-STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2008 (AS 2009/641).

-STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009/257).

-STSJ de Andalucía de 16 de diciembre de 2008 (AS 2009/672).

-STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2008 (AS 2009/928).

-STSJ de C. Valenciana de 26 de diciembre de 2008 (AS 2010/562).

-STSJ de C. Valenciana de 30 de diciembre de 2008 (AS 2009/1987).

-STSJ de C. Valenciana de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009/130492).

-STSJ de C. Valenciana de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009/130492).

-STSJ de Castilla La Mancha de 22 de enero de 2009 (AS 2009/1365).

-STS de 6 de febrero de 2009 (RJ 2009/621).

-STSJ de Andalucía de 18 de febrero de 2009 (JUR 2009/224705).

-STSJ de Islas Canarias de 19 de febrero de 2009 (AS 2009/1478).

-STSJ de País Vasco de 24 de febrero de 2009 (JUR 2009/354760).

-STSJ de Castilla La Mancha de 3 de marzo de 2009 (JUR 2009/209113).

-STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2009 (AS 2009/1905).

-STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2009 (JUR 2009/261326).

-STSJ de Asturias de 20 de marzo de 2009 (JUR 2009/234212).

-STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2009 (JUR 2009/346220).

-STSJ de Andalucía de 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/222409).

-STSJ de País Vasco de 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/322153).

-STSJ de Andalucía de 1 de abril de 2009 (AS 2011/217).

-STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2009 (AS 2009/2071).

-STSJ de Castilla La Mancha de 6 de abril de 2009 (AS 2009/1088).

-STSJ de Andalucía de 14 de abril de 2009 (JUR 2009/258821).

-STSJ de Galicia de 27 de abril de 2009 (AS 2010/725).

-STSJ de Castilla y León de 29 de abril de 2009 (AS 2009/1169).

-STSJ de Andalucía de 5 de mayo de 2009 (JUR 2009/313373).

-STSJ de País Vasco de 5 de mayo de 2009 (JUR 2009/372197).

-STS de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009/3001).

-STSJ de País Vasco de 19 de mayo de 2009 (JUR 2009/371689).

- STSJ de Andalucía de 10 de junio de 2009 (JUR 2009/370544).
- STSJ de Asturias de 19 de junio de 2009 (JUR 2009/316374).
- STSJ de Galicia de 19 de junio de 2009 (JUR 2009/309633).
- STSJ de Madrid de 23 de junio de 2008 (JUR 2008/283441).
- STSJ de Andalucía de 2 de julio de 2009 (JUR 2013/243399).
- STSJ de Galicia de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/329199).

- STSJ de Comunidad Valenciana de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/375727).

- STSJ de Comunidad Valenciana de 8 de julio de 2009 (AS 2009/2327).

- STSJ de Andalucía de 16 de julio de 2009 (AS 2009/1937).

- STSJ de Castilla la Mancha de 20 de julio de 2009 (AS 2010/733).

- STSJ de Madrid de 21 de julio de 2009 (JUR 2009/479587).

- STSJ de Andalucía de 22 de julio de 2009 (JUR 2009/438436).

- STSJ de Islas Canarias de 23 de julio de 2009 (JUR 2009/484923).

- STSJ de Islas Canarias de 23 de julio de 2009 (JUR 2009/484924).

- STSJ de Islas Canarias de 27 de julio de 2009 (AS 2009/2566).

- STSJ de Cataluña de 1 de septiembre de 2009 (JUR 2009/463509).

- STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 2009 (JUR 2009/463300).

- STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2009 (AS 2009/2839).

- STSJ de C. Valenciana de 24 de septiembre de 2009 (JUR 2010/1714).

- STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2009 (AS 2009/2855).

-STSJ de C. Valenciana de 29 de septiembre de 2009 (AS 2011/2624).

-STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2010/29834).

-STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2009 (AS 2009/2873).

-STSJ de Cataluña de 1 de octubre de 2009 (JUR 2009/498071).

-STS de 6 de octubre de 2009 (JUR 2009/7590).

-STSJ de Murcia de 13 de octubre de 2009 (JUR 2009/468868).

-STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2009 (JUR 2009/489642).

-STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2009 (AS 2010/399).

-STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2009 (AS 2010/33).

-STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2009 (JUR 2010/51088).

-STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50983)

-STSJ de Asturias de 13 de noviembre de 2009 (AS 2009/2637).

-STSJ de País Vasco de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/140548).

-STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50800).

-STS de 23 de noviembre de 2009 (RJ 2009/7761).

-STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50482).

-STSJ de Andalucía 24 de noviembre de 2009 (JUR 2010/50405).

-STSJ de Castilla y León 26 de noviembre de 2009 (JUR 2010/25807).

-STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009 (JUR 2010/75859).

-STSJ de Islas Canarias de 18 de diciembre de 2009 (JUR 2010/159940).

-STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2009 (JUR 2010/108087).

-STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2009 (JUR 2010/92704).

-STSJ de Islas Canarias de 22 de diciembre de 2009 (JUR 2010/159819).

-STSJ de Castilla y León de 23 de diciembre de 2009 (AS 2010/101).

-STSJ de Extremadura de 23 de diciembre de 2009 (AS 2010/552).

-STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2009 (JUR 2010/115884).

-STSJ de Andalucía de 12 de enero de 2010 (JUR 2010/115003).

-STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2010 (JUR 2010/114399).

-STSJ de Madrid de 21 de enero de 2010 (JUR 2010/126755).

-STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2010 (AS 2010/1329).

-STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2010 (JUR 2010/157592).

-STSJ de Castilla La Mancha de 8 de febrero de 2010 (AS 2010/1366).

-STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010/178103).

-STSJ de Madrid de 5 de abril de 2010 (AS 2010/1103).

-STSJ de Asturias de 9 de abril de 2010 (AS 2010/1792).

-STSJ de Castilla y León de 19 de abril de 2010 (JUR 2010/182996).

-STSJ de País Vasco de 27 de abril de 2010 (JUR 2010/405694).

-STSJ de Castilla y León de 29 de abril de 2010 (JUR 2010/202613).

-STSJ de Castilla la Mancha de 29 de abril de 2010 (JUR 2010/232197).

-STSJ de Navarra de 28 de junio de 2010 (JUR 2010/417852).

-STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2010 (AS 2010/1647).

-STSJ de Andalucía de 4 de mayo de 2010 (JUR 2011/97948).

-STSJ Madrid de 7 de mayo de 2010 (JUR 2010/230582).

-STSJ de Galicia de 10 de mayo de 2010 (JUR 2010/323664).

-STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2010 (AS 2010/2093).

-STSJ de Galicia de 18 de mayo de 2010 (JUR 2010/323361).

-STSJ de Andalucía de 26 de mayo de 2010 (JUR 2011/111064).

-STSJ de Madrid de 11 de junio de 2010 (AS 2010/1710).

-STSJ de Madrid de 23 de junio de 2010 (JUR 2010/320825).

-STSJ de Navarra de 28 de junio de 2010 (JUR 2010/417852).

-STSJ de Murcia de 30 de junio de 2010 (JUR 2010/265085).

-STSJ de C. Valenciana de 30 de junio de 2010 (JUR 2010/417671).

-STSJ de Andalucía de 1 de julio de 2010 (JUR 2010/345707).

-STS de 1 de julio de 2010 (EDJ 2010/246773).

- STSJ de C. Valenciana de 6 de julio de 2010 (AS 2011/2014).

-STSJ de Galicia de 23 de julio de 2010 (JUR 2010/318077).

-STSJ de Castilla y León de 22 de septiembre de 2010 (JUR 2010/34877).

- STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2010 (AS 2010/2947).
- STSJ de C. Valenciana de 28 de septiembre de 2010 (JUR 2011/97156).
- STSJ de Cataluña de 6 de octubre de 2010 (JUR 2010/384769).
- STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2010 (JUR 2010/383472).
- STSJ de Asturias de 15 de octubre de 2010 (JUR 2010/383579).
- STSJ de Andalucía de 19 de octubre de 2010 (AS 2010/2667).
- STSJ de Andalucía de 26 de octubre de 2010 (JUR 2011/22644).
- STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2010 (AS 2010/3104).
- STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2010 (AS 2011/59).
- STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2010 (JUR 2011/107085)
- STSJ de Islas Canarias de 22 de diciembre de 2010 (AS 2011/2064).
- STSJ de C. Valenciana de 13 de enero de 2011 (JUR 2011/163380).
- STSJ de Madrid de 28 de enero de 2011 (AS 2011/1378).
- STSJ de Asturias de 4 de febrero de 2011 (JUR 2011/134499).
- STSJ Madrid de 7 de febrero de 2011 (JUR 2011/146898).
- STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2011 (JUR 2011/169920).
- STSJ de Murcia de 28 de febrero de 2011 (JUR 2011/142836).
- STSJ de La Rioja 21 de marzo de 2011 (JUR 2011/132444).
- STSJ de Andalucía de 28 de marzo de 2011 (AS 2013/2190).
- STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2013 (JUR 2013/139511).

- STSJ de Murcia de 14 de abril de 2011 (JUR 2011/185388).
- STS de 18 de abril de 2011 (RJ 2011/5814).
- STSJ de Andalucía de 4 de mayo de 2011 (JUR 2011/334179).
- STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2011(JUR 2011/248890).
- STSJ de Andalucía de 11 de mayo de 2011 (JUR 2011/333902).
- STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2011 (AS 2011/1164).
- STSJ de Islas Canarias de 3 de junio de 2011 (JUR 2011/279930).
- STSJ de Cataluña de 7 de junio de 2011 (JUR 2011/291392).
- STSJ de C. Valenciana de 8 de junio de 2011 (AS 2011/2304).
- STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2011 (AS 2011/1935).
- STSJ de Madrid de 22 de junio de 2011 (JUR 2011/289109).
- STSJ de Islas Baleares de 22 de junio de 2011 (JUR 2011/325620).
- STSJ de Cataluña de 7 de julio de 2011 (JUR 2011/324582).
- STSJ de Galicia de 12 de julio de 2011 (JUR 2011/318610).
- STSJ de Andalucía de 13 de julio de 2011 (AS 2011/2458).
- STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011 (AS 2011/2456).
- STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011 (AS 2011/2457).
- STSJ de Extremadura de 19 de julio de 2011 (JUR 2011/317022).
- STS de 20 de julio de 2011 (RJ 2011/6680).
- STSJ de Castilla La Mancha de 28 de octubre de 2011 (JUR 2011/406397).
- STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2011 (JUR 2011/412231).

-STSJ de Islas Canarias de 30 de noviembre de 2011 (JUR 2012/241711).

-STSJ de Aragón de 30 de noviembre de 2011 (AS 2011/2610).

-STSJ de Extremadura de 1 de diciembre de 2011 (JUR 2011/437626).

-STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2011 (AS 2011/3139).

-STSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2011 (AS 2011/3090).

-STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2011 (AS 2012/154).

-STSJ de Andalucía de 12 de enero de 2012 (JUR 2013/237928).

-STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012/2740).

-STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2012 (AS 2012/579).

-STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2012 (JUR 2012/108819).

-STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2012 (AS 2012/913).

-STSJ de Cantabria de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012/389973).

-STSJ de Galicia de 20 de abril de 2012 (JUR 2012/163545).

- STSJ de Cataluña de 20 de abril de 2012 (AS 2012/1719).

- STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2012 (JUR 2012/322009).

-STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2012 (JUR 2012/230667).

-STSJ de Murcia de 14 de mayo de 2012 (JUR 2012/180077).

-STSJ de Andalucía de 17 de mayo de 2012 (JUR 2012/241266).

-STSJ de Islas Canarias de 24 de mayo de 2012 (JUR 2012/300149).

-STSJ de Castilla y León de 30 de mayo de 2012 (AS 2012/1858).

- STSJ de Andalucía de 31 de mayo de 2012 (AS 2012/2326).
- STSJ de Andalucía de 31 de mayo de 2012 (JUR 2012/240523).
- STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012/2569).
- STSJ de Madrid de 11 de julio de 2012 (JUR 2012/282532).
- STSJ de Castilla y León de 12 de julio de 2012 (JUR 2012/254563).
- STSJ de Andalucía de 12 de julio de 2012 (JUR 2012/330648).
- STS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012/9598).
- STS de 17 de julio de 2012 (EDJ 2012/209073).
- STSJ de Madrid de 18 de julio de 2012(JUR 2012/286265).
- STSJ de Andalucía de 26 de septiembre de 2012 (JUR 2013/99143).
- STSJ de Aragón de 26 de septiembre de 2012 (JUR 2013/114078).
- STSJ de Castilla y León de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/348108).
- STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2012 (AS 2012/3003).
- STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2012 (AS 2013/421).
- STSJ de Islas Baleares de 19 de octubre de 2012 (AS 2012/3016).
- STSJ de Aragón de 29 de octubre de 2012 (AS 2013/493).
- STSJ de Andalucía de 31 de octubre de 2012 (JUR 2013/102569).
- STSJ de Madrid de 2 de noviembre de 2012 (AS 2013/155).
- STSJ de Extremadura de 3 de diciembre de 2012 (AS 2013/622).
- STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2013/17075).

-STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2012 (JUR 2013/19651).

-STSJ de Extremadura de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013/622).

-STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2012 (AS 2013/658).

-STSJ de Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2013 (JUR 2013\158028).

-STSJ de Comunidad Valenciana de 29 de enero de 2013 (AS 2013/1302).

-STSJ de Andalucía de 7 de marzo de 2013 (AS 203/1675).

-STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2013 (JUR 2013/139511).

-STSJ de Castilla y León de 22 de mayo de 2013 (AS 2013/1541).

-STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 (AS 2013/1754).

-STSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2013 (AS 2013/2708).

-STSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2013 (AS 2013/3223).

-STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2013 (AS 2014/84).

-STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2013(AS 2014/981).

-STS de 3 de diciembre de 2.013 (RJ 2014/1191).

-Auto del TSJ del País Vasco de 21 de enero de 2014 (AS 2014/524).

-STS de 20 de enero de 2014 (RJ 2014/981).

-Auto Juzgado de lo Social núm.23 de Madrid de 4 de marzo de 2014 (AS 2014/1830).

-STSJ de País Vasco de 4 de marzo de 2014 (AS 2014/1590).

-STSJ de Andalucía de 12 de marzo de 2014 (AS 2014/1317).

-STSJ de C. Valenciana de 6 de mayo de 2014 (AS 2014/1569).

- STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2.014 (AS 2014/1546).
- STSJ de C. Valenciana de 20 de mayo de 2014 (JUR 2014/187954).
- STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2.014 (AS 2014/2443).
- STSJ de Extremadura de 10 de junio de 2.014 (AS 2014/1785).
- STC 16 de julio de 2014 (RTC 2014/119).
- STSJ de Castilla y León de 10 de septiembre de 2.014 (JUR 2014/238250).
- STSJ de Murcia de 10 de septiembre de 2014, (JUR 2015/3028).
- Auto TC de 21 de octubre de 2014 (RTC 2014/250).
- Sentencia Juzgado de lo Social núm.3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014 (AS 2014/3092).
- Sentencia Juzgado de lo Social num. 1 Toledo, de 27 de noviembre de 2014 (AS 2014/3168).
- STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2014 (AS 2015/344).
- STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2014 (AS 2015/115).
- STS (Sala de lo Civil) de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6406).
- STJUE de 5 de febrero de 2015 (TJCE\2015\3).
- Auto del TC 17 de marzo de 2015 (RTC 2015/60).
- Sentencia del Juzgado de lo Social núm.23 de Madrid de 18 de marzo de 2015 (AS 2015/703).
- STSJ de Castilla y León de 22 de abril de 2015 (JUR 2015/127923).
- STC 140/2015, de 22 de junio (BOE 31/07/15).